

# RDF

## DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA  
DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTORAS:

**CECILIA P. GROSMAN**

**AÍDA KEMELMAJER  
DE CARLUCCI**

**MARISA HERRERA**

Mayo 2022 | 104

DOCTRINA

ISSN 1851-1201

 **INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL**

**ABELEDOPERROT**

ISSN: 1851-1201

RNPI: 5074814

Todos los derechos reservados  
© **ABELEDOPERROT S.A.**

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

Ventas  
CASA CENTRAL  
Tucumán 1471 (C1050AAC)  
Tel.: 0810-266-4444

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de abril de 2022, en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I., Bernardino Rivadavia 130, Avellaneda - Provincia de Buenos Aires, República Argentina

# RDF

## DERECHO DE FAMILIA

REVISTA INTERDISCIPLINARIA  
DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

Fundada por Cecilia P. Grosman, Celina A. Perrot  
y María Bacigalupo de Girard en 1989

DIRECTORAS:

**CECILIA P. GROSMAN**

**AÍDA KEMELMAJER  
DE CARLUCCI**

**MARISA HERRERA**

**Nora Lloveras**

(1955/2019)

Mayo 2022 | 104

---

DOCTRINA

Vicedirectora  
**Ida Scherman**

Secretarías de redacción  
**Natalia de la Torre**  
**Mariel Molina de Juan**

 **INCLUYE  
VERSIÓN DIGITAL**

**ABELEDOPERROT**

**Legislación y jurisprudencia extranjera**

Alicia A. Carnaval, Mariela González de Vicel,  
Javier Muñiz, Ida Scherman

**Legislación nacional**

Luz M. Pagano

**Legislación provincial**

Silvia Fernández

**Comentarios bibliográficos**

Natalia de la Torre

**Revista de revistas**

Mariel Molina de Juan

**Informaciones**

Federico Notrica, Martina Salituri Amezcua,  
Carolina Videtta

**Investigaciones**

Marisa Herrera

**Arte, literatura y derecho de familia**

Gabriel Juan - Gustavo Bossert

**Bioética**

Eleonora Lamm

**Volumen de Jurisprudencia**

Carolina Bonaparte, Myriam M. Cataldi,  
Natalia de la Torre, Marisa Herrera,  
Juan Pablo Ríos, Sabrina Anabel Silva,  
Fiorella C. Vigo, M. Gabriela Vero

**Volumen de Doctrina**

Federico Notrica  
Mercedes Robba Toribio

**Colaboraciones permanentes**

Martín Culaciati, Jorgelina Fernández Leyton,  
Mariana Iglesias, Rosalía Muñoz Genestoux,  
María Julia Navas Roggero, Olga Orlandi,  
Mariana Rodríguez Iturburu, Nieve Rubaja,  
Leonardo Vittola, Paula Fredes

**Comité consultivo nacional**

Jorge Azpiri, Augusto César Belluscio,  
Gustavo Bossert, Eduardo Cárdenas,  
Carlos Díaz Usandivaras, Eduardo Fanzolato,  
Eva Giberti, Catalina Wainerman,  
Eugenio Raúl Zaffaroni, Eduardo Zannoni

**Comité consultivo internacional**

José de Castro Biggi (Brasil), Jacques Commaile  
(Francia), Jacqueline Rubellin Devichi (Francia),  
Lucette Khaïat (Francia), Eugenio Llamas Pombo  
(España), Raymundo Macías (México),  
Jean François Perrin (Suiza), Silvio Rodríguez  
(Brasil), Jean Pierre Rosenczweig (Francia),  
Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe  
(Alemania), Marc Zuñiga (México), Encarna Roca  
Trias (España), Zarraluqui Sánchez Eznarriaga  
(España), Andrew Bainhaim (Inglaterra), Rainer  
Frank (Alemania), Stephen Parker (Australia)

## DOCTRINA

Cuando el amor es más fuerte. Reconocimiento de la socioafectividad como elemento fundacional de la familia <i>Soledad A. Acevedo</i> .....	3
Desigualdad social, género y pobreza <i>Paula Azpelicueta</i> .....	10
Discapacidad, vejez y accesibilidad tecnológica en tiempos de COVID <i>Xenia Baluk</i> .....	16
El poder de los litigios colectivos antidiscriminatorios ante la falta de políticas públicas. El rol del Poder Judicial. Análisis del caso "Borda" <i>María Eugenia Barragán</i> .....	24
El proceso de alimentos derivado de la responsabilidad parental cuando ambos progenitores se encuentran en situación de vulnerabilidad <i>Santiago de Irureta</i> .....	33
La lesión por debilidad psíquica <i>Soledad Fernández Mele - María A. Navarro Lahitte Santamaría</i> .....	45
La autonomía progresiva de los adolescentes para difundir imágenes de sus cuerpos en redes sociales <i>Julieta Fiumana - Samantha Singer</i> .....	55

Los tres pilares del acceso a la justicia <i>D. Natalia Galván</i> .....	64
De objetos de protección a sujetos de derecho. Acerca del derecho de las personas involucradas en expedientes sobre determinación de la capacidad jurídica a participar del proceso con asistencia letrada <i>María Inés Italiani</i> .....	70
Eficacia de las medidas de protección contra las violencias de género. Medidas orientadas a la modificación de conductas machistas <i>Micaela Elisa Lombardi</i> .....	94
Medidas efectivas en la ejecución de sentencias de los procesos de familia relativos al ejercicio de la responsabilidad parental <i>María Laura Lucchini Minuzzi</i> .....	102
Procesos de familia: la etapa previa <i>Edgardo P. Molins</i> .....	114
Hablemos de poliamor: pautas para su protección legal <i>Virginia Pauloni - Javie Frías - Jonathan Cascallares</i> .....	124

## DOCTRINA EXTRANJERA

Autonomía progresiva en el proyecto cubano de Código de las Familias (2021). Bajo el prisma de la CIDN y la experiencia jurisprudencial contemporánea <i>Neylia L. Abboud Castillo</i> .....	137
El acceso a la justicia en el cumplimiento del pago de las pensiones de alimentos en Chile y Argentina <i>Camila Araneda Jofré</i> .....	147
Las últimas reformas sobre capacidad y su impacto en el derecho de las familias español <i>José Ramón de Verda y Beamonte</i> .....	157
Tribunal Europeo de Derechos Humanos y gestión por sustitución: ¿crónica de un relato interminable? <i>Antonia Durán Ayago</i> .....	180
Inteligencia artificial y derecho en la era digital <i>Evelyn Téllez Carvajal</i> .....	196
Repensando las causales de disolución del vínculo matrimonial en el derecho peruano. Un guiño a la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial <i>César Daniel Cortez Pérez - Lizeth Vanessa Livias de Freitas</i> .....	203

## ESTUDIOS

Códigos Procesales de Familia, componedores de derechos <i>Ángela G. Fernández</i> .....	221
---	-----

## ENSEÑANZA EN EL DERECHO DE FAMILIA

Pospandemia electro-bítica o conspirativa: educación entre distancias <i>Gonzalo S. Aguirre</i> .....	233
--	-----

## ACTUALIDADES

Actualidad en derecho internacional privado de familia 1/2022 <i>Nieve Rubaja</i> .....	239
--	-----





# DOCTRINA

---



# Cuando el amor es más fuerte

## Reconocimiento de la socioafectividad como elemento fundacional de la familia

Soledad A. Acevedo (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Pluriparentalidad y socioafectividad.— III. El niño, niña y adolescente como sujeto de derecho y su participación en el proceso judicial.— IV. Palabras finales.

### I. Introducción

El presente trabajo está dedicado a analizar un instituto novedoso y a la vez disruptivo, de creación jurisprudencial, como es la triple filiación otorgada a dos padres y una madre, reconociendo como elemento fundamental de conformación de esta familia la socioafectividad (pluriparentalidad). En el caso, además, se suma la particularidad de que fue otorgada a una familia de origen biológico, originaria y heterosexual.

El caso en análisis ha sido dictado por la Justicia ordinaria de Tucumán, más precisamente el Juzgado Civil en Familia y Sucesiones N.º 7 de Monteros, que acogió favorablemente la demanda iniciada por el Sr. Roberto y, en consecuencia, reconoce su derecho a estar emplazado como padre de su hija Juli, conservando el emplazamiento de Jorge como padre también de la niña, declarando la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com., puesto que, en el caso particular, esa norma no supera el test de constitucionalidad en vigencia alterando el principio de progresividad cimentado en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos en los que nuestro país es parte integrante (arts. 28 y 75, inc. 22 de la Constitución nacional) (1).

(\*) Consejera de Familia, Juzgado de Familia N.º 5, Departamento Judicial La Matanza.

(1) Juzgado Civil en Familia y sucesiones, Monteros, "L. F. F. vs. S. C. O. s. Filiación", 07/02/2020, Rubinzal Online; 659/2017; RC J 436/20.

Así, la relación existente entre el derecho internacional de derechos humanos, el derecho constitucional y el derecho de familia, en este caso, la impugnación de filiación paterna, constituye un ejemplo de las demandas que imponen los tiempos actuales, donde bajo la luz de la obligada mirada constitucional/convencional que conlleva la doctrina de los derechos humanos se engendran nuevas categorías de derechos, donde principios tales como la igualdad y no discriminación, la libertad y la autonomía, "obligan" el reconocimiento de otras organizaciones familiares por fuera del modelo tradicional.

En el presente caso, es de destacar también la especial actuación de la jueza (y demás operadores del derecho), quien siempre tuvo en miras el mejor interés de la niña y su familia, asumiendo un rol activista, humano, de "acompañamiento", entendiendo la importante función social que desarrollan los magistrados a la hora de cumplir con su deber, brindando además de la solución jurídica, la solución humana, aquella que tiene como fin último el interés familiar, "...el Estado busca la realización del derecho objetivo pero también, y en grado igualmente prevalente, la consagración de un resultado 'justo', para satisfacer las apetencias de la comunidad que aspira a que los conflictos familiares se resuelvan, y aun 'disuelvan', del modo que resulte más beneficioso para el núcleo familiar en su proyección futura..." (2).

(2) BERIZONCE, R. O., BERMEJO, S. P., AMENDOLARA, Z. A., "Procesos de Familia en la Provincia de Buenos

De lo expuesto se deduce con meridiana claridad que, dado el carácter especial de las relaciones de familia, el conflicto familiar exige una composición “humana”, que, desde ya, no se agota en el estricto marco de lo jurídico, sino que, a la luz del nuevo paradigma que se ha forjado con el derecho internacional de los derechos humanos, debe intentar proteger los afectos, o por lo menos, detener su deterioro, observando las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales para así garantizar el orden público familiar con el objeto fundamental de proteger el interés superior del niño, principio que se erige como la directriz rectora insoslayable.

## II. Pluriparentalidad y socioafectividad

La familia nuclear heterosexual, aquella formada por padre, madre, hijos e hijas, que representa el ideal cultural clásico y que vastos sectores de la sociedad se empeñan en sostener, hoy no se corresponde con la realidad social. Aquellos conceptos, inmutables e incuestionables, han sido puestos en crisis y no parece sensato, en honor a aquellos, obstaculizar las nuevas conformaciones familiares. Hoy en día se acepta que los conceptos de familia, matrimonio, entre otros, son creaciones culturales más que naturales, por lo que resulta pertinente referirse a las familias en plural y por ende al “derecho de familias” (3).

El Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com.), cuando regula las relaciones de familia, coloca en el centro de atención a la persona como principal objeto de protección, pudiendo y debiendo elegir con total libertad la forma de organización familiar que desea integrar sin que el estado intervenga en dicha elección. Es decir, al no ser la familia una institución autónoma e independiente de sus integrantes, el constante enaltecimiento y reconocimiento de sus derechos humanos nos lleva a repensar el concepto de familia, de las relaciones familiares, y del efectivo cumplimiento de los derechos de cada uno de sus miembros.

---

Aires”, Librería Editora Platense, La Plata, 2017, 2ª ed., p. 38.

(3) HERRERA, M., “Manual de Derecho de las Familias”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 6.

Se pasó de una protección de la familia como un todo, en el que no se identificaban las distintas individualidades que pudiesen existir, a tomar en cuenta un escenario familiar complejo en donde existen distintas fisonomías por lo que se requiere de un régimen legal más amplio, flexible y, por sobre todas las cosas, más plural. “Ello no significa promover determinadas conductas o una decisión valorativa respecto de alguna de ellas. De lo que se trata es de regular una serie de opciones de vida propias de una sociedad pluralista, en la que conviven diferentes visiones que el legislador no puede desatender” (4).

En este sentido el fallo expresa que “...ellos (Juli y sus papás) nos demostraron que existe más de un modelo familiar. Y el suyo es otro. Distinto. Propio. Genuino. Válido entre sí, para el resto de los miembros de la familia, y para la comunidad en general. Y esa es la razón por la que la ley debe protegerlos, concediéndole los mismos derechos que a los otros modelos familiares” (5).

A partir de la visibilización de la pluriparentalidad se expone cómo las distintas realidades familiares generan tensiones entre: el funcionamiento de las normas; la voluntad del legislador y los jueces como intérpretes de aquellas. Se pasó de la idea de la autoridad absoluta al concepto de solidaridad y responsabilidad familiar.

Ciertamente, en el caso en estudio queda evidenciado que este grupo familiar ha optado por una organización distinta de la tradicional, basando las relaciones parentales (madre y padres) en fuertes lazos de afectividad, como también biológicos y legales, es decir, en la llamada socioafectividad familiar.

Puede esto advertirse cuando la magistrada expresa: “...Juli sabe que ella es hija biológica de Roberto. Pero que, cuando nació, fue reconocida por Jorge. De todas maneras, ambos se comportan como auténticos papás de ella... Vive conforme siente, es decir, que Jorge y Roberto son sus papás. Disfruta de su familia y de esa

---

(4) LORENZETTI, R. L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 2012-C, 581.

(5) Juzgado Civil en Familia y sucesiones, Monteros, Tucumán, “L. F. F. vs. S. C. O. s. Filiación”, 07/02/2020.

forma de vivir... la niña se nombra, se constituye e identifica como hija de ambos. La familia de Juli en la conformación que tiene (dos padres y una madre), debe ser no solo reconocida como una realidad preexistente, sino que debe ser protegida y legitimada ante la sociedad y ante la ley" (6).

La denominación de socioafectividad es un concepto originario del derecho brasileiro, que puso en jaque la idea clásica de la filiación centrada únicamente en la biología, priorizándose el afecto por encima de la biología. Si bien fue un concepto que se abrió camino dentro de la filiación, después se fue ampliando y utilizando en otros ámbitos.

"Pocos términos son tan gráficos o precisos apelándose simplemente a su denominación. Socioafectividad es la conjunción de dos elementos que lo integran y que hacen que lo fáctico sea lo esencial: lo social y lo afectivo; como lo afectivo adopta un lugar de peso en lo social; y cómo lo social se ve interpelado por ciertos y determinados afectos. A la vez, ambas ideas interactúan entre sí" (7).

La psicología define la paternidad y la maternidad por las funciones que se cumplen y no por el mero hecho de la naturaleza. Se alude al intenso proceso de desbiologización, que tiene como sustento enfatizar el afecto en las vinculaciones de padres e hijos, considerando que las relaciones familiares son fruto de la afectividad, por lo cual se hace prevalecer el hecho cultural sobre el natural. "Es por ello, que aparece con mucha fuerza el concepto de socioafectividad, definido como el elemento necesario de las relaciones familiares basadas en la voluntad y en el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo normativo" (8).

El derecho de familia plantea un nuevo paradigma, en consonancia con los tiempos que

(6) *Ibidem*.

(7) HERRERA, M., "Socioafectividad e Infancia, de lo clásico a lo extravagante", en "Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes", Dir. FERNANDEZ, S. E., Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 975.

(8) LLOVERAS, N., "Una madre invisibilizada y una biológica 'visible': dos madres y la filiación del niño", RDF 2011-I-143.

corren, donde el norte resulta ser siempre el derecho de todas las personas, y en especial de los niños, niñas y adolescentes (en adelante NNA) a la vida familiar. Para ello, se receptan los principios de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como ser; el interés superior del niño, el respeto por el derecho a la identidad, tanto en su faz estática como dinámica, el derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, la tutela judicial efectiva y el acceso a la justicia, todo con el fin de conseguir y proteger que se satisfagan las necesidades materiales y afectivas de las niñas, niños y adolescentes (ver arts. 706 y 707 del Cód. Civ. y Com.).

Resulta obvia la inclusión de estos derechos cuando nos referimos a la niñez y adolescencia, ya que son pilares básicos de cualquier institución familiar, pero su inclusión taxativa al texto legal remite a distintas motivaciones, como ser, reforzar la perspectiva constitucional/convenicional y que ante el silencio y/o vacío legal siempre debe estarse a estos principios generales que ostentan un gran valor interpretativo. Fortaleciendo esta idea, en la reforma del Código, el legislador tuvo en miras los fines perseguidos por las normas, es decir los objetivos que se pretenden alcanzar al momento de su aplicación.

Vale traer a colación la opinión de Gil Domínguez, quien afirma lo siguiente: "el poliamor es una realidad socio afectiva familiar que no puede ser ignorada por el discurso jurídico civil por cuanto está contenida en los derechos fundamentales y humanos consagrados en la regla de reconocimiento constitucional y convencional argentina. [...] El C.C. y C. contiene los enseres suficientes para no convertirse en un obstáculo insalvable para el ejercicio del derecho a conformar una familia sin ninguna clase de discriminación en el campo de la registración filiatoria. Solo basta que los operadores los utilicen en los procesos concretos que se presenten. Los titulares de los Registros Civiles, y en su caso los jueces, están plenamente facultados para realizar interpretaciones dinámicas e intermedias en pos de impedir que el poliamor sea sumergido en la clandestinidad del derecho" (9).

(9) GIL DOMÍNGUEZ, A., "La filiación por poliamor (o múltiple filiación): una mirada Constitucional y Convencional", en GROSAN, C. P., Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1: Derecho de Familia 1: Relaciones

### II.1. La pluriparentalidad en el derecho comparado (10)

A esta altura resulta ilustrativo conocer cómo ha sido tratado este tema en la jurisprudencia internacional, tanto en el derecho continental como en el *common law*.

Comenzaré por *Canadá*: el Tribunal de Apelación de Ontario publicó su sentencia en "A. A. V. B. B." (11) reconociendo que un niño de cinco años puede tener legalmente dos madres y un padre. La Corte de Ontario afirma, con criterio contemporáneo, que el impacto social ocasionado por los avances científicos amplía directamente el alcance de su actuación a fines de llenar los vacíos legales que se le presenten para los casos concretos, ejercicio necesario en tanto la legislación local circunscribía la inscripción en el acta de nacimiento de únicamente dos vínculos. El Tribunal de Apelación basó su decisión principalmente en el interés superior particular del niño, impidiendo que se transformase en un precedente que pudiese ser utilizado indiscriminadamente para el reconocimiento de familias de padres múltiples.

*Reino Unido*: En las islas británicas, existe un debate álgido en torno a lo que se hace llamar "Plus Two Parent", especialmente en torno a la figura del padre gay dentro de familias de lesbianas y su encuadramiento cuando las relaciones entre ellos se quiebran posnacimiento. Los casos más renombrados involucraron el quiebre de las relaciones entre las coprogenitoras lesbianas y el padre gay biológico, sumado el compañero de este en dos de estos pleitos.

En los tres decisorios, se protegió la familia nuclear, las Cortes de Familia optaron por privilegiar el interés del niño dentro de la familia nuclear homosexual, aun cuando existía fuerte evidencia de la existencia de un compromiso palpable por parte de los padres biológicos.

entre padres e hijos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 101 y ss.

(10) GALPERIN, G. N., 4-sep-2018, Cita: MJ-DOC-13675-AR | MJD13675.

(11) Corte de Apelaciones de Ontario, 2/02/2007, caso "A. A. v. B. B.", en <http://www.ontariocourts.ca/decisions/2007/january/2007ONCA002.htm>.

Contrariamente, en *Estados Unidos*, en el estado de Nueva York, la Suprema Corte local sí ordena la custodia triple, concediendo visitas a la requirente, quien no contaba con un vínculo biológico ni adoptivo; en relación con un niño de diez años de edad que, para aquel entonces, ya era centro de un plan de parentalidad convenido entre sus progenitores genéticos (12).

Los jueces se colocan en la posición del niño, apartándose de sus propios preconceptos y desarticulando en cierto aspecto la heteronormatividad binaria en pos del interés superior del niño, poniendo de relieve que decidir de manera contraria lo afectaría de forma irremediable.

La temática puesta en escena no es un fenómeno que se presente únicamente en los países de habla inglesa; *Brasil* ha sido pionero en el cono sur. Así, en una decisión inédita hasta aquel entonces, se ordenó en la localidad de Santa María la anotación en el registro civil de una paternidad y dos maternidades, efecto de la interposición de una acción civil articulada por los tres progenitores conjuntamente, quienes obviamente pretendían que el futuro niño por nacer contara con la totalidad de su realidad afectiva debidamente registrada. El juez, para fundar su decisión, dijo lo siguiente: "Se trata de una familia moderna e innovadora, pero fundamentalmente —y lo más importante— tapada de afecto: demasiado afecto nunca es problema; el problema es la falta de afecto, cuidado, amor y cariño. Lo que intentan ..., admirablemente, es asegurar a su hija una red de afectos. Y al Enjuiciador, guardador de las promesas del constituyente de una sociedad fraterna, igualitaria, afectiva, no le queda nada más que dar guarida a la pretensión, por mayor rechazo que lo nuevo y lo diferente despierten. No vislumbro necesidad de otras providencias en especie" (13).

(12) Corte Suprema del Condado de Suffolk, New York, caso "Dawn M. v Michael M.", 8/03/2017, en <http://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2017/2017-ny-slip-op-27073.html>.

(13) Comarca de santa María, Vara Da Direcao do Foro, caso Nro. 027/1.140013029-9, Estado do Rio Grande do Sul, 11/09/2014.

De igual modo, el 12 de febrero de 2015, la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Porto Alegre falló a favor dentro de una solicitud de acción civil declaratoria, sobre el pedido de reconocimiento de multiparentalidad, con la pertinente inscripción en el registro civil, ante el hecho concreto de dos mujeres casadas entre sí, y de un hombre amigo de ambas con él que compartían un mismo proyecto familiar. Por unanimidad los jueces brasileños fallaron a favor de la solicitud de esta familia, revocando la sentencia de grado y declarando procedente el pedido de reconocimiento de la multiparentalidad, ordenando rectificarse la partida de nacimiento de la niña por el registro civil a fin de que conste su tercera progenitora bajo razonamientos muy similares a los del caso canadiense resuelto con diez años de anticipación (14).

La resolución que reconoció la existencia de pluriparentalidad más recientemente, en Brasil, fue dada a conocer por jueces paulistas (15). Posee la particularidad de que no intervienen personas que integren el colectivo LGBT; no existe un proyecto pluriparental de crianza previo a la concepción, gestación por sustitución o cualquier otra TRHA. Esta se centra en la comúnmente denominada "adopción a la brasilera".

Concluyen que, en los tiempos actuales, no es procedente pretender decidir entre la filiación afectiva y la biológica cuando el mejor interés del descendiente es el reconocimiento jurídico de ambos vínculos, en tanto, la omisión del legislador en cuanto al reconocimiento de los derechos de los más diversos arreglos familiares no pueden servir de excusa para la negativa de protección a situaciones de pluriparentalidad. Es imperativo el reconocimiento, para todos los fines de derecho, de los vínculos parentales de origen afectivo y biológico, con el fin de proporcionar la más completa y adecuada protección a los sujetos implicados.

(14) Cámara 8 va. De Apelaciones en lo Civil de porto Alegre, "L. P. R.; R. C.; M. B. R. s/ Acción civil declaratoria de multiparentalidad", 12/02/2015.

(15) Recurso Extraordinario 898.060, San Pablo, Brasil, 15/03/2016, disponible en el siguiente enlace web: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/RE898060.pdf>.

## II.2. Antecedentes en el país (16)

Antes de la entrada en vigor del Cód. Civ. y Com. se registraron dos antecedentes de filiación pluriparental en nuestro país.

El primero de ellos, un niño nacido por TRHA, hijo de una pareja homosexual, quienes se encuentran unidas en matrimonio. Ambas en conjunto con su amigo, ejerciendo la voluntad procreacional, recurrieron a una inseminación artificial asistida; de ella nació su hijo. Los tres se presentaron ante el Registro Provincial de las Personas y solicitaron la inscripción de la triple filiación.

El organismo provincial mediante el dictado de la res. 2062/15 dispuso hacer lugar a la solicitud de reconocimiento paterno solicitado respecto del niño y estableció que a partir de dicho reconocimiento el niño pasara a tener los tres apellidos de los requirentes, juntamente con todos los derechos y obligaciones correlativas a la autoridad parental.

"Un sector de la doctrina consideró que la administración tuvo un modo de proceder proactivo, a la vanguardia en perspectiva de Derechos Humanos y de Genero, no solo en el contexto interno, sino en todo Latinoamérica, ya que su actuación devino innecesaria la intervención del Poder Judicial, a través de su clásico rol reparador, ejerciendo en el ámbito de sus facultades y de forma progresiva el control de constitucionalidad y convencionalidad interno, aplicando los estándares de Derechos Humanos fijados por la CIDH, soslayando dilataciones, pero más importante, evitando un daño" (17).

Por contrario, se sostuvo una postura crítica respecto a la intervención directa del Registro Civil como facultado a intervenir y dirimir, si procedía o no, la solicitud de reconocimiento de pluriparentalidad, la cual tensionaba el ordenamiento imperante por aquel entonces; en tanto, conforme la regla de reconocimiento constitucional, solo los jueces se encuentran ha-

(16) KEMELMAJER, A.; HERRERA, M.; LLOVERAS, N., "Tratado de Derecho de Familia", Rubinzal Culzoni, 2014, tomo II, arts. 594 a 637, p. 202 y ss.

(17) KEMELMAJER, A.; HERRERA, M.; LLOVERAS, N., ob. cit.

bilitados a meritar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas **(18)**.

Dicha dicotomía, una vez entrado en vigencia el Cód. Civ. y Com., fue abordada durante las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, de octubre de 2015 en Bahía Blanca, donde la postura mayoritaria resultante del debate pormenorizó que a la hora de resolver futuros sumarios de triple filiación, teniendo en cuenta nuestro sistema de control de constitucionalidad y convencionalidad difuso, con alcance o efectos solo *inter partes*, será necesario declarar la inconstitucionalidad del art. 558 del Cód. Civ. y Com., en tanto la claridad meridional de su última parte es tal que resulta dificultoso compatibilizarla con el ordenamiento jurídico sistémico, como único remedio para receptor jurídicamente una realidad, la pluriparental, por fuera de la regla binaria **(19)**.

Posteriormente, el Registro Civil y de Capacidad de las Personas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires reconoció la triple filiación de otro niño, quien ya contaba con seis años de edad a la fecha, además de con tres progenitores, quienes previo a su nacimiento habían decidido formar parte de su vida, de su cuidado y de ejercer los derechos y obligaciones que derivan de la responsabilidad parental.

La pareja del mismo sexo y la madre biológica de la menor interpusieron una demanda a fin de que se le reconociera a la niña su triple filiación que había sido denegada por el Registro Provincial de las Personas. El juez hizo lugar a lo peticionado.

### **III. El niño, niña y adolescente como sujeto de derecho y su participación en el proceso judicial**

Otro aspecto interesante del fallo en estudio es el rol preponderante que la jueza otorgó a la niña, entendiendo la importancia que acarrea-

---

(18) DE LA TORRE, N., "Pluriparentalidad ¿Por qué no más de dos vínculos filiales?", RDF 2015-VI-217, AP/DOC/1075/2015.

(19) Conclusiones en <http://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/conclusiones-06.pdf>.

ría la decisión que iba a tomar en el seno de esa familia en general y de ella en particular.

Es así como, en razón de lo dispuesto por los arts. 706 y 707 del Cód. Civ. y Com., la niña actuó como un verdadero sujeto de derecho: su participación fue trascendente a lo largo de todo el proceso, alcanzando su máxima visibilización en la sentencia, la cual fue redactada en lenguaje claro, cercano, con una tipología distinta, fuera de todo formalismo, en lo que a la niña interesaba, una explicación sencilla.

Es que la participación activa de los niños, niñas y adolescentes resulta necesaria y no basta con decir que el NNA ha sido partícipe del proceso solo porque se ha cumplido con el mero formalismo de ser llevado ante los estrados a una audiencia por ante el juez, del que el único registro que queda es un acta en la que "solo" constan formalidades, en función de una mal entendida protección de la intimidad del NNA. Esta participación activa recobra importancia porque no basta con decir que la niña está inmersa o no en una familia pluriparental, que es sujeto de derecho, sino que importa que ella lo sepa **(20)**, y con esa finalidad, es que el corpus iuris de la niñez goza de una serie de herramientas en relación a que se le garantice el derecho de expresar su opinión en todos los asuntos que le afecte y que esa opinión sea tenida en cuenta esa opinión en función de su edad y grado de madurez (art. 12 de la CDN y Ley Nacional 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

### **IV. Palabras finales**

Las familias como grupos humanos fundamentales para la construcción y supervivencia de la sociedad, son merecedores de la protección de esta y de los Estados, por ende, una familia será digna de protección por parte del Estado cuando sea posible verificar la existencia de un vínculo afectivo perdurable, entonces, es imperativo el reconocimiento, para todos los fines del derecho, de los vínculos parentales de origen tanto afectivo como biológico, con el fin de proporcionar la más completa y adecuada

---

(20) Corte IDH, Opinión Consultiva OC17/2002, del 28/08/2002. Voto concurrente del juez Antônio Cançado Trindade, p. 52.



protección a los sujetos implicados. El reconocimiento jurídico de ambos vínculos, y de los derechos de las más diversas conformaciones familiares, sirve de excusa para la protección, a pesar de su falta de regulación específica, de la pluriparentalidad, otorgando así valor jurídico a la socioafectividad.

Como ha quedado expresado en el presente trabajo, el concepto de familia no es un concepto natural sino cultural; en consecuencia, no existe un modelo universal e inmutable de familia, y de ahí que el término “familia” no pueda considerarse un sistema cerrado en sí mismo; la muticulturalidad no es otra cosa que aceptar las diversas realidades familiares que observa la sociedad contemporánea y que la legislación infraconstitucional no puede silenciar.

En tal sentido, no caben dudas de que el operador jurídico debe vincular los principios constitucionales de igualdad, universalidad y progresividad, otorgando sentido a las normas de acuerdo con los nuevos paradigmas sociales, la multiplicidad de formas de vivir en familia que actualmente coexisten en la sociedad debe encontrar protección en las normas que a ellas

se refieran, en consonancia con los compromisos asumidos por el Estado nacional en materia de igualdad y no discriminación.

Seguramente este tipo de familia siquiera fue pensada por el legislador; sin embargo, que no haya sido prevista, como otras que seguramente en un futuro no muy lejano aparecerán, no significa que no exista; por lo tanto, no puede ser desconocida. Se impone traer a colación un rasgo distintivo del derecho de las familias, el respeto por la diversidad es por ello por lo que, aun no estando previsto este modelo de familia debe ser reconocido y protegido, que no es otra cosa que recibir un trato igualitario ante la ley.

En suma, “el derecho es demasiado humano para pretender lo absoluto de la línea recta. Se nos aparece en ocasiones como algo sinuoso, caprichoso o incierto, durmiendo o eclipsándose, cambiando al azar y a menudo rehusando el cambio esperado. Imprevisible, tanto para el buen sentido como para el absurdo” (21).

---

(21) CARBONNIER, J., "Derecho Flexible", prólogo de Luis Díez-Picazo, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 12.

# Desigualdad social, género y pobreza

Paula Azpelicueta (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Algunos lineamientos sobre la desigualdad social.— III. Desigualdad de género y pobreza.— IV. Conclusiones.

## I. Introducción

A través del presente trabajo procuraré desentrañar teóricamente cómo incide el orden de género en la desigualdad social y en la pobreza. Para ello, expondré algunas perspectivas sobre la desigualdad social de la mano de los textos de Luis Reygadas (2004), Eduardo Chávez Molina (2003) y Kristina Dietz y Ana María Isidoro Losada (2014), para luego ingresar en el análisis del trabajo de María Elena Valenzuela (2003) sobre desigualdad de género y pobreza. Finalmente, aventuraré una breve conclusión.

Para María Elena Valenzuela, el orden de género es “el sistema de relaciones económicas, sociales, políticas y culturales entre hombres y mujeres, que contiene dimensiones simbólicas, normativas y subjetivas, las cuales configuran las prácticas sociales en los distintos espacios de la sociedad” (1). La autora señala que las desigualdades de género se manifiestan en todas las sociedades contemporáneas, a través de una “pauta generalizada de desigualdad entre hombres y mujeres” (2) y se despliegan en los órdenes social, económico, político y cultural.

---

(\*) Abogada (UNLP). Maestranda en Derechos Humanos y Políticas Sociales (UNSaM). Integrante del Programa de Asistencia y Patrocinio Especializado en Violencia de Género (DGN).

(1) VALENZUELA, M. E., “Desigualdad de género y pobreza en América Latina”, en Valenzuela, M. E. (Ed.): *Mujeres, pobreza y mercado de trabajo: Argentina y Paraguay*, Ed. OIT, Santiago de Chile, 2003, p. 15. Disponible en: [http://www.ilo.int/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/cinter/sepa\\_ap.pdf](http://www.ilo.int/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/gender/doc/cinter/sepa_ap.pdf)

(2) *Ibidem*, p. 17.

## II. Algunos lineamientos sobre la desigualdad social

En el presente título indagaré en algunos enfoques teóricos que analizan el fenómeno de la desigualdad social en clave multifacética o multidimensional. En primer lugar, Luis Reygadas (3) analiza la problemática a partir de la conjugación de nociones provenientes de las teorías individualistas, interaccionistas y holísticas de la desigualdad.

Las teorías individualistas ponen especial énfasis en la distribución de los diversos atributos entre las personas, así como en la incidencia que posee tal reparto sobre los resultados desiguales alcanzados en un contexto social específico. Explica Reygadas que existen distintos factores de los que depende la aptitud de un agente para apropiarse de una porción de la riqueza: algunos de ellos son externos y otros internos.

Los factores externos se refieren a la posesión de recursos idóneos para producir riquezas. Estos dependen del contexto social, y tienen cada vez mayor relevancia en la diversificación de las posibilidades productivas, por lo que sus configuraciones singulares de tipo, calidad y cantidad generan una vital incidencia en los niveles de desigualdad. Por su parte, los factores internos dependen del agente social, por ejemplo, la propia capacidad de trabajo, los conocimientos y la inteligencia.

---

(3) REYGADAS, L. “Las redes de la desigualdad, un enfoque multidimensional”. *Revista Política y Cultura*, nro. 22, Xochimilco, México, 2004. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n22/n22a02.pdf>

Además, el autor menciona otros atributos que son individuales pero que inciden en la capacidad de acceder a las riquezas, a saber: el capital cultural, el *status*, las certificaciones, la etnia y el género. A través de la teoría de Pierre Bourdieu, Reygadas sostiene que “muchos de los dispositivos más sutiles y más ominosos de la desigualdad tienen que ver con las diferencias en capital cultural subjetivo” (4). En la temática que aquí nos ocupa, el citado autor identifica al género como uno de los factores determinantes en la construcción de las desigualdades sociales, ya que en base a aquel “se han estructurado distinciones sociales y culturales entre los hombres y las mujeres para convertir las diferencias biológicas del sexo en jerarquías de poder, de *status* y de ingresos” (5).

Por su parte, las teorías interaccionistas postulan que la desigualdad se re-reproduce en las relaciones sociales, ya que en ella las potencialidades y capacidades individuales interactúan y se generan relaciones de poder con aptitud para construir algo nuevo, distinto a los individuos considerados aisladamente. Además, el citado autor menciona que existen fronteras -que pueden adquirir forma de barreras físicas, de dispositivos legales o simbólicos- que separan a los diferentes grupos, y que permiten reproducir las desigualdades en los espacios colectivos. Desde estas corrientes, también es posible analizar la cuestión de género: Reygadas recuerda que los estudios de género han contribuido a visibilizar que las relaciones sociales asimétricas entre hombres y mujeres se sustentan en base a construcciones simbólicas respecto del significado de la masculinidad/feminidad y a las relaciones de poder entre personas de sexo diferente.

En tercer lugar, las teorías holísticas estudian las redes estructurales de la desigualdad. En palabras de Reygadas: “Para explicar por qué algunos colectivos tienen más beneficios que otros hay que estudiar las capacidades acumuladas en cada colectivo, las relaciones entre ellos, la distribución de las riquezas entre los diferentes ámbitos sociales, ya sean empresas, organizaciones del tercer sector, dependencias públicas,

ciudades, regiones, países” (6). Acto seguido, el autor analiza una serie de factores con especial aptitud para incidir en las capacidades colectivas de apropiación, a saber: las redes de conocimiento, la escala, la innovación, la calidad, la imagen, los medios de destrucción y transmisión.

Finalmente, tras haber descrito las tres corrientes teóricas que he repasado, el citado autor pasa a argumentar respecto de la complejidad que reviste el fenómeno de la desigualdad social, ya que tiene vinculación con las relaciones de poder; más el poder se asocia a distintos recursos y capacidades. Además, explica que existen distintos tipos de desigualdades, para los que se necesitan diferentes modos de intervención.

Así, “las desigualdades pueden referirse a las diferencias en los recursos que tienen los agentes para apropiarse de los bienes (desigualdad de activos), a la inequidad en los procedimientos para la distribución de esos bienes (desigualdad de oportunidades) o a la asimetría en la distribución final de los bienes (desigualdad de resultados)” (7).

Frente a este panorama y a los fines de combatir las desigualdades, el autor propone buscar adecuadas combinaciones de equidades, de manera tal de incluir a las tres tipologías en sus interconexiones. Es decir, considera que, si la desigualdad es un fenómeno multidimensional, también tendrían que serlo las acciones tendientes a suprimirla, y deberían desplegarse en los niveles microsocial, intermedio y macro-social.

En este sentido, profundiza: “el combate contra la desigualdad tiene que articular acciones en los tres ámbitos: en el aspecto microsocial, desarrollar las capacidades de los sectores que han sido históricamente excluidos y explotados, para que puedan competir en condiciones de igualdad; en el nivel intermedio, eliminar los mecanismos de discriminación y todos los dispositivos institucionales que han favorecido de manera sistemática a ciertos grupos en de-

(4) *Ibidem*, p. 9.

(5) *Ibidem*, p. 9-10.

(6) *Ibidem*, p. 20.

(7) *Ibidem*, p. 24.

trimento de otros, así como impulsar medidas transitorias de acción afirmativa; y, en el ámbito macrosocial, transformar las estructuras de posiciones y los mecanismos más amplios de distribución de cargas y beneficios” (8).

Por su parte, Eduardo Chávez Molina analiza la desigualdad social en Argentina, en un contexto de heterogeneidad estructural y tomando como categoría conceptual central la de clases sociales. Para ello, el autor se vale de la perspectiva aportada por los estudios de la movilidad social, que permite echar luz respecto de las oportunidades socio-ocupacionales en la mirada de los propios actores y su genealogía, en una dinámica que combina lo particular del caso con lo universal del contexto histórico social.

En palabras del autor: “Las oportunidades entre las generaciones, de acceder a posiciones ventajosas o no en relación a su generación antecedente, está supeditada no tan solo a la capacidad societal de generar condiciones estructurales para que dichos pasajes se produzcan, y al rol de Estado en dicho proceso, sino también al tipo de inserción socio-productiva, caracterizada por factores de calidad y productividad en el tipo de empleo, en el sector económico al cual se inserta, y las redes sociales que permiten esos senderos. Lo cual proyecta, como imagen representativa de posiciones sociales dicotomizadas, rendimientos muy desiguales entre trabajadores y empresarios” (9).

Explica que existen estudios de movilidad intrageneracional e intergeneracional: los primeros analizan los movimientos de las personas dentro de la estructura social a lo largo de su vida; mientras que los segundos lo hacen en relación con las diferentes generaciones. En este sentido, los estudios de movilidad social intergeneracional seleccionan factores adscriptivos y de logros, principalmente relativos a las condi-

ciones materiales y simbólicas del hogar de origen de un individuo, a los fines de correlacionar el *status* socioeconómico entre madres-padres e hijos a lo largo de la vida.

Entre factores tales como el nivel educativo de lxs progenitores de una persona, su inserción ocupacional, los ingresos, la composición familiar y la etnia, el género del principal sostén del hogar también ejerce influencia en el *status* que adquiere una persona durante su existencia. Por ende, si analizamos a la desigualdad social desde un enfoque interseccional, podremos visualizar que factores como el género, la edad, la clase y la etnia se refuerzan entre sí.

Kristina Dietz y Ana María Isidoro Losada explican cómo las dimensiones de la naturaleza y el ambiente permanecen aún invisibles en los estudios sobre la desigualdad llevados adelante desde la ciencia social. Resaltan las autoras: “El estudio de las interdependencias entre las desigualdades sociales y la dominación de la naturaleza, la relación entre naturaleza, identidad y nación, o los vínculos entre los discursos ambientales, las nociones de la naturaleza y las relaciones de poder, generalmente, no son consideradas en el seno de las investigaciones de la ciencia social” (10).

Las autoras identificaron, desde una perspectiva dialéctica, tres formas de interdependencias interrelacionadas entre naturaleza y desigualdad. La primera de ellas es que las desigualdades sociales son inherentes a los fenómenos de crisis ambiental. Expresan que entienden a las desigualdades sociales como “las asimetrías entre distintas posiciones que grupos o individuos ocupan en contextos donde tanto el acceso a bienes básicos (ingreso, salud, entre otros), como a los recursos de poder (derechos políticos, participación, voz, etc.), se caracterizan

---

(8) *Ibidem*, p. 24-25.

(9) CHÁVEZ MOLINA, E. "Desigualdad y movilidad social en un contexto de heterogeneidad estructural: notas preliminares", En Chávez Molina, E. (Comp.) Desigualdad y movilidad social en el mundo contemporáneo, Aportes empíricos y conceptuales. Argentina, China, España y Francia. Ed. Imago Mundi, Buenos Aires, 2013, p. 2. Disponible en: <https://www.aacademica.org/jesicalorenapl/12.pdf>

---

(10) DIERTZ, K.; ISIDORO LOSADA, A. M. "Dimensiones socioambientales de desigualdad: enfoques, conceptos y categorías para el análisis desde las ciencias sociales", en: Barbara Göbel Manuel Góngora-Mera Astrid Ulloa (Ed.), Desigualdades socioambientales en América Latina, Ibero-Amerikanisches Institut, Berlín, 2014, p. 49-84, p. 51. Disponible en: [http://www.desigualdades.net/Resources/Publications/Desigualdadessocioambientales-Gongora-Mera\\_Goebel\\_Ulloa.pdf](http://www.desigualdades.net/Resources/Publications/Desigualdadessocioambientales-Gongora-Mera_Goebel_Ulloa.pdf)

por ser jerárquicamente estructurados (Kreckel 2004, 17; Burzan 2007, 7-11)” (11).

La segunda se refiere a que la dominación y transformación de la naturaleza social son variables que permiten explicar la producción y reproducción de las desigualdades sociales “en todas las dimensiones contempladas por Göran Therborn (2011, 17-18): desigualdades vitales (oportunidades de vida desiguales construidas socialmente), desigualdades existenciales (asignaciones desiguales de autonomía y reconocimiento, negación de una igualdad existencial) y desigualdades de recursos (distribución desigual de recursos para la acción)” (12).

Por último, las autoras señalan que la materialidad de la naturaleza posee implicaciones para las desigualdades sociales. Por ejemplo, los efectos negativos de los cambios ambientales tienden a influir sobre las estructuras previas de desigualdad; es decir, aquellas poblaciones que ya se encuentran marginadas en los planos económicos, social y político son más propensas a ser vulneradas por los impactos del cambio climático, la contaminación, entre otros.

Entonces, desde la perspectiva dialéctica propuesta, las autoras concluyen que las desigualdades sociales no son solamente una consecuencia de formas concretas de transformar la naturaleza, sino que son inherentes a estas. Al respecto, invitan a revisar no solo el vínculo naturaleza-desigualdad desde un enfoque que tenga en cuenta la distribución desigual de los efectos negativos ambientales, sino que, además, “los problemas ambientales y las formas concretas de apropiación y/o conservación de la naturaleza concebidos históricamente (...) deben ser revisados como una articulación de las desigualdades sociales” (13).

Finalmente, en lo que respecta al análisis del género, las autoras consideran que las diversas relaciones de dominación que existen “no solo son producidas o perpetuadas a través de nuevas formas de transformación de la naturaleza, sino que estas ya están inscritas en los modos y

las prácticas en que la naturaleza es apropiada, reconocida, concebida, e imaginada” (14).

### III. Desigualdad de género y pobreza

Continuando con la línea teórica que venimos repasando, María Elena Valenzuela considera que la desigualdad social es un fenómeno que se va construyendo a través de un complejo proceso en el cual confluyen aspectos discursivos, normativos, sociales y subjetivos de la realidad. En su trabajo “Desigualdad de género y pobreza en América Latina” (2003), analiza la situación desventajosa en la que las mujeres enfrentan a la pobreza en comparación con los hombres, en virtud de su posición en el orden de género, a la infravaloración de la dimensión femenina respecto de la masculina y al control normativo sobre la sexualidad y procreación.

La citada autora señala a las prácticas discriminatorias como una de las formas a través de las cuales se manifiesta la desigualdad social. En sus palabras, los actos discriminatorios se originan “en una visión particular del mundo y de una determinada organización social, que excluye a otras personas por su pertenencia a ciertos grupos sociales, sin que necesariamente se trate de actos conscientes de exclusión. El género, raza, etnia y clase social constituyen la piedra angular de sistemas de dominación que están interconectados y conducen a formas de opresión que operan en forma simultánea y se potencian entre sí” (15).

En este sentido, Valenzuela encuentra cierta asociación entre la discriminación a la que las mujeres están sometidas socialmente, con el incremento de sus niveles de pobreza. Al respecto, indica que este fenómeno ha contribuido a transmitir intergeneracionalmente la pobreza y a generar nuevas condiciones de privación para las mujeres y su entorno familiar.

En otro orden de ideas, en relación con la caracterización de la pobreza, la autora se enrola en una concepción multidimensional, ya que considera que aquella excede la mera falta de ingresos, pues el bienestar de una persona incluye también elementos inmateriales. Enton-

(11) Ibidem, p. 65.

(12) Ibidem, p. 66.

(13) Ibidem, p. 74.

(14) Ibidem, p. 74.

(15) VALENZUELA, M. E., ob. cit., p. 17.

ces, bajo esta óptica, interpreta que el fenómeno debe ser analizado incorporando, además de su dimensión económica, aspectos relativos a “la participación social y realización de derechos, incluyendo las nociones de seguridad, justicia y ciudadanía” (16).

Acto seguido, la autora repasa tres corrientes teóricas que se inscriben en la multidimensionalidad de la pobreza, a saber: las centradas en la vulnerabilidad, en la exclusión social y en el enfoque de derechos. Además, señala que desde las tres perspectivas analíticas se le otorga importancia a la desigualdad tanto en la distribución, acceso y control de los recursos monetarios y de los no monetarios, como son la seguridad, las oportunidades, el ejercicio de derechos y la ciudadanía.

Las teorías centradas en la vulnerabilidad ponen el foco en el carácter dinámico de la pobreza, e intentan “identificar la ubicación relativa de las personas en la sociedad, según su grado de acceso y control sobre los activos económicos y sociales (tales como el trabajo, tierra, capital humano y social, recursos productivos y relaciones al interior del hogar) y su capacidad de utilización de estos recursos para cambiar su situación (Moser, 1996)” (17).

La perspectiva de la exclusión social, por su parte, se detiene en el análisis de los aspectos materiales e inmateriales de la pobreza, enfatizando en los diversos procesos por los cuales las personas ingresan o superan la pobreza. Valenzuela señala que bajo esta corriente “se examinan tanto los aspectos distributivos (variaciones en el ingreso, la riqueza y el consumo) como de relaciones (patrones de empleo, participación social, derechos) de las desventajas sociales” (18).

Finalmente, el enfoque de los derechos brinda un marco analítico de mayor amplitud para comprender el fenómeno de la pobreza, desde que la mira como “una situación de privación relativa, que va más allá de los ingresos, y se expresa en la falta de capacidades, derechos y

autonomía de las personas para participar plenamente en la sociedad” (19).

A partir de este bagaje teórico, Valenzuela resalta que para estudiar la pobreza desde el orden de género hay que considerar que este opera en distintos niveles, a saber: social, comunitario, laboral, hogareño, entre otros. A su vez, dentro de estos se producen y reproducen las relaciones sociales y se crean mecanismos que *a posteriori* coadyuvan a la transmisión generacional de la pobreza. En este sentido, considera que la posición de las mujeres a nivel social está influida por las significaciones discriminatorias, por lo que en el mercado laboral y en los espacios políticos las perjudica. A su vez, en el marco comunitario, los roles y responsabilidades se encuentran previamente determinadas por el orden de género, y las mujeres han debido incrementar las tareas de cuidado desde que el Estado ha traspasado parte de sus funciones de bienestar a la sociedad. Por su parte, a nivel hogar, las relaciones asimétricas de género propenden a reforzar la pobreza relativa de las mujeres.

De este análisis se sigue que, para superar la estructural feminización de la pobreza, además de promover el aumento de escolaridad de las mujeres, el mejoramiento de su inserción laboral y el fomento de la igualdad de derechos entre los géneros se torna necesario modificar el nivel simbólico. En palabras de la autora: “es necesario reinterpretar, socialmente, los elementos simbólicos que atribuyen un significado inferior a las tareas femeninas y al trabajo realizado por las mujeres, buscando superar la segregación de género en los mercados laborales, así como la dicotomía y jerarquización con que se estructura la división sexual del trabajo en la sociedad y su relación con el control de la sexualidad y la reproducción. De lo anterior se desprende que las soluciones integrales a la pobreza requieren la adopción de una perspectiva de género y, en particular, del empoderamiento de las mujeres” (20).

Finalmente, Valenzuela destaca que las políticas públicas de empleo constituyen un eje fun-

---

(16) Ibidem, p. 16.

(17) Ibidem, p. 16-17.

(18) Ibidem, p. 17.

---

(19) Ibidem, p. 17.

(20) Ibidem, p. 19.

damental para abatir la pobreza femenina, ya que esta tiene directa vinculación con la subutilización de la mano de obra generada por el desempleo y subempleo, la existencia de empleos escasamente remunerados, el acceso desigual a los puestos de trabajo y la inactividad en que permanecen las mujeres.

#### **IV. Conclusiones**

A través del presente trabajo repasé algunas perspectivas teóricas que caracterizan a la desigualdad social como un fenómeno complejo y multifacético, compuesto por procesos que combinan aspectos discursivos, normativos, sociales y subjetivos de la realidad. Posteriormente, indagué en el estudio de la pobreza considerada desde el orden de género, a través

de un enfoque que asume que la experiencia femenina de la pobreza posee sus especificidades, en virtud de que las mujeres parten de una posición social desigual.

Como corolario, comparto junto a Valenzuela (21) la necesidad de pensar y formular políticas públicas contra la desigualdad social desde la perspectiva de género, haciendo hincapié en que la pobreza de las mujeres es atribuible, en parte, al orden de género. Caso contrario, si continuamos ignorando o naturalizando las relaciones sociales de género, las políticas destinadas a combatir a la pobreza seguirán reproduciendo los esquemas desiguales vigentes.

---

(21) Ibidem, p. 19.

# Discapacidad, vejez y accesibilidad tecnológica en tiempos de COVID

Xenia Baluk (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Personas mayores y personas con discapacidad y accesibilidad tecnológica en tiempos de COVID.— III. Palabras de cierre.

## I. Introducción

Las sucesivas restricciones a la libre circulación y actividad económica decretadas por el Poder Ejecutivo Nacional en el año 2020, a raíz de la declaración de pandemia por COVID-19, impactaron en toda la población. Las restricciones variaban dependiendo de la jurisdicción donde una persona se encontraba, la actividad profesional o económica que realizaba cada individuo o la edad. Con una periodicidad promedio de quince días, amanecíamos con nuevas restricciones o habilitaciones para realizar actividades o para circular (1).

Esta afectación impactó en mayor medida en las personas en situación de vulnerabilidad. Por ejemplo, los niños y adolescentes fueron considerados “vectores de contagio”, por lo que apenas declarada la pandemia cerraron las instituciones educativas y se suspendieron las clases presenciales, privándolos así de la escolaridad, del contacto con educadores y pares y de toda actividad lúdica o deportiva al aire libre. Por su parte, las personas mayores y las personas con discapacidad fueron consideradas “población de alto riesgo” frente al virus, por lo que fue el primer grupo de personas a quienes se

restrigió su circulación, se los obligó al encierro total y se los privó de la vida social, familiar y afectiva. Y si se encontraban residiendo en instituciones, la situación era aún más grave, dado que las restricciones a la circulación y a recibir visitas fueron muy estrictas y se prolongaron por mucho más tiempo que a la población en general. Incluso al día de la fecha persisten muchas restricciones —fundadas en criterios epidemiológicos— para realizar salidas o para recibir visitas en instituciones geriátricas, hogares para personas con discapacidad o instituciones psiquiátricas.

Claro está que no son estos los únicos grupos en situación de vulnerabilidad que padecieron las restricciones impuestas. La expresión “grupos en situación de vulnerabilidad” se utiliza para designar a aquellos grupos de personas o sectores de la población que, por razones inherentes a su identidad o condición y por acción u omisión de los organismos del Estado, se ven privados del pleno goce y ejercicio de sus derechos fundamentales y de la atención y satisfacción de sus necesidades específicas.

En la definición de estos grupos es necesario considerar, junto a la dimensión jurídica, las dimensiones histórica y social de su constitución como tales, ya que se trata siempre de personas que son, o han sido persistentemente, objeto de alguna forma de discriminación o afectación de sus derechos y que, por lo tanto, requieren de políticas activas para garantizar, mediante el reconocimiento y respeto de su identidad, condición y necesidades particulares, el goce igualitario de derechos.

(\*) Defensora pública curadora.

(1) Las medidas de aislamiento dispuestas por DNU 297/2020 hasta el 31 de marzo de 2020, sucesivamente prorrogadas a través de los DNU 325/2020 (hasta el 12 de abril de 2020), 355/2020 (hasta el 26 de abril de 2020), 408/2020 (hasta el 10 de mayo de 2020), 459/2020 (hasta el 24 de mayo de 2020), 493/2020 (hasta el 7 de junio de 2020), 520/2020 (hasta el 28 de junio de 2020), 576/2020 (hasta el 17 de julio de 2020) y 605/2020 (hasta el 2 de agosto de 2020).



Es necesario tener en cuenta que no todas las sociedades discriminan a las mismas personas. Asimismo, van surgiendo nuevos grupos objeto de alguna forma de discriminación que antes no existían; por ejemplo, las personas portadoras de VIH/sida. Por esta razón, la identificación de los grupos en situación de vulnerabilidad varía en cada sociedad y en cada momento histórico; y también, en este sentido, cada Estado debe definir, para su país, las políticas de inclusión apropiadas que le garanticen el ejercicio pleno de todos sus derechos. El proceso de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, a fin de brindar una mayor protección a estos grupos, ha aprobado tratados y otros instrumentos internacionales específicos que han sido ampliamente ratificados por los Estados. Entre ellos, pueden destacarse aquellos instrumentos que refieren a la situación de las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, las personas con discapacidad, los migrantes, los refugiados, los pueblos originarios, personas adultas mayores, entre otras (2).

Según las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad (3), “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico”.

Por lo tanto, además de los mencionados (niños, niñas y adolescentes, personas mayores,

personas con discapacidad), existen en la Argentina otros grupos en situación de vulnerabilidad a quienes las medidas de restricción dictadas en cuarentena afectaron especialmente. No obstante ello, no es objeto del presente comentario analizar el impacto de estas medidas sobre todos estos grupos ni la proporcionalidad de las medidas al riesgo de propagación del virus. Solo me centraré en dos grupos específicos: las personas mayores y las personas con discapacidad y cómo vieron afectada la accesibilidad a bienes y servicios a partir de las medidas implementadas. Y, fundamentalmente, qué nos deja la pandemia por COVID como aprendizaje en esta cuestión.

## II. Personas mayores y personas con discapacidad y accesibilidad tecnológica en tiempos de COVID

La Organización Mundial de la Salud calcula que en el mundo hay mil millones de personas con discapacidad (4). En la Argentina, según el Estudio Nacional sobre el Perfil de las Personas con Discapacidad (5), realizado en el año 2018 por el INDEC y ANDIS, el 10.2 % de la población tiene alguna discapacidad. Traducido en cantidad de personas, si consideramos que la población actual argentina es de 45 millones de personas, podemos estimar que unas 4.590.000 tienen discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante CDPCD) (6), que goza de jerarquía constitucional, reconoce que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que es el resultado de la interacción entre la deficiencia de una persona y los obstáculos tales como barreras físicas y actitudes imperantes que impiden su participación en la sociedad en igualdad de condiciones con las demás personas. Las discapacidades incluyen deficiencias físicas, mentales, intelectuales y sensoriales tales como ceguera, sordera, deterioro de la movilidad y deficiencias en el

(2) [www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos\\_vulnerables.pdf](http://www.jus.gob.ar/media/1129151/31-grupos_vulnerables.pdf)

(3) [www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad](http://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad)

(4) [www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health](http://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/disability-and-health)

(5) [www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/publicaciones/estudio\\_discapacidad\\_2018\\_b1.pdf](http://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/publicaciones/estudio_discapacidad_2018_b1.pdf)

(6) Leyes 26.378 y 27.044, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

desarrollo. Algunas personas tienen más de una forma de discapacidad y muchas otras podrían llegar a tener alguna discapacidad en algún momento de su vida debido a lesiones físicas o enfermedades.

Por res. 47/3 del año 1992 de la Asamblea General de Naciones Unidas, el 3 de diciembre se conmemora el Día Internacional de las Personas con Discapacidad. El objetivo es promover los derechos y el bienestar de las personas con discapacidad en todos los ámbitos de la sociedad y el desarrollo, así como concientizar sobre su situación en todos los aspectos de la vida política, social, económica y cultural.

El tema del Día Internacional de las Personas con Discapacidad del año 2021 fue “Liderazgo y participación de las personas con discapacidad en la construcción de un mundo postcovid inclusivo, accesible y sostenible”.

Así, según surge de la página web de Naciones Unidas (7), “la inclusión de la discapacidad es condición esencial para el respeto a los derechos humanos, el desarrollo sostenible, la paz y la seguridad”. También es una cuestión clave para cumplir con la promesa de “no dejar a nadie atrás” de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Respetar los derechos de las personas con discapacidad no es solo una cuestión de justicia, sino una inversión en nuestro futuro común.

La crisis provocada por la pandemia de COVID-19 ha agravado las desigualdades existentes y ha puesto de manifiesto el grado de exclusión y la necesidad imperiosa de incluir a las personas con discapacidad —unos mil millones de personas en el mundo—. Son uno de los grupos más excluidos y afectados por las crisis.

Incluso en circunstancias normales, las personas con discapacidad tienen más dificultades para acceder a salud, educación, empleo y participación social. Necesitamos un enfoque integral para no relegar a nadie. La inclusión de la discapacidad resultará en una respuesta frente a la COVID-19 y una recuperación de la crisis más efectiva e igualitaria.

---

(7) [www.un.org/es/observances/day-of-persons-with-disabilities](http://www.un.org/es/observances/day-of-persons-with-disabilities)

En relación con personas mayores —que según el art. 2° de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (en adelante CIDHPM) (8) son las personas de 60 años o más— por res. 45/106, la Asamblea General de las Naciones Unidas designó el 1° de octubre como Día Internacional de las Personas de Edad y el del 2021 fue la “Equidad digital para todas las edades”, haciendo hincapié en la necesidad de que las personas de edad tengan acceso y una participación significativa en el mundo digital.

Destaca el secretario general de Naciones Unidas que “si las personas de edad pueden acceder a las nuevas tecnologías, aprenderlas y utilizarlas, estarán mejor equipadas para ayudar a alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible, que constituyen nuestro llamamiento universal a la acción para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y velar por que, en 2030, todas las personas gocen de salud, paz y prosperidad” (9).

Añado como dato que, según el Indec, en la Argentina en 2010 las personas de 60 años y más representaban el 14,3 % de la población total (10), es decir, unas 5.832.970 personas.

Resulta oportuno destacar que discapacidad y envejecimiento no son equivalentes. La discapacidad no depende de la edad, no todas las personas mayores tienen discapacidad y la discapacidad no siempre ocurre como resultado de condiciones de salud congénitas.

La discapacidad muchas veces tiene que ver con situaciones que se producen a lo largo de la vida, por ejemplo, por exposición a riesgos, accidentes o problemas de salud crónicos. De hecho, las enfermedades crónicas, que aumentan conforme avanza la edad, pueden causar discapacidad y, en este sentido, la discapacidad

---

(8) Ley 27.360, Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores

(9) [www.un.org/es/observances/older-personsday#:~:text=El%20tema%20de%20este%202021,significativa%20en%20el%20mundo%20digital](http://www.un.org/es/observances/older-personsday#:~:text=El%20tema%20de%20este%202021,significativa%20en%20el%20mundo%20digital).

(10) [www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/dosier\\_personas\\_edad.pdf](http://www.indec.gob.ar/ftp/cuadros/poblacion/dosier_personas_edad.pdf)

puede relacionarse con la edad: hay más discapacidad en la edad adulta y mucha más en la adulta mayor.

Las personas con discapacidad en edades tempranas centran la necesidad de prestaciones y servicios enfocados en el desarrollo de la autonomía e inclusión social. En cambio, en edades avanzadas, van desapareciendo las redes de apoyo familiar o social por lo que las prestaciones deben centrarse en los cuidados, sin desatender la estimulación y el sostenimiento de las habilidades de cuidado.

Ahora bien, recordemos un poco lo vivido en los primeros meses de cuarentena en la Argentina, es decir, en marzo y abril de 2020. Todos los comercios estaban cerrados, solo permanecían abiertos los considerados “esenciales” y a ellos se podía acceder siempre que estuvieran en zonas de cercanía al domicilio y si el comprador no tenía discapacidad, era mayor de 18 años y menor de 60. Todos los colegios y los centros educativos de todo nivel cerraron sus puertas y migraron su actividad a la modalidad virtual, dictándose las clases de manera sincrónica o asincrónica. También se cerraron y cesaron la atención al público de manera presencial los organismos públicos, las empresas privadas y las entidades bancarias.

Muchos organismos públicos tardaron varias semanas en habilitar números telefónicos y casillas de correo electrónico para recibir notificaciones o consultas. Los centros de salud solo atendían urgencias y se suspendieron todos turnos e intervenciones o consultas programadas. En el Poder Judicial de la Nación se declaró “feria extraordinaria” y, con gran activismo sindical, se restringió al mínimo la presencialidad, pasando casi toda la actividad jurisdiccional a la modalidad remota. Del mismo modo se trabajó en los Ministerios Públicos. Los poderes judiciales de la Ciudad de Buenos Aires y de las Provincias dictaron medidas similares.

Toda la actividad pasó a realizarse a través de medios tecnológicos: consultas médicas, compras de cualquier tipo de bienes o servicios, actividades bancarias o financieras, clases de todos los niveles educativos, la actividad judicial, desde la gestión de expedientes electrónicos hasta las audiencias o actos periciales. Los cultos co-

menzaron a transmitir sus ceremonias a través de redes sociales. Y la vida social se trasladó a las pantallas: “zoompleaños”, casamientos, reuniones de amigos, clases de gimnasia, yoga o cualquier otra actividad deportiva.

¿Y qué pasaba con quienes no tenían acceso a estas tecnologías? Simplemente quedaron afuera.

Claro ejemplo de esta falta total de accesibilidad fue expuesta con la apertura “excepcional” de las entidades bancarias los primeros días de abril de 2020, cuando miles de jubilados y beneficiarios de pensiones —entre ellos, personas con discapacidad o sus familiares— se agolparon en sus puertas para cobrar sus beneficios previsionales, dado que no tenían acceso ni a las aplicaciones de celulares, ni a las páginas web de *homebanking* ni a las tarjetas de débito para operar en cajeros automáticos. Las herramientas tecnológicas para que accedieran a su dinero existían, pero ellos no tenían acceso a esas herramientas.

Algo similar ocurría con la obligatoriedad de contar con un “permiso de circulación” durante caso todo el 2020 —que solo se obtenía mediante una aplicación de celular o a través de una página web, en la que se requerían datos no siempre asequibles para todas las personas— o la reserva de lugares en los trenes para poder trasladarse.

Subsisten aún hoy, a dos años de iniciada la pandemia, graves dificultades de accesibilidad para obtener turnos de vacunación contra COVID-19, testeos u obtención de resultados. Estas gestiones se realizan mediante aplicaciones o páginas web, o a través de bots de WhatsApp y parecen sencillas y accesibles hasta que uno indaga entre personas mayores o personas con discapacidad mental o intelectual y advierte que no es tan sencillo ni accesible, que el BOT no atiende todas las preguntas, que los links son ilegibles, los formularios difíciles de completar, la información en las páginas web no es completa ni accesible.

Hoy en día, la locución “accesibilidad” se enlaza directamente con otros dos términos que le son consustanciales y trascienden a su propia definición, el de vulnerabilidad y el de ba-

rrera. El primero, porque la accesibilidad dirige su acción a proteger a las personas vulnerables y permitir su participación en igualdad de condiciones que las demás, en una sociedad más inclusiva. El segundo, porque la eliminación de las barreras es lo que convierte un espacio, un servicio o una información en accesible.

La accesibilidad puede ser entendida como “la posibilidad que tiene una persona, con o sin problemas de movilidad o percepción sensorial, de entender un espacio, integrarse en él e interactuar con sus contenidos”, y continúa explicando Huerta Peralta que se asocia con tres formas básicas de la actividad humana: la movilidad, la comunicación y la comprensión. Aunque todas ellas trascienden para que una persona desarrolle libremente su personalidad, la comunicación y la comprensión son vitales en el entorno de los servicios legales, ya que, influyen directamente en el ejercicio de la capacidad jurídica y el disfrute de los derechos reconocidos a las personas en condición de vulnerabilidad.

Unido a lo anterior, explica Alonso el matiz reivindicativo que adquiere el término accesibilidad en el contexto de la discapacidad, al referirse a los derechos de aquellas personas que, por tener dificultades físicas, sensoriales, o de otro tipo, no pueden relacionarse adecuadamente con el entorno o con otras personas, en igualdad de condiciones. Lo cual se relaciona con la propia definición de personas con discapacidad que introduce la Convención de Nueva York de 2006 y el modelo de derechos humanos que propugna, en virtud del cual la interacción con diversas barreras es lo que impide la participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. La accesibilidad se trata precisamente de eliminar barreras, y en la medida en que seamos capaces de eliminar las barreras asociadas al déficit, obtendremos una sociedad más inclusiva **(11)**.

Los instrumentos de derechos humanos de grupos en situación de vulnerabilidad —y en particular, de los dos grupos bajo análisis— prevén los recaudos que deben tener los Estados Parte en caso de emergencias sanitarias o hu-

manitarias y también para garantizar la accesibilidad de estos grupos a los bienes y servicios, especialmente ante estas situaciones. Y la pandemia por COVID 19 es indudablemente una emergencia sanitaria y humanitaria de proporciones impensadas.

La CDPCD impone a los Estados Parte adoptar “...todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales” **(12)**.

Por su parte, la CIDHPM dispone que los Estados Parte deben tomar “...todas las medidas específicas que sean necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres... Los Estados Parte adoptarán medidas de atención específicas a las necesidades de la persona mayor en la preparación, prevención, reconstrucción y recuperación en situaciones de emergencias, desastres o conflictos. Los Estados Parte propiciarán que la persona mayor interesada participe en los protocolos de protección civil en caso de desastres naturales” **(13)**.

En relación con la accesibilidad, el art. 9° de la citada CDPCD establece: “1. A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

---

(12) CDPCD, art. 11, "Situaciones de riesgo y emergencias sanitarias".

(13) CIDHPM, art. 29. "Situaciones de riesgo y emergencias humanitarias".

“a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como escuelas, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo;

“b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

“2. Los Estados Partes también adoptarán las medidas pertinentes para:

“a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público;

“b) Asegurar que las entidades privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para las personas con discapacidad;

“c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad a que se enfrentan las personas con discapacidad;

“d) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en Braille y en formatos de fácil lectura y comprensión;

“e) Ofrecer formas de asistencia humana o animal e intermediarios, incluidos guías, lectores e intérpretes profesionales de la lengua de señas, para facilitar el acceso a edificios y otras instalaciones abiertas al público;

“f) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;

“g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet;

“h) Promover el diseño, el desarrollo, la producción y la distribución de sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones accesibles en una etapa temprana, a fin de que estos sistemas y tecnologías sean accesibles al menor costo”.

Del mismo modo, la CIDHPM señala: “La persona mayor tiene derecho a la accesibilidad al entorno físico, social, económico y cultural, y a su movilidad personal. A fin de garantizar la accesibilidad y la movilidad personal de la persona mayor para que pueda vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Parte adoptarán de manera progresiva medidas pertinentes para asegurar el acceso de la persona mayor, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso, se aplicarán, entre otras cosas, a:

“a) Los edificios, las vías públicas, el transporte y otras instalaciones exteriores e interiores como centros educativos, viviendas, instalaciones médicas y lugares de trabajo.

“b) Los servicios de información, comunicaciones y de otro tipo, incluidos los servicios electrónicos y de emergencia.

“Los Estados Parte también adoptarán las medidas pertinentes para:

“a) Desarrollar, promulgar y supervisar la aplicación de normas mínimas y directrices sobre la accesibilidad de las instalaciones y los servicios abiertos al público o de uso público.

“b) Asegurar que las entidades públicas y privadas que proporcionan instalaciones y servicios abiertos al público o de uso público tengan en cuenta todos los aspectos de su accesibilidad para la persona mayor.

“c) Ofrecer formación a todas las personas involucradas en los problemas de accesibilidad que enfrenta la persona mayor.

“d) Promover otras formas adecuadas de asistencia y apoyo a la persona mayor para asegurar su acceso a la información.

“e) Promover el acceso de la persona mayor a los nuevos sistemas y tecnologías de la infor-

mación y las comunicaciones, incluida Internet y que estas sean accesibles al menor costo posible.

“f) Propiciar el acceso a tarifas preferenciales o gratuitas de los servicios de transporte público o de uso público a la persona mayor.

“g) Promover iniciativas en los servicios de transporte público o de uso público para que haya asientos reservados para la persona mayor, los cuales deberán ser identificados con la señalización correspondiente.

“h) Dotar a los edificios y otras instalaciones abiertas al público de señalización en formatos de fácil lectura, comprensión y adecuados para la persona mayor”.

La tecnología es bienvenida porque muchos nos beneficiamos por su velocidad, eficiencia y economía. Todo es más fácil a través de una *app*, una página web o un bot de WhatsApp. Turnos médicos, compras de cualquier tipo de bienes o servicios, gestiones administrativas, trámites bancarios... una vez que aprendemos a usar las herramientas informáticas, ya no queremos “perder tiempo” utilizando otros medios. Todo es más fácil con la tecnología. Pero el uso de la tecnología no es tan fácil para todos.

¿Es posible que la tecnología sea accesible para todos? Sabemos de los esfuerzos que se realizan en este sentido y que los desarrolladores están permanentemente observando la forma en que se utilizan sus plataformas y realizando mejoras de accesibilidad.

¿Qué quiere decir “accesibilidad” en el contexto de la web? Garantizar el acceso a la información y a los servicios de los sitios sin limitación ni restricción alguna por razón de discapacidad o condicionantes técnicos, debiendo tener en cuenta que muchas personas que acceden a la información incluida en páginas web lo hacen desde diferentes dispositivos y contextos. También implica que los contenidos sean configurables por el usuario, controlables por el usuario, comprensibles para el usuario y compatibles con el dispositivo o aplicación que tenga el usuario.

Las deficiencias de diseño en la web se relacionan con la brecha digital porque afectan gravemente a personas que no tienen acceso a tecnologías actualizadas o que se manejan con conexiones a internet lentas. Las complicaciones de diseño (sitios poco funcionales, en los cuales es muy difícil orientarse y entender cuáles son las acciones esperadas) funcionan como disuasivos para navegantes inexpertos. Muchos usuarios con discapacidad, a fuerza de intentarlo, logran navegar por sitios inaccesibles, pero a costa de un enorme esfuerzo. Emmanuelle Gutiérrez (14) propone el concepto de “esfuerzo indebido” para referirse a situaciones en donde los usuarios se habitúan en seguida a hacer esfuerzos más allá de lo razonable para conseguir su objetivo.

Resumiendo, la accesibilidad implica que el sitio:

- no presenta barreras tecnológicas;
- puede ser accedido desde diferentes contextos, con diversas tecnologías y dispositivos y por usuarios con capacidades variadas;
- es flexible y configurable. Se adapta a las preferencias de diferentes usuarios;
- puede ser usado y comprendido con facilidad.

El diseño universal, cuando hablamos de internet, es navegar sin perderse, sabiendo dónde nos encontramos y cómo llegar adonde queremos ir, sin pensar que a mitad del recorrido se puede encontrar un obstáculo que impida seguir (15).

Pero a pesar de estos grandes esfuerzos, aún no es accesible para todos.

### III. Palabras de cierre

La tecnología se volvió nuestro gran aliado durante los tiempos de cuarentena más estricta.

---

(14) GUTIÉRREZ Y RESTREPO E., "El concepto de esfuerzo indebido". Entrada en el blog publicada el 16/11/2005, Madrid, 2005, en línea: [www.bitacoras.sidar.org/emmanuelle/index.php?2005/06/16/11-el-concepto-de-esfuerzo-indebido](http://www.bitacoras.sidar.org/emmanuelle/index.php?2005/06/16/11-el-concepto-de-esfuerzo-indebido) (consulta: 11/9/2007), citado en MACIEL, P., "Las tecnologías de la información y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", LALEY AR/DOC/25560/2011.

(15) MACIEL, P., ob. cit.

Pero una sociedad más justa e inclusiva es aquella que no deja atrás a los individuos que tienen dificultades de acceso a bienes y servicios, ya sea por falta de herramientas o por dificultades para utilizarlas. Debemos siempre considerar la posibilidad que haya personas que nunca puedan acceder a

las herramientas tecnológicas y no por eso pueden quedar aisladas. El Estado —ya sea nacional, provincial o municipal— debe contemplar SIEMPRE esta posibilidad y mantener canales de presencia abiertos para que todos puedan acceder a los bienes y servicios básicos y esenciales.

# El poder de los litigios colectivos antidiscriminatorios ante la falta de políticas públicas

El rol del Poder Judicial. Análisis del caso “Borda”

María Eugenia Barragán (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusión.

## I. Introducción

En el presente trabajo nos adentraremos en el análisis del litigio antidiscriminatorio, es decir, de aquel que tiende a desafiar las situaciones de desigualdad estructural, y que se vuelve central ante la falta de políticas públicas (o cuando estas existen, pero resultan ser deficientes).

Si bien es el Poder Ejecutivo quien tiene a su cargo el diseño y ejecución de las políticas públicas, y el Poder Judicial debe intervenir y resolver en caso de conflicto, no puede dejarse de lado que el concepto mismo de litigio cambió radicalmente desde la reforma constitucional de 1994. Por un lado, a través de la incorporación de diversos instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional, que robustecieron el principio de igualdad constitucional —el que pasó de ser formal a bregar por la igualdad real de oportunidades (cf. arts. 37 y 75, incisos. 19, 22 y 23 de la CN)—; y, por el otro, porque se incorporaron figuras como el amparo colectivo

(art. 43, CN), que tienen como objeto defender derechos de manera colectiva. En efecto, la posibilidad de litigar colectivamente pone sobre la mesa el ejercicio de un nuevo rol por parte del poder judicial frente a un proceso diferente del tradicional, que no supone una compensación de daños, sino que pone en miras transformaciones hacia el futuro y, desde ya, implica otro tipo de desafíos para quien lo dirige.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia de la Nación agrandó el universo de casos de esta índole que pueden llevarse a la justicia, ya que estipuló que no solo podrían reclamarse derechos colectivos (que carecen de un titular específico, como el medioambiente), sino también derechos individuales homogéneos, en los que se suele dificultar el acceso a la justicia de manera individual (1). Interesa particularmente para el presente trabajo este último tipo de procesos, como medio para representar intereses de grupos vulnerados, que se encuentren en situaciones estructurales de desigualdad.

Si bien este nuevo rol por parte del Poder Judicial conllevó diversas críticas, que se abordarán

---

(\*) Abogada, recibida con diploma de honor en la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en la misma casa de estudios y especialista en Derecho Constitucional (UBA). Se desempeña actualmente en el Programa de Asistencia y Patrocinio Especializado en Violencia de Género de la Defensoría General de la Nación como abogada patrocinante de víctimas de violencia de Género, en el ámbito de CABA.

---

(1) Véase al respecto CS, "Halabi, Ernesto c/ PEN ley 25.873 y decreto 1563/04 s/ amparo", 24/02/2009, <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verDocumentoByIdLinksJSP.html?idDocumento=6625571&cache=1636987469391>



someramente en el apartado siguiente, nos centraremos en la importancia de ejercer dicho rol y en sus aspectos positivos. Asimismo, se pondrán también de manifiesto las dificultades que suelen presentarse en este tipo de procesos, justamente por conllevar muchas veces un replanteo de una política pública (sobre todo cuando se declara la inconstitucionalidad de la política en cuestión y esta pasa a integrar la discusión acerca de cómo resolver el problema planteado judicialmente).

El presente trabajo partirá de la hipótesis de que el Poder Judicial debe involucrarse en el control de las políticas públicas en este tipo de procesos, cuando su omisión o su aplicación deficiente vulnere o amenace con vulnerar el goce de derechos. A su vez, se hará un análisis de las intervenciones que pueden darse entre los distintos actores involucrados, como la apertura de un espacio de deliberación y diálogo a fin de buscar soluciones para superar el problema de legalidad o inconstitucionalidad que padezca la política pública. En este sentido, creemos que resulta interesante el hecho de devolver a los poderes políticos la iniciativa de solución, con lineamientos previamente establecidos por el Poder Judicial, ya que ello podría contribuir a mejorar la calidad democrática. Por último, se hará un breve análisis del mayor impacto y de los diversos efectos que suelen estar presentes en este tipo de procesos, en función de sus particularidades.

La metodología consistirá en el análisis de un caso testigo, puntualmente se analizará el caso “Borda, Erica c. Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros) s/ acción de amparo”, más conocido como *colectiveras*.

De este modo, se pretende analizar cuál es el alcance de la intervención del Poder Judicial en litigios antidiscriminatorios como el que se analizará, cómo opera la participación de los diversos actores, como así también el impacto que pueden generar las decisiones adoptadas. Ya que, a diferencia de los litigios tradicionales, se trata de casos que requieren un seguimiento y un control posterior al fallo, a fin de medir el progreso del cumplimiento de la sentencia.

## II. Desarrollo

### II.1. Abordaje teórico

En primer lugar, cabe poner de manifiesto que los litigios colectivos tienen como particularidad —respecto de los tradicionales—, el hecho de involucrar a una mayor cantidad de personas y recursos públicos, en su impacto en una política pública con mayor alcance, la participación de una mayor cantidad de actores estatales y el hecho de contener en la sentencia obligaciones más complejas de satisfacer, en las que las dificultades en la implementación se hacen más visibles (2).

Otra particularidad de este tipo de procesos es que, justamente por la complejidad de obligaciones a satisfacer, requieren de una etapa de ejecución, sobre todo cuando están implicadas obligaciones de hacer, con la posible redefinición de una política pública. En este sentido, se trata de procesos que rompen el paradigma de la actuación judicial tradicional, y que requieren un rol más activo de quien dirige el proceso (3). Al respecto, autores como Sigal, Morales y Rossi entienden que “los jueces, se encuentran frente a situaciones novedosas para la función judicial en las que se sienten inseguros respecto del curso de acción a adoptar y —en su mayoría— muestran una marcada resistencia a desarrollar una actividad intensa en un contexto de ausencia de regulación y ante procesos que

(2) Véase al respecto SIGAL, M., MORALES, D. y ROSSI, J., “Algunas consideraciones iniciales sobre la implementación de sentencias de derechos sociales en Argentina”, en [https://www.escc-net.org/sites/default/files/Morales\\_Sigal\\_y\\_Rossi\\_-\\_Argentina\\_0\\_1.pdf](https://www.escc-net.org/sites/default/files/Morales_Sigal_y_Rossi_-_Argentina_0_1.pdf), p. 5 (consultado el 21 de enero de 2022).

(3) *Ibidem*, ps. 5 y 6 y nota al pie n° 13. Cabe tener en consideración que en la actualidad no existe una regulación acerca del modo de instrumentar o ejecutar estas sentencias complejas, ya que nuestros códigos procesales se enmarcan en una concepción liberal del derecho, donde los derechos colectivos no han sido considerados. Podemos encontrar una incipiente regulación en las Acordadas de la CS N° 32/2014, por la cual se creó un registro público de procesos colectivos, y N° 12/2016, a través de la cual se incorporó como anexo un reglamento de actuación en procesos colectivos. Si bien sirven de guía tanto para las partes como para los/as jueces/zas, aún está pendiente la sanción de una ley que regule este tipo de procesos.

rompen el paradigma de la actuación judicial tradicional” (4).

A lo anterior se suma que, la mayoría de las veces, lo que resuelvan tendrá un impacto directo en una política pública inexistente —o, al menos, deficiente— y, en consecuencia, consistirá en obligaciones de hacer por parte de la administración pública. Ello no es menor si se considera que, históricamente, existió mucha resistencia por parte del poder judicial a la hora de regular “cuestiones políticas”, en el entendimiento de que muchas de ellas eran “no justiciables”, es decir, escapaban al control judicial.

Existen diversas teorías que resisten el activismo por parte de los/as jueces/zas: desde las que plantean los clásicos debates estadounidenses sobre la objeción contra mayoritaria al control judicial de constitucionalidad, basada en el supuesto carácter antidemocrático de su intervención en el accionar de los poderes políticos —es decir, de aquellos investidos constitucionalmente con la representación y el mandato popular—; hasta aquellas que indican que la falta de legitimidad de la intervención judicial residiría en la violación de principios como la separación de poderes o de valores como el autogobierno (5). Bergallo efectúa una crítica a la primera de estas posiciones, al indicar que asume una atribución rígida de funciones constitucionales de los tres poderes, en lugar de reconocer la complejidad de las relaciones inter-poderes, a la vez que omite considerar las ventajas de un modelo dialógico de interacción que supone el desdibujamiento de funciones estrictas en pos de prácticas que promueven el diálogo y la deliberación. Por otro lado, señala que quienes señalan los costos de la intervención judicial en términos de afectación del autogobierno, parecen dejar de lado en su consideración las posibilidades inclusivas y deliberativas de

los procedimientos judiciales colectivos, lo que contribuye a otorgarle legitimidad democrática de las decisiones del poder judicial. Por último, hace alusión a que estas concepciones suponen una separación cualitativa entre los derechos y sus remedios, omisión que resulta llamativa en los casos de litigio de derecho público en los que las partes persiguen reformas estructurales para las cuales la función remedial de los tribunales resulta central para la definición misma del derecho vulnerado (6).

Por último, otra característica propia de este tipo de procesos, desde la perspectiva remedial, es que no supone la compensación de daños pasados y que se restringen a las partes, sino la transformación hacia el futuro de prácticas institucionales a través del diseño de soluciones cuyas consecuencias excederán, en la mayoría de las situaciones, el impacto entre las partes. La preeminencia de las intervenciones judiciales en la forma de órdenes de hacer u omitir hacer, en lugar de la compensación por daños, constituyen una de las características específicas de esta nueva modalidad en el control judicial del accionar del Estado (7).

## II.2. Análisis del caso testigo

A continuación, y teniendo en consideración las características de los procesos colectivos estructurales reseñadas en el apartado anterior, analizaremos el caso “Borda, Erica c. Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros) s/ acción de amparo” (8).

(6) BERGALLO, P., "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", 2005, ob. cit., pp. 7 y 8.

(7) *Ibidem*, p. 19.

(8) CNTrab., sala II, "Borda Erica c/Estado Nacional (Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación y otros) s/ Acción de amparo", 11/10/2018. El expediente se encuentra habilitado para su consulta pública, de todos modos, la sentencia se encuentra disponible en: [http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-borda-erica-estado-nacional-ministerio-trabajo-empleo-seg-social-nacion-otros-accion-amparo-fa18040012-2018-10-11/123456789-210-0408-1ots-eupmocsollaf?utm\\_source=newsletter-semanal&utm\\_medium=email&utm\\_term=semanal&utm\\_campaign=jurisprudencia-nacional](http://www.saij.gob.ar/camara-nacional-apelaciones-trabajo-nacional-ciudad-autonoma-buenos-aires-borda-erica-estado-nacional-ministerio-trabajo-empleo-seg-social-nacion-otros-accion-amparo-fa18040012-2018-10-11/123456789-210-0408-1ots-eupmocsollaf?utm_source=newsletter-semanal&utm_medium=email&utm_term=semanal&utm_campaign=jurisprudencia-nacional) (consultado el 21 de enero de 2022).

(4) *Ibidem*, p. 6.

(5) GARGARELLA, R., "La Justicia frente al Gobierno", 1996, en: BERGALLO, P., "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", 2005, disponible en <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/justicia-y-experimentalismo-la-funcion-remedial-del-poder-judicial-en-el-litigio-de-derecho-publico-en-argentina-paola-begallo.pdf>, p. 7 (consultado el 21 de enero de 2022).

Antes de adentrarnos en ello, indicaremos que uno de los motivos por los cuales se eligió el caso en cuestión es por tratarse de un litigio colectivo antidiscriminatorio, en el que se vulnera la igualdad y no discriminación en el acceso al empleo de las mujeres en el puesto de choferes de colectivos, en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

El remedio utilizado se trató de un amparo de carácter individual y, a su vez, colectivo. En el plano individual, se solicitó la protección del derecho subjetivo de la actora a obtener trabajo como chofer de línea de colectivos del área metropolitana; en tanto que en el planteo colectivo se sostuvo la necesidad de: 1) hacer cesar las prácticas discriminatorias que afectaban a las mujeres en el acceso al trabajo; 2) instar a las partes legitimadas a la celebración de un nuevo Convenio Colectivo de Trabajo (CCT) conforme a las normas supralegales sobre igualdad y no discriminación —en el entendimiento de que este resultaba inconstitucional— y 3) establecer una acción positiva para privilegiar la contratación de mujeres hasta equiparar la situación con los varones.

El planteo daba cuenta de una situación de discriminación de género, en diversos planos. Por un lado, *de facto*, al no tomar —las empresas que brindaban el servicio de transporte público de pasajeros en el área metropolitana— a mujeres choferes, y del Estado al no controlar dicha situación y, por ende, brindar su aquiescencia; y *de iure*, ya que el convenio colectivo de trabajo vigente para la actividad, N° 470/1973, tenía un marcado sesgo de género. A ello se sumaba la falta de políticas públicas que tuvieran como norte la inclusión a las mujeres en esos puestos, históricamente desempeñados por varones.

Con relación a lo resuelto, el 11 de octubre de 2018, la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo resolvió: a) respecto del amparo individual, que las empresas demandadas debían considerar la postulación de la Sra. Borda en la próxima vacante como chofer (9); b) por su parte, en el plano colectivo se

(9) Particularmente, se estipuló que, a la hora de evaluar su idoneidad, las empresas deberían aceptar o rechazar su postulación conforme a criterios objetivos y razonables, ajenos a toda discriminación por género.

estableció que: 1) las empresas demandadas —que no contaran con personal femenino en su planta de choferes— debían contratar mujeres hasta alcanzar un cupo del 30% de la planta de choferes existente a la fecha de la sentencia; 2) se fijó un plazo de 6 meses para la elaboración del protocolo de buenas prácticas y se establecieron los contenidos mínimos que debían ser abordados —con participación de los/as trabajadores—, bajo apercibimiento de astreintes. Dicho protocolo debía ser remitido a la parte actora, a fin de que efectúe las observaciones que crea pertinente; 3) se instaría a que los Poderes Ejecutivo y Legislativo adopten, en el ámbito de sus competencias, medidas apropiadas para revertir la discriminación por género a partir de la realización de campañas de información y capacitación laboral; 4) se ordenó la remisión de la sentencia definitiva a la autoridad de aplicación, para que, en oportunidad de negociarse el CCT N° 460/73, las partes tengan en cuenta la necesidad de actualizar sus contenidos a nuestras pautas culturales actuales.

Resulta interesante en este punto traer a colación el concepto de activismo dialógico al que alude Dixon (10) que consiste en establecer, en las sentencias, fines generales y procesos de ejecución claros, con plazos firmes y exigencias de informes de avances en la ejecución, al mismo tiempo que se dejan las decisiones sustantivas y los resultados detallados a los organismos de administración. Ello en pos de que la decisión adoptada sea eficaz y, al mismo tiempo, resulte compatible con el sistema de división de poderes. Según Rodríguez Garavito, las sentencias dialógicas fomentan mecanismos participativos de seguimiento, alentando la deliberación democrática y, por ende, pueden mejorar los efec-

Como consecuencia de lo dispuesto, desde mayo de 2019 a la actualidad, Érica Borda se desempeña como chofer de colectivos de la línea 130 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(10) DIXON, R., "Creating Dialogue about Socioeconomic Rights: Strong-Form Versus Weak-Form Judicial Review Revisited", 2007, en: RODRÍGUEZ GARAVITO, C., "El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales", 2014, en: En: GARGARELLA, R. (comp.). Por una justicia dialógica. Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2014, p. 216.

tos generales de una determinada decisión (11). Por contraposición, el activismo monológico hace alusión a procesos más bien cerrados y jerárquicos, que tienden a presentarse como la imposición de políticas públicas específicas a burocracias cerradas y grupos de interés resistentes. En este sentido, el último autor citado sostiene que, en la práctica, las órdenes jerárquicas detalladas suelen generar transformaciones mucho menos ambiciosas, en gran parte debido a la resistencia de los intereses creados de ciertos grupos, como también a las limitaciones jurídicas y técnicas de la capacidad de los tribunales para ocuparse de problemas sociales estructurales (12).

Rodríguez Garavito sostiene que el hecho de que una sentencia sobre derechos económicos, sociales y culturales sea más o menos dialógica, dependerá de las elecciones efectuadas por los tribunales con respecto a tres elementos de la sentencia: el contenido sustantivo, las medidas judiciales y los mecanismos de seguimiento. En este sentido, precisa que las decisiones judiciales activistas implican el reconocimiento de derechos fuertes. Respecto de las medidas judiciales, mientras las sentencias monológicas implican órdenes precisas orientadas a los resultados, las dialógicas establecen las líneas principales de los procedimientos y apuntan a fines amplios —dejando las decisiones de política pública a las ramas electas del poder— al mismo tiempo que establecen un mapa claro para medir el progreso (medidas judiciales moderadas). Por último, respecto del seguimiento, las decisiones dialógicas tienden a iniciar un proceso de seguimiento que estimula el debate sobre las alternativas en materia de política pública para solucionar el problema estructural detectado en la sentencia. Tal es así que, a diferencia de lo que ocurre en los procesos monológicos, los detalles de las políticas surgen generalmente durante el curso del proceso de seguimiento —y no en la sentencia misma—, a la vez que ocurre una supervisión activa de la ejecución de las órdenes del tribunal, mediante mecanismos participativos, como audiencias públicas, informes

(11) RODRÍGUEZ GARAVITO, C., "El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales", *ob. cit.*, ps. 216-217.

(12) *Ibidem*, p. 231.

de avance y resoluciones sobre el seguimiento (seguimiento fuerte) (13).

La clasificación efectuada resulta interesante a la hora de analizar el caso testigo propuesto. En principio, podría decirse que se trata de una sentencia que plantea el caso desde una mirada estructural, y con un reconocimiento fuerte de derechos. El tribunal, por ejemplo, alude a que "la exclusión *de hecho* de las mujeres en el mercado laboral, específicamente, como choferes de colectivos, (...) exige efectuar —como lo sugiere Roberto Saba— una lectura *estructural* de la igualdad —concebida como no sometimiento—. A su vez, la Cámara remarcó: "La idea de no perpetuación de la inferioridad de un grupo —en este caso, las mujeres— nos acerca, precisamente, a la aspiración de desmantelar un sistema de castas cristalizado en el tiempo que se prolonga durante generaciones" (citas del original omitidas), al tiempo que indicó que el principio de igualdad y no discriminación es parte del *ius cogens* (14).

Respecto de las medidas adoptadas en la sentencia, en relación con la orden impartida a las empresas demandadas de incorporar mujeres choferes hasta lograr un cupo del 30%, podría decirse que se trata de una orden precisa y orientada a lograr un resultado específico —similar a las monológicas—. Sin embargo, no se aplica a todas las empresas concesionarias de colectivos del mercado, ni está dirigida al poder administrador, con lo cual tiene un carácter muy acotado. Respecto de la medida que ordena la elaboración de un protocolo de buenas prácticas, posee características dialógicas, atento a que se fijan contenidos mínimos que deberán ser tratados y un plazo de cumplimiento bajo pena de aplicar astreintes, a la vez que se dispone la participación tanto de los/as trabajadores/as como de la parte actora. Con rela-

(13) *Ibidem*, pp. 232 y 233.

(14) Las normas de *ius cogens* no sólo están en la cúspide de las fuentes del derecho, sino que también son imperativas e inderogables. Para más información, véase al respecto: DE CLÉMENT, Z. D., "Las normas imperativas del Derecho Internacional general (*Jus cogens*). Dimensión substancial", 2004, disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2021/01/artiuscogens.pdf> (consultado el 21 de enero de 2022).

ción a las últimas dos medidas, consistentes en: a) instar al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo a adoptar medidas para revertir la discriminación por género a partir de la realización de campañas de información y capacitación laboral y b) la remisión de la sentencia definitiva a la autoridad de aplicación, para que, en oportunidad de negociarse el CCT N° 460/73, las partes tengan en cuenta la necesidad de actualizar sus contenidos a las pautas culturales actuales, desde ya que no son medidas monológicas, por su amplitud. Sin embargo, a nuestro entender, ambas tienen una laxitud tal, que tampoco parecerían calificar *a priori* como dialógicas, cuestión que deberá volver a analizarse al finalizar el proceso de ejecución —aún en trámite—, ya que su ejecución podría no coincidir plenamente con los términos utilizados en la sentencia. Estas últimas dos medidas fueron justamente cuestionadas por la actora, al interponer un recurso extraordinario federal (15), en el entendimiento de que: a) la remisión de la sentencia a la autoridad de aplicación, para ser tenida en cuenta al negociarse el convenio colectivo del sector, no resultaría ser una medida útil ni suficiente frente a su inconstitucionalidad —la que no fue declarada por la Cámara, al entender que la declaración de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio*— (16). En este sentido, la actora se agravió en función de que “esa ‘condena’ no

(15) El recurso extraordinario federal fue rechazado por la Cámara y, luego de vencido el plazo para la interposición de la queja, la sentencia adquirió firmeza el 19 de febrero de 2019. En relación con la ejecución de la sentencia, la misma fue expresamente solicitada por la actora ante el tribunal que la dictó, en fecha 9 de abril de 2019, proceso que aún continúa.

(16) La Cámara interpretó que, si bien el Convenio Colectivo de Trabajo no incluía a las mujeres, por la fecha en que había sido negociado y concertado, 1973, no cabía la declaración de inconstitucionalidad, sino una interpretación dinámica del mismo, lo que salvaría su oposición con la norma constitucional. No coincidimos con el criterio de Cámara, ya que pareciera hacer una interpretación forzada, y podría haberse declarado la inconstitucionalidad, en todo caso aclarando que se trataba de una inconstitucionalidad sobreviniente. Ello, sobre todo teniendo en consideración que con anterioridad había hecho alusión a que el principio de igualdad y no discriminación pertenecía al dominio del *ius cogens* (con lo cual, toda norma que se oponga a dicho principio debería ser considerada nula). Si bien en la celebración del convenio colectivo de trabajo intervienen diversos actores, podría haber otorgado un plazo para la concertación

refleja ningún tipo de acción concreta que deba emprender el Estado condenado para de algún modo recomponer el derecho violado. Así, pareciera ser suficiente condenarlo a ‘conocer’ el problema ventilado en autos (a través de la comunicación de la sentencia, que de cualquier forma le será notificada). De ahí en más, lo que este pueda o no hacer es un asunto que se aleja de los alcances de este juicio, cuando de lo que trata es, justamente, de propender a medidas idóneas para resolver el conflicto de discriminación denunciado”; b) respecto de la adopción de medidas para revertir la discriminación por género, a partir de campañas de información y capacitación laboral, la actora cuestionó que no se tomara alguna medida en relación la omisión de un adecuado ejercicio del poder de policía, por parte del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (MTEySS). Ello, a fin de evitar —tanto en el pasado como a futuro— la discriminación hacia las mujeres en el puesto de choferes de colectivo la que, además, había quedado demostrada.

Con respecto a esto último, la actora se agravió ya que, lejos de ordenarle al MTEySS acciones para revertir la segregación de las mujeres en todo el sector alcanzado por su poder de regulación y policía, la decisión judicial restringió ese deber a un rol de cooperación en la implementación y fiscalización de una acción afirmativa que solo alcanzó a las tres empresas demandadas, pese a que la prueba producida excedía el alcance de esas tres empresas, y mostraba que el mismo problema de exclusión se acreditaba en otros ámbitos. La actora se agravió entonces, en el entendimiento de que “el remedio concedido (...) no es apto para corregir adecuadamente el accionar discriminatorio (...) y, por ende, no evita la repetición de prácticas que signifiquen la afectación del colectivo que representa la actora” (17). Podemos señalar que, a nuestro entender, la Cámara se mostró cierta deferencia hacia el MTEySS, atento a que no le indicó obligaciones de hacer a su cargo, pese a haber comprobado que había ejercido de manera defectuosa

de un nuevo convenio colectivo, respetuoso del principio de igualdad y no discriminación.

(17) Véase al respecto el recurso extraordinario federal interpuesto oportunamente por la actora, que obra en el expediente digital para su consulta pública.

el poder de policía, es decir, el control sobre las empresas que discriminaban a las mujeres en el acceso al empleo. A su vez, tampoco declaró la inconstitucionalidad del Convenio Colectivo de Trabajo del sector, del que resultaba palmaria la exclusión de las mujeres. Otro aspecto criticable, resulta ser el rechazo del tribunal de los *amicus curiae* propuestos por la actora (18).

Respecto del seguimiento, inició en abril de 2019, impulsado por la actora, ante la Sala que dictó la sentencia, y hoy se encuentra en trámite. Por dicho motivo, parece apresurado emprender un análisis al respecto. Sin embargo, existen algunos indicadores que pueden dar cuenta de los efectos que tuvo la sentencia hasta el momento. El análisis de los efectos se hará desde un enfoque constructivista, es decir, considerando no solo los efectos materiales directos —como se haría desde un enfoque neorrealista—, sino también los indirectos —tanto materiales como simbólicos—. Resulta importante la aclaración ya que, en ocasiones, los efectos indirectos pueden ser más importantes que los directos. Al respecto, autores como McCann sostienen que “aunque muchas veces las victorias judiciales no se traducen automáticamente en el cambio social deseado, pueden ayudar a redefinir los términos de las luchas inmediatas y de largo plazo que se dan entre grupos sociales” (19).

En este sentido, pueden advertirse, como consecuencia de la sentencia, efectos: materiales directos (por ejemplo, el cupo del 30% de mujeres ordenado por el tribunal, al igual que la

obligación de arribar a un protocolo de buenas prácticas; y, respecto del Estado, la puesta en marcha de medidas, como por ejemplo, la creación de un listado de mujeres aspirantes para el puesto de chofer de colectivos —a los efectos de posibilitarle a las empresas el cumplimiento del cupo— (20); materiales indirectos (la participación de nuevos actores en el debate —ajenos a las partes—, por ejemplo los/as trabajadores/as en la formulación de las buenas prácticas y los sindicatos —quienes deberán considerar la sentencia al negociar el próximo CCT— y también se advierte *a priori* la presencia de una mayor coordinación de organismos/órganos estatales); simbólicos directos [la amplia cobertura de la prensa (21)] y simbólicos indirectos [la trans-

(20) A fin de cumplir con lo dispuesto, el Ministerio de Producción y Trabajo -Secretaría de Promoción, Protección y Cambio Tecnológico-, dictó la Resolución 1/2019 (publicada en el BORA en fecha 23/01/2019), por la cual se crea el Registro de Mujeres Aspirantes a Choferes de Colectivo (REMACC) en el ámbito de la Comisión Tripartita para la Igualdad de Oportunidades (CTIO).

(21) MEDIOS GRÁFICOS - CLARÍN: [https://www.clarin.com/sociedad/fallo-judicial-empresas-colectivos-deberan-contratar-mujeres\\_0\\_iAVIDYUQd.html](https://www.clarin.com/sociedad/fallo-judicial-empresas-colectivos-deberan-contratar-mujeres_0_iAVIDYUQd.html) y [https://www.clarin.com/ciudades/dia-mujer-justicia-condena-empresas-colectivos-solo-contratan-hombres\\_0\\_B1yBai0dG.html](https://www.clarin.com/ciudades/dia-mujer-justicia-condena-empresas-colectivos-solo-contratan-hombres_0_B1yBai0dG.html); INFOBAE: <https://www.infobae.com/sociedad/2018/10/18/fue-colectivera-la-echaron-y-nadie-queria-contratarla-por-ser-mujer-ahora-la-justicia-fallo-a-su-favor-2/>; PERFIL: <https://www.perfil.com/noticias/sociedad/dos-mujeres-recurrieron-a-la-justicia-para-conseguir-trabajo-decolectiveras.phtml>; PÁGINA 12: <https://www.pagina12.com.ar/149456-bon-dis-con-cupo-femenino>; LA NACIÓN: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/empresas-colectivos-deberan-contratar-mujeres-alcanzar-cupo-nid2182663>; ÁMBITO FINANCIERO: <https://www.ambito.com/tras-demanda-conductora-despedida-crean-listado-mujeres-aspirantes-choferes-colectivo-n5014340>; TÉLAM: <https://www.telam.com.ar/notas/201810/298947-las-empresas-de-colectivos-deberan-contratar-mujeres-hasta-alcanzar-el-cupo-del-30-.html>; REVISTA VEINTITRÉS: <https://www.veintitres.com.ar/economiaconsumo/Empresas-de-colectivos-deben-sumar-mujeres-20181018-0001.html>; entre otros. TELEVISIÓN - TN: [https://tn.com.ar/sociedad/la-justicia-le-ordeno-tres-empresas-de-colectivos-que-contraten-un-30-de-choferes-mujeres-en-us\\_906674https://tn.com.ar/sociedad/condenan-empresas-por-no-contratar-mujeres-que-quieren-ser-colectiveras\\_855278](https://tn.com.ar/sociedad/la-justicia-le-ordeno-tres-empresas-de-colectivos-que-contraten-un-30-de-choferes-mujeres-en-us_906674https://tn.com.ar/sociedad/condenan-empresas-por-no-contratar-mujeres-que-quieren-ser-colectiveras_855278); DIPUTADOS TV - PUNTO GÉNERO: <https://youtu.be/MQG65YDN97E>; EL NUEVE: <https://www.elnueve.com.ar/2019/02/06/luz-verde-para-las-mujeres-fallo-a-favor-de-las-colectiveras/>; TELEFÉ: <https://tefenoticias.com.ar/actualidad/la-justicia-ordeno->

(18) La actora había propuesto como *amicus curiae* (amigos del tribunal) a la Asociación por los Derechos Civiles (ADC); al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) y a la Asociación Civil Por la Igualdad y la Justicia (ACIJ) cuyas intervenciones fueron rechazadas, ya que el tribunal entendió que la intervención de los *amicus curiae* debía restringirse únicamente a causas que tramiten ante la justicia federal. A nuestro criterio, dicha postura no parece estar lo suficientemente justificada, y la inclusión de esos actores hubiera enriquecido el debate e incluso, probablemente, le hubiera otorgado mayor legitimidad a lo resuelto judicialmente.

(19) MCCANN, M., "Rights at Work: Pay Equity Reform and the Politics of Legal Mobilization", 1994, en: RODRÍGUEZ GARAVITO, C., (2014) "El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales", *ob. cit.*, pp. 218-219.

formación de la opinión pública —al menos de un sector relevante— sobre la discriminación hacia las mujeres en el ámbito laboral, que ya había empezado a operar desde el precedente “Sisnero” (22)].

### III. Conclusión

La sentencia analizada abordó un caso de litigio colectivo antidiscriminatorio, por motivos de género, en el acceso al empleo. Si bien no podemos afirmar que esta haya conllevado un verdadero replanteo de una política pública —ya que las principales obligadas fueron las empresas concesionarias de colectivos y no el Estado—, si es cierto que generó un efecto “desbloqueo” (23) del accionar estatal y una mayor coordinación interdepartamental (dentro de la estructura del MTEySS).

Sin embargo, a modo de crítica, se puede advertir una autolimitación por parte del Poder Judicial a la hora de determinar obligaciones en cabeza del poder administrador, como por ejemplo la adopción de medidas a fin de garantizar —no solo respecto de las empresas demandadas sino de todo el sector implicado— el cese de la discriminación hacia las mujeres en el acceso al empleo, y/o compelirlo a que garantice

que-el-30-de-los-colectivos-sean-manejados-por-mujeres/. RADIOS - RADIO MITRE: <https://radiomitre.cienradios.com/se-creo-registro-colectivas-se-completocupo-femenino-al-volante/>; RADIO RIVADAVIA: <https://ar.radiocut.fm/audiocut/radiorivadavia-una-historiamuy-especial-la-de-erica-borda-en-elrifleylagente/>; RADIO LA ONCE DIEZ (MINUTO 2.28): <https://ar.radiocut.fm/audiocut/erica-borda/>; AM 750. Programa Te quiero: <https://ar.radiocut.fm/audiocut/a-partirde-ahora-las-empresas-deberan-tener-el-cupo-minimo-de-mujeres/>; AM 750. Programa Ahora que estamos juntas: <https://ar.radiocut.fm/audiocut/mujeres-notomamos-erica-borda-la-colectiva-reincorporada-por-lajusticia-yaqej/>; RADIO CON VOS FM 89.90: ESCUCHAR AUDIO (7'04").

(22) CS, "Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Sisnero, Mirtha Graciela y otros c/ Taldelva SRL y otros s/ amparo", 20/05/2014, en: <https://www.cij.gov.ar/nota-13425-La-Corte-hizo-lugar-a-un-amparo-en-una-causa-por-discriminacion-laboral-.html>

(23) En términos de Rodríguez Garavito, el efecto “desbloqueo” implica romper con la inercia institucional e impulsar la acción gubernamental. Véase al respecto RODRÍGUEZ GARAVITO, César, "El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales", ob. cit., p. 224.

un adecuado ejercicio de su poder regulatorio. A su vez, se advirtieron dificultades por parte del Poder Judicial para declarar la inconstitucionalidad de normas violatorias del principio de igualdad, incluso aunque se lo haya entendido comprendido dentro del ámbito del *ius cogens*, lo que resultaría contradictorio. Al respecto, si bien es cierto que se advierte una protección robusta de los derechos conculcados, no se ve una clara correlación con lo que finalmente se resuelve en la sentencia.

Si bien compartimos con Rodríguez Garavito el hecho de que las sentencias dialógicas tienen mayores efectos que las monológicas (24), las medidas dispuestas por la Cámara hacia el Estado resultan ser laxas, por los fundamentos expuestos con anterioridad. Sin embargo, en la actualidad el caso se encuentra aún en proceso de ejecución, con lo cual cabe la posibilidad de que, a través de una supervisión activa de la ejecución de las órdenes impartidas y de la construcción de mecanismos participativos de seguimiento —que alienten la deliberación y el cumplimiento de lo dispuesto— se logre revertir la discriminación alegada en el amparo, al menos en parte.

Por otro lado, creemos que este nuevo tipo de litigios pueden ser muy útiles para lograr una mayor eficacia a la hora de dar respuesta a violaciones colectivas de derechos. Como sostuvo Bergallo, los/as jueces/zas no tienen por qué tener la última palabra en el diseño de la figura remedial. En cambio, las partes y los agentes de la administración tienen la oportunidad de participar con voz y voto reforzando la legitimidad democrática de la intervención judicial (25).

Por último, y más allá de las críticas efectuadas a la sentencia, creemos que constituye un valioso aporte en el reconocimiento de los de-

(24) El autor sostiene que los efectos son mayores, ya que las sentencias dialógicas se ocupan de dos obstáculos prácticos fundamentales para la ejecución de las decisiones estructurales: la resistencia política y la capacidad institucional. Véase al respecto RODRÍGUEZ GARAVITO, César (2014) "El activismo dialógico y el impacto de los fallos sobre derechos sociales", ob. cit., p. 236.

(25) BERGALLO, P., (2005) "Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina", ob. cit., p. 23.

rechos vulnerados, de carácter estructural. A su vez, celebramos la existencia de este tipo de litigios, que rompe con la estructura tradicional, como remedio frente a su vulneración. Si bien, desde ya que no es el Poder Judicial quien debe diseñar las políticas públicas, frente a la falta de

estas o a su ineficiencia, y a una vulneración de derechos de manera generalizada como consecuencia, el Poder Judicial adopta un rol clave para su reestructuración, y es su responsabilidad ser garante de estos y asegurar su pleno goce.



# El proceso de alimentos derivado de la responsabilidad parental cuando ambos progenitores se encuentran en situación de vulnerabilidad

Santiago de Irureta (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La vulnerabilidad.— III. La dificultad para acceder a patrocinio jurídico gratuito.— IV. El cobro de alimentos. Las medidas que brinda el Cód. Civ. y Com. para asegurar el cumplimiento resultan ineficaces.— V. El Estado como obligado alimentario.— VI. Conclusiones.

## I. Introducción

Una de las cuestiones más complejas y preocupantes en los procesos de alimentos es la que se presenta cuando ambos progenitores se encuentran atravesados por situaciones de extrema vulnerabilidad.

A la vulnerabilidad en razón de la edad del niño, niña o adolescente, beneficiario de la cuota alimentaria, se agrega la de los progenitores (partes en el proceso).

La complejidad radica no en el proceso en sí, sino en la dificultad de las partes para el acceso a la justicia y la incierta o nula efectividad de la resolución judicial que se obtenga.

Resulta alarmante la cada vez más elevada suma de personas que ingresan a formar parte

de colectivos vulnerables, acrecentando la cantidad de sujetos con fragilidad jurídica.

En este contexto, el derecho se erige en un factor clave para lograr que la efectividad de los derechos y la dignidad de la persona no resulte una mera expresión de deseos (1).

El enfoque de derechos humanos con el que ha de encararse la lectura, interpretación y aplicación de las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com.) impone la creación y adaptación —en su caso— de las reglas procedimentales —y fundamentales— en pos del verdadero acceso a la justicia y tutela de las personas (2).

Tornar efectivos los derechos que se vinculan con la vida y la dignidad de la persona resulta el mayor desafío de la sociedad en su conjunto y

---

(\*) Abogado, UBA. Integrante de la Defensa Pública Oficial. Actualmente se desempeña en el Equipo Acceder, dependiente del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, especializado en el abordaje territorial cuyo objetivo es hacer efectivo el derecho a contar con un patrocinio técnico-jurídico para las personas especialmente vulnerables.

---

(1) SOSA, G. L., "La 'especial atención' a vulnerables como mandato convencional. Desafíos de siempre y de pandemia", TR LALEY AR/DOC/1799/2021.

(2) SOSA, G. L., "Sujetos vulnerables: Ajustes en el proceso y en la interpretación del derecho", LA LEY 2018-E, 839, TR LALEY AR/DOC/1959/2018.

requiere de un compromiso real del Estado en sus tres poderes.

## II. La vulnerabilidad

Si bien el Cód. Civ. y Com. refiere a distintos sujetos vulnerables a lo largo de su articulado (por ejemplo, niños, niñas, adolescentes, personas mayores de edad, personas con padecimientos mentales), y dedica un capítulo con principios procesales específicos relativos a los procesos de familia (arts. 706 y ss.), lo cierto es que no cuenta con una norma general que refiera o defina a las personas en situación de vulnerabilidad. Sin embargo, puede hallarse en su articulado, de modo disperso, la contemplación de estos colectivos de personas y desprenderse de ello la consiguiente voluntad de cambio, con un enfoque de derechos humanos que han tenido en miras los codificadores (3).

En este sentido, se ha sostenido: "No puede dejar de señalarse que el eje central del nuevo Código Civil y Comercial consiste en el paradigma protectorio de tutela del más vulnerable, cuyo fundamento constitucional no es ni más ni menos que la igualdad, pero no una igualdad abstracta en la que los códigos del siglo XIX regularon los derechos de los ciudadanos, sino en una igualdad real. Nuestro Código considera a la persona concreta de acuerdo con su realidad social, política, cultural y económica" (4).

---

(3) Exposición de motivos cfr. <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/fundamentos-primeros.PDF>. Como ha señalado Marisa Herrera: "Si bien los 'Fundamentos' de un Anteproyecto no forman parte del texto que finalmente se apruebe y, por lo tanto, no tienen la misma fortaleza jurídica; lo cierto es que constituyen una pieza interpretativa de suma relevancia en dos etapas diferenciadas; en el antes como en el después de su sanción" (HERRERA, M., Un Anteproyecto que viene a revivir viejas y adoradas épocas: Debatir Códigos, repensar procesos, reformar la justicia, TR LALEY AR/DOC/2603/2021). Asimismo, ha expresado Lorenzetti: "El nuevo Código Civil y Comercial tiene como médula central la defensa de los más vulnerables, así desarrolla una cantidad de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de éstos" (LORENZETTI, R. L., Código Civil y Comercial de la Nación, Introducción de Ricardo Luis Lorenzetti, Editorial Rubinzal — Culzoni, Santa Fe, 2014, p. 11).

(4) PARRILLI, Ernesto N. "Breves reflexiones sobre los procesos de familia y el interés superior del niño en el Código Civil y Comercial", año 2015, publicado en [www.pensamientocivil.com.ar](http://www.pensamientocivil.com.ar).

Cabe señalar que los principios establecidos para los procesos de familia (arts. 706 y ss., Cód. Civ. y Com.), resultan de plena aplicación a todo proceso en el que se encuentre presente una persona vulnerable o pueda verse eventualmente afectada. En este sentido ha resuelto recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación sobre una cuestión de derecho comercial, que no debe estar escindida de los valores esenciales del ser humano (5).

Como fuera dicho, el Cód. Civ. y Com. no contiene una norma específica que defina la vulnerabilidad y refiera a los sujetos vulnerables. Ante dicha omisión, cabe recurrir a las Reglas de Brasilia para el Acceso a Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad, aprobadas por la Asamblea Plenaria de la XIV Edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, del año 2008, cuyos destinatarios son Jueces, Fiscales, Defensores y, en general, todos los operadores del sistema judicial (6).

Específicamente, las Reglas de Brasilia son un conjunto de disposiciones (100 reglas) que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

### II.1. ¿Qué se entiende por personas en situación de vulnerabilidad?

Según la Regla N.º 3 de Brasilia "se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico" (7).

---

[pensamientocivil.com.ar](http://www.pensamientocivil.com.ar), compulsado el 25 de enero de 2022.

(5) CS, "Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R. A. F. y L. R. H. de F.). 26/03/2019, AR/JUR/1632/2019, ver YUBA, Gabriela, "El Estado y el deber de proteger a los sujetos vulnerables", DFyP 2019 (junio), 215, TR LALEY AR/DOC/1301/2019.

(6) Incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico a través de la Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación N.º 5/2009 del 24 de febrero de 2009.

(7) La Comisión de Seguimiento de las 100 Reglas de Brasilia en la reunión de Buenos Aires del 2017 propuso

Las Reglas centran el eje conceptual de la vulnerabilidad en el impedimento que implica para determinadas personas acceder y ejercitar con plenitud los derechos ante el sistema de justicia de un determinado Estado **(8)**.

Es preciso mencionar que una persona puede pertenecer a más de un grupo vulnerable, con lo cual aumenta su fragilidad jurídica y la desigualdad que sufre por ellas.

Cabe señalar que generalmente son las mujeres las que reclaman alimentos para sus hijos (en su representación) y que, en muchos casos, atento a que realizan las tareas de cuidado de sus hijos de forma exclusiva, carecen de la posibilidad de trabajar o lo hacen de forma temporal y precaria, por lo que se encuentran atravesadas por más de una causa de vulnerabilidad **(9)**.

Las causas que pueden colocar a una persona en condición de vulnerabilidad están enumeradas por la Regla N.º 4 de Brasilia que concretamente dice: "Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o

modificar esta definición. La diferencia propuesta está dada por la inclusión como causa de vulnerabilidad de la "identidad de género" y la "falta de prácticas religiosas".

(8) FULCHIRON, H., "Acerca de la vulnerabilidad y de las personas vulnerables", en AA.VV., "Tratado de la vulnerabilidad", Basset, U., Fulchiron, H., Bidaud-Garon, C. y Lafferrière, J. N. (dirs.), La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 4.

(9) A modo de ejemplo, durante el año 2021 el Equipo de Trabajo Acceder (DGN), cuyo trabajo principal es atender en los barrios vulnerables de CABA y brindar patrocinio jurídico gratuito donde se reciben consultas de población en grave situación de vulnerabilidad, atendió a 2301 personas, recibiendo 607 pedidos de patrocinio jurídico, de los cuales en su gran mayoría (490) correspondieron a mujeres que, en casi la mitad de los casos (203), solicitaron asistencia letrada para inicio de reclamo alimentario. Cfr.: <https://www.mpd.gov.ar/index.php/noticias-feed/5843-el-equipo-acceder-de-la-dgn-asistio-a-mas-de-dos-mil-personas-de-barrios-vulnerables-de-caba>

incluso de su nivel de desarrollo social y económico" **(10)**.

Se advierte que la vulnerabilidad puede presentarse de manera temporal (la edad, la privación de la libertad) o permanente (género, pertenencia a minoría, algunas discapacidades).

## II.2. La pobreza como causa de vulnerabilidad

A los fines de este trabajo, interesa detenernos en la pobreza como causa de vulnerabilidad. Es una condición que debería presentarse de manera temporal, pero atento al escenario social y económico, contrariamente a disminuir, se advierte —lamentablemente— que se encuentra en aumento la cantidad de personas que ingresan a formar parte de este colectivo vulnerable.

Así lo reflejan las estadísticas. Según el INDEC, en el primer semestre de 2021 se registró un 40,6% de pobreza en Argentina **(11)**.

Más preocupante aún es lo que se desprende del informe de UNICEF Argentina: el 54,6% de las niñas, niños y adolescentes vive en situación de pobreza monetaria (7,2 millones) y el 16,9% en pobreza extrema (2,2 millones). El 48% se ven afectados por privaciones no monetarias (5,7 millones). Asimismo, una niña o niño que reside en una vivienda ubicada en un barrio vulnerable registra una tasa de pobreza un 43% más elevada que el promedio general **(12)**.

(10) La Comisión de Seguimiento de las 100 Reglas de Brasilia en la reunión de Buenos Aires del 2017 propuso modificar el texto de la Regla 4 para que esta dijera: Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad.

(11) <https://www.indec.gov.ar/indec/web/Nivel3-Tema-4-46>, compulsado el 25 de enero de 2022.

(12) <https://www.unicef.org/argentina/media/12746/file/Pobreza%20monetaria%20y%20privaciones%20no%20monetarias%20en%20Argentina.pdf>, compulsado el 25 de enero de 2022.

En otro informe de UNICEF se concluye que las familias con niños, niñas y adolescentes son quienes enfrentan los riesgos económicos y sociales más severos, particularmente, en los hogares con bajo nivel de ingresos o empleos precarios. La pobreza en la infancia y adolescencia es una deuda estructural que enfrenta el país (13).

Otro dato importante para tener en cuenta es la alta tasa de informalidad laboral que se registra en nuestro país. Ello afecta considerablemente a los derechos —y deberes— de todas las partes en el proceso de alimentos, así como también a la efectividad de las resoluciones judiciales.

Dada la diversidad de formas en que puede presentarse el empleo informal, y teniendo en cuenta que se relaciona con la no registración y al margen de la legalidad, resulta difícil poder estimarlo con precisión. Sin embargo, de acuerdo con cálculos basados en datos oficiales, la cifra de trabajo no registrado se aproxima al 50% (aproximadamente 6 millones de puestos de trabajo, entre asalariados sin aportes jubilatorios y no asalariados (14), mientras que la tasa de desocupados asciende a 8,2 % (1,1 millón de personas) (15).

Pobreza, desocupación y marginalidad interesan, condicionan e impactan en la dinámica de las familias, lo cual es fácil colegir, aquella relación entre la familia y los derechos sociales, económicos y culturales (16).

Es en este contexto donde el art. 75, inc. 23 de la Constitución Nacional cobra una relevancia indiscutible, en tanto dispone la obligación

---

(13) UNICEF, Los efectos de la situación económica en niñas, niños y adolescentes en Argentina, 1era. Ed., Buenos Aires, marzo de 2019.

(14) [https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mercado\\_trabajo\\_eph\\_3trim21DE3A5603AD.pdf](https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_3trim21DE3A5603AD.pdf)

(15) Datos oficiales del INDEC, informe de diciembre 2021 [https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mercado\\_trabajo\\_eph\\_3trim21DE3A5603AD.pdf](https://www.indec.gov.ar/uploads/informesdeprensa/mercado_trabajo_eph_3trim21DE3A5603AD.pdf)

(16) HERRERA, M., BACIGALUPO de GIRARD, M. y FAMÁ, M. V., "Un Fallo donde prima el sentido común; otra vez sobre el rol del poder judicial en defensa de los derechos sociales", TR LALEY 0003/011244.

del Estado de "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad".

### III. La dificultad para acceder a patrocinio jurídico gratuito

El primer gran obstáculo que encuentran las personas en situación de vulnerabilidad, tanto para iniciar un proceso como para ejercer la defensa, radica en obtener asistencia jurídica gratuita.

El inconveniente para garantizar el acceso a la justicia afecta a todas las personas, pero es aún mayor cuando se trata de personas en condición de vulnerabilidad, atento a que encuentran mayores escollos para su ejercicio.

Como respuesta al problema del acceso a la justicia de personas en condición de vulnerabilidad se han dictado las Reglas 30 y 31 de Brasilia, que tienen como finalidad promover las condiciones para mejorar el efectivo acceso al sistema de justicia, especialmente de las personas de escasos recursos. Para lo cual establecen la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad especializada y gratuita.

Como señala Medina, la asistencia que se brinde a los vulnerables debe ser una asistencia de calidad especializada, debido a que no por ser gratuita debe ser ineficiente, sobrecargada de trabajo, abarrotada de quehaceres, sin posibilidad de especialización y sin tiempo de una atención digna y humana a la persona en condición de vulnerabilidad. El efectivo servicio de justicia es una obligación que el Estado ineludiblemente debe cumplir y su omisión, sin lugar a duda, genera responsabilidad (17).

Cabe agregar que las obligaciones del Estado de garantizar el acceso a la justicia de las perso-

---

(17) MEDINA, G., "Acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia. En género, discapacidad y pobreza", LA LEY 2017-F, 663, AR/DOC/2970/2017.

nas en situación de vulnerabilidad, no se limita a la defensa en materia penal, sino que debe extenderse a todas las materias donde peligre la vigencia de un derecho fundamental. Por ello, según la naturaleza del derecho vulnerado, la jurisdicción podrá ser penal, civil, de familia, comercial, del consumidor, del trabajo, contencioso-administrativa, etc.

Por su parte, el Cód. Civ. y Com. establece que, entre los principios generales que rigen los procesos de familia, se encuentra el principio procesal de tutela judicial efectiva (art. 706, 1º párr.) y que las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente de personas vulnerables (art. 706, inc. a).

El principio de tutela judicial efectiva ha sido ubicado en el vértice de la escala valorativa constitucional (18) y su alcance comprende la garantía de acceso a la justicia, y se complementa con los principios de concentración, celeridad y economía procesal.

Este comprende: el derecho a acceder a un juicio sin dilaciones indebidas, a ser escuchado por los jueces, a participar en el proceso y producir prueba en igualdad de oportunidades respecto a la parte contraria. Asimismo, implica el derecho a la culminación del proceso por el dictado de una sentencia fundada, en un plazo razonable y emitida por un juez imparcial e independiente.

Ahora bien, si las partes no tienen la posibilidad de acceso a la jurisdicción por no contar con asistencia jurídica gratuita, las normas, garantías y principios referidos, así como su contenido, resultan meramente declarativos.

Es preciso remarcar que en la actualidad la demanda de servicios de asistencia técnico-jurídica gratuita supera ampliamente a la oferta, por lo que, con los recursos vigentes, resulta inalcanzable el cumplimiento de la garantía de ac-

(18) Conf. BERIZONCE, R. O., "Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas", en Revista de Derecho Procesal N.º 2008-2, Tutelas procesales diferenciadas — I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 38.

ceso a la justicia de las personas en situación de vulnerabilidad (19).

La escasa cantidad de patrocinios jurídicos gratuitos —y de recursos asignados a ellos— es un problema común a todas las jurisdicciones, que se agrava debido a la cada vez más elevada suma de personas que ingresan a formar parte de colectivos vulnerables.

En este sentido, es necesario un real compromiso del Estado y las instituciones a los fines de ampliar la oferta de asistencia jurídica gratuita, que permita afrontar la creciente demanda de los sectores más vulnerables, y de esta manera hacer efectivo el acceso a la justicia.

Finalmente, el compromiso real, concreto, efectivo de una institución respecto del acceso a la justicia no se mide en sus declaraciones, sino en la fuerza de sus políticas de despliegue y readaptación para escuchar esa demanda de necesidades insatisfechas, que debe traducir en demandas jurídicas, sin traicionarlas, para hacerse cargo de ellas (20).

#### **IV. El cobro de alimentos. Las medidas que brinda el Cód. Civ. y Com. para asegurar el cumplimiento resultan ineficaces**

En los supuestos de procesos de alimentos derivados de la responsabilidad parental en donde participan personas vulnerables de ambos

(19) En el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires el limitado servicio de patrocinio jurídico gratuito para cuestiones civiles (entre ellas, el proceso de alimentos) se compone por las cuatro Defensorías Públicas Oficiales dependientes del MPD, el Equipo de Trabajo Acceder (también dentro de la órbita del MPD, Res. DGN 62/21), que realiza un abordaje territorial en los barrios vulnerables y otorga patrocinio jurídico, el programa dependiente del MPD que brinda patrocinio jurídico en las cuestiones de fondo (entre ellas, alimentos) a víctimas de violencia de género (Res. DGN 63/21) y el Consultorio y Patrocinio Jurídico Gratuito de la UBA. Estas instituciones son las que canalizan la mayor cantidad de consultas. En menor medida, la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires, el patrocinio gratuito del CPACF y algunas ONG.

(20) GUTIÉRREZ, M. H., "Desafíos de las instituciones de defensa de derechos en los sectores populares y barrios vulnerables", Revista del Ministerio Público de la Defensa de la Nación N.º 14, diciembre 2019, <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/publicaciones-seriadas>

lados de la relación procesal, las medidas que establece el Cód. Civ. y Com. para asegurar el cumplimiento de la obligación, dadas las especiales características de las partes, carecen de utilidad.

#### *IV.1. El derecho alimentario es un derecho humano*

En primer lugar, cabe señalar que el derecho alimentario es un derecho humano con rango constitucional, vinculado con el derecho a la vida y a la dignidad de la persona. Se encuentra contenido en diversos tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional en 1994 conforme art. 75, inc. 22, es decir, integran el “bloque de constitucionalidad” que obliga a todos los actores del sistema a someterse a sus disposiciones (Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25) Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del hombre (art. 30), Convención Americana de Derechos Humanos (arts. 17, 19) y, se dedica detenidamente a ellos el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 11).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, con relación al alcance del “derecho a la vida” contenido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ha dicho: “...comprende no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna...” (21).

También es importante recordar que se afirmó que está inseparablemente vinculado a la dignidad de la persona: “el Pacto trata el derecho a una alimentación adecuada más extensamente que cualquier otro instrumento internacional”. En el párr. 1º del art. 11 los Estados Partes reconocen “el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”, y en el párr. 2º del mismo artículo reconocen “que posiblemente deberán adoptarse

medidas más inmediatas y urgentes para garantizar el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre” y la malnutrición. El derecho a una alimentación adecuada es de importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos. Ese derecho se aplica a todas las personas; por ello la frase del párr. 1º del art. 11 “para sí y su familia”. Y que tiene “el derecho a tener acceso, de manera regular, permanente y libre, sea directamente, sea mediante compra en dinero, a una alimentación cuantitativa y cualitativamente adecuada y suficiente, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a que pertenece el consumidor y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, libre de angustias, satisfactoria y digna. Que cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas para garantizar que toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción tenga acceso al mínimo de alimentos esenciales suficientes inocuos y nutritivamente adecuados para protegerla contra el hambre” (22).

Así también, la protección alimentaria alcanza a miembros de otros grupos vulnerables. La Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW), garantiza servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y asegura una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia (art. 12). La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad consagra el derecho a un nivel de vida digno para ellas y sus familias, que incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados (art. 28).

Respecto a la tutela alimentaria de los niños y adolescentes, la Convención de Derechos del Niño reconoce el derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; el derecho a la salud y a servicios ligados al tratamiento de las enfermedades, y entre ellos, a la atención sanitaria apropiada para las mujeres embarazadas. Establece que la obligación primordial de proporcionar las condiciones de vida que sean necesarias para el

---

(21) Corte IDH, "Caso de los 'Niños de la calle' (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala. Fondo", 19/11/1999, Serie C Nro. 63, párr. 144.

---

(22) Sobre vida digna: Corte IDH 17/06/2005, "Caso Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas", Serie C Nro. 125, párr. 162.

desarrollo de los niños, en principio corresponde a los padres y otras personas responsables por ellos (dentro de sus posibilidades y medios económicos), no obstante, la Convención impone a los Estados Partes el deber de tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia (art. 27).

#### *IV.2. Medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria*

Por su parte, el Cód. Civ. y Com. denota una gran preocupación por lograr la eficacia del derecho alimentario. Para lograrlo, a través de su articulado, organiza una estructura que brinda un importante abanico de posibilidades al juez, quien puede imponer multas al responsable del incumplimiento reiterado y/o dictar medidas razonables para asegurar el cumplimiento de la sentencia (23).

Se estructuró un plexo normativo orientado a la tutela judicial del derecho alimentario (arts. 550 a 553) que empodera a los operadores judiciales, jueces y básicamente gira en torno a tres tipos de medidas con diversas finalidades: a) obtener el cumplimiento oportuno de la prestación alimentaria, b) disuadir el incumplimiento renuente, c) revertir el incumplimiento reiterado (24).

A modo de ejemplo, se ha resuelto la aplicación de multa o sanción pecuniaria a favor del titular del derecho ante el incumplimiento alimentario (25). En el mismo sentido se ha resuelto intimar al demandado al pago de la cuota alimentaria correspondiente, bajo apercibimiento de ejecución, y para el caso de persistir en su conducta incumplidora, se resuelve la

(23) Art. 553 CCyC: se trata de una norma adaptable que faculta al juez a disponer medidas para asegurar el cumplimiento de la obligación, dando la oportunidad de implementar estrategias más idóneas, basadas en la creatividad de los letrados y el activismo judicial.

(24) RODRÍGUEZ ITURBURU, M., "Herramientas jurídicas para sortear el incumplimiento del Derecho Alimentario", RDF 2019-II-83, TR LALEY AR/DOC/1160/2019.

(25) CCCom. De Lomas de Zamora, Sala I, "S. M. c/ O. A. L. s/ Ejecución de Sentencia, 25/11/2015, Rubinzal Culzoni Online, RC J 8068/15.

aplicación de una multa a favor de la actora por cada día de retardo (26).

En otro orden, se decretó: las medidas de prohibición de salida del país, inscripción en el registro de deudores alimentarios y la comunicación al colegio de abogados —en atención a que el deudor es abogado— solicitadas por el acreedor alimentario para asegurar la eficacia de la sentencia deben ordenarse, en tanto que se comprobó el incumplimiento de la obligación alimentaria durante ciertos periodos continuados o alternados y debe primar el interés superior del niño (27).

Recientemente se ha resuelto frente al incumplimiento de la cuota alimentaria, la inscripción del progenitor en el registro de deudores alimentarios, la prohibición de salida de la Ciudad de Córdoba y el retiro de la licencia de conducir de cualquier tipo de vehículo, hasta tanto se acredite encontrarse al día con las obligaciones alimentarias (28).

Asimismo, se ha resuelto: advirtiendo las múltiples intimaciones efectuadas y medidas ordenadas (orden de inscripción en el registro de deudores alimentarios y orden de inhabilitación para conducir todo tipo de vehículos), sin que a la fecha el demandado haya dado cumplimiento al pago de alimentos, ofíciase a la empresa distribuidora de energía local EDEN SA a efecto de que agregue en la liquidación mensual del medidor que corresponda al demandado el monto de la cuota alimentaria provisoria y una vez percibido este, deposite las sumas en la cuenta judicial (29).

También es posible mencionar la decisión que dispuso el arresto del alimentante durante los fines de semana hasta tanto cumpla con la

(26) JNCiv. N.º 92, "N. J. E. c/ B. S. F. s/ Ejecución de Alimentos (incidente)", 11/2/2016, Rubinzal Culzoni Online, RC J 629/16.

(27) JFam. N.º 1 de Mendoza, "C. V. L. c/ E. J. s/ Ejecución", 19/12/2016, Rubinzal Culzoni Online RC J 2411/19.

(28) Juz. Fam. 6ta. Nom. Córdoba, "Y. M. D. y otro Soli-cita Homologación", 23/11/2021.

(29) Juzgado de Paz de Chivilcoy, "N. B. L. c/ E. T. D. s/ Alimentos", 8/11/21.

obligación (30) y la prohibición al deudor alimentario de la entrada a un club hasta tanto cumpla con sus obligaciones (31).

Además, se ha ordenado —a modo de sanción— que se impida al alimentante el ingreso a todos los espectáculos deportivos en los que participe el Club Atlético Talleres, incluyéndolo en el listado de personas que tienen restringido el ingreso a los encuentros futbolísticos. Sumado a ello, se le denegó el ingreso a todo espectáculo bailable. También se ofició a la Municipalidad para que le suspenda la licencia de conducir (32).

Partiendo de la subsidiariedad relativa y en pos de garantizar el interés superior del niño, niña o adolescente, otra herramienta que brinda el Código Civil y Comercial para garantizar el derecho alimentario es la posibilidad de reclamo a los ascendientes (art. 668). también pueden estar a cargo de otros parientes (ascendientes y hermanos, arts. 537 y 538), es decir, alimentos derivados del parentesco; debiendo mencionarse, además, los debidos por el progenitor afín (art. 676).

En oportunidades, pese a que no se encuentran expresamente enumerados en la norma de fondo, de manera excepcional y con fundamento en la solidaridad familiar se ha resuelto condenar al pago de alimentos a los tíos y tías (33).

(30) Juz. Fam. N.º 5 de Cipoletti, "C. B. E. c/ P. G. E. s/ Incidente de Aumento de Cuota Alimentaria", 28/8/2018, Rubinzal Culzoni Online RC J 11259/18.

(31) C1ªCCom. De San Isidro, Sala I, "T. A. M. c/ P. M. s/ Alimentos", 11/09/2018, Rubinzal Online RC J 7931/18.

(32) Juz. Fam. 2da. Nom. Córdoba, "B. P. B. c/ G. D. A. s/ Régimen de visitas/alimentos", 26/12/18, Rubinzal Online RC J 611/19.

(33) Juzgado de Familia de la Ciudad de Oberá, provincia de Misiones, comentado por SQUIZZATTO, S. M., Alimentos entre parientes: ¿deben los tíos alimentos a los sobrinos menores de edad?, RDF 2021-V-164, TR LALEY AR/DOC/2365/2021; Juzg. Fam. 8ª Nom. de la ciudad de Córdoba, "T., R. c. G., A. A. - juicio de alimentos - contencioso", 02/08/2019, auto 202; Juzg. Civ. Personas y Fam. N.º 3 Salta, "XXX c. XXX s/ alimentos, 02/07/2020, comentado por LLUGDAR, H. A., "Alimentos entre parientes: ¿y los tíos?", RDF 2021-II-171, AR/DOC/435/2021; Sentencia del Juzgado de Familia Nro. 4 de Paraná, Entre Ríos, citada por JAUREGUI, R. G., "Otra condena alimentaria a un tío: nueva posibilidad de reflexionar sobre las

Así también, con fundamento en el interés superior del niño, niña y adolescente y el principio de socioafectividad, podría reclamarse alimentos a referentes afectivos.

Ante supuestos de extrema necesidad y vulnerabilidad, frente a situaciones de gravedad, y con las características de subsidiariedad y transitoriedad, y teniendo en miras el interés superior del niño, el juzgador y el legislador no podrán cerrar los ojos, haciendo lugar a la excepción que proponemos dando espacio a la socioafectividad como fuente de la obligación alimentaria, v.gr., tíos, padrinos y otros referentes afectivos (34).

Pese a todo lo enumerado, en los supuestos como el planteado, donde ambas partes procesales se encuentran en situación de vulnerabilidad, las herramientas que brinda el Cód. Civ. y Com. no alcanzan ya sea porque el obligado alimentario se encuentra desocupado o tiene empleo informal, carece de titularidad de bienes y habita en un barrio vulnerable. En estos supuestos muchas veces resulta ineficaz la demanda de alimentos a abuelos, tíos o referentes afectivos, toda vez que la familia en su totalidad se encuentra atravesada por la pobreza. Tampoco son eficaces las medidas para asegurar el cumplimiento (art 553) como prohibición de renovación del registro de conducir, de entrada, al club, de salida del país, debido a que el alimentante no registra titularidad de bienes, no se encuentra afiliado a club alguno y carece de la posibilidad de trasladarse al exterior, por encontrarse también en situación de vulnerabilidad.

Desde ya que el Cód. Civ. y Com. no puede regular y resolver todas las situaciones posibles. Pero cuando se trata de los derechos de personas en situación de extrema vulnerabilidad, estos aparecen invisibilizados, atento a que el derecho formal no atiende a la realidad de estos grupos familiares.

En este sentido, cabe señalar la reflexión de Moreno en cuanto sostiene que en ciertas si-

prácticas judiciales y la pobreza en la Argentina", DFyP 2020 (noviembre), 99, TR LALEY AR/DOC/3410/2020.

(34) GIRAUDO ESQUIVO, N. y FERNANDEZ MANZANO, V., "Socioafectividad y Alimentos", RDF 100, 169, TR LALEY AR/DOC/1537/2021.



tuaciones el derecho privado “no existe” o “no está pensado” para las personas en condición de vulnerabilidad: “El Código —basado aún sobre el eje de la propiedad privada— no ha contemplado, y menos prevé, cómo se desarrollan los institutos jurídicos que regula cuando existen condiciones de vulnerabilidad social” (35).

### V. El Estado como obligado alimentario

Si bien el Cód. Civ. y Com. recibió los principios constitucionales-convencionales en materia de alimentos derivados de la responsabilidad parental, lo cierto es que no ha incluido en forma expresa al Estado como obligado alimentario.

Sin embargo, es preciso recordar las obligaciones internacionalmente asumidas por nuestro país. Aquí adquieren especial relevancia las directrices de los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com.

Cabe destacar el inc. 1 del art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que ha tenido recepción constitucional y que establece la obligación del Estado.

En su inc. 3 establece: “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

Por su parte, en su art. 4° dispone: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero”.

Sostienen Solari y Belluscio que el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño determina la obligación del Estado en forma subsidiaria, la que debió contemplarse expresamente

(35) MORENO, G. D., “Responsabilidad parental en familias que viven en calle”, en Responsabilidad Parental, Derecho y Realidad, GROSMAN, C. (dir.) y VIDETTA, C. A. (coord.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, ps. 220/221.

en el Código entre los obligados a la prestación alimentaria y mencionan diversos fallos donde se acogió esa obligación del Estado (36).

Cabe destacar que el Estado argentino ha llevado a cabo una iniciativa normativa en materia asistencial familiar como lo son la Asignación Universal por Hijo para la Protección Social y la Asignación por Embarazo para Protección Social. Sin embargo, en el contexto actual, no son suficientes y se requiere de un rol más protagónico del Estado en este sentido.

De todo lo expuesto se deduce que, si bien son los progenitores los principales obligados a criar, educar y alimentar a sus hijos, el Estado debe suplir la deficiencia paterna mediante diversos mecanismos que impliquen una ayuda directa a los hijos, conforme lo exige la Convención de los Derechos del Niño.

Igualmente surge de una posible interpretación del art. 7° de la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (37).

(36) SOLARI, N. E. y BELLUSCIO, C. A., “Los Alimentos en el Proyecto de Código”, TR LALEY AR/DOC/3118/2012. Jurisprudencia citada por los autores: Juzg. de Menores y Familia n° 2, Paraná, 28/06/2002, Zeus, T. 89, Sec. Jurisprudencia, p. 614 y LA LEY, 2002-E, 267; STJ de Entre Ríos, 09/04/2003, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, n° 25, p. 179; Juzg. Cont., Adm. y Trib. n° 3, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 11/03/2003, LA LEY, 2003-F, 311; Juz. Nac. 1° Inst. Seg. Soc. n° 6, 15/11/2004, causa n° 27.051/2004, elDial.com, del 24/11/2004; Juzg. n° 1 Cont. Adm. La Plata, 11/10/2005, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, n° 2006-II, p. 81; CCont. Adm. La Plata, 25/04/2006, LA LEY, 2006-D, 235; CS, 19/09/2002, LL NOA, 2002-1298; ídem, 07/03/2006, LA LEY, 2006-D, 230 y DJ, 2006-2-1026).

(37) Ley 26.061, art. 7°: Responsabilidad familiar. 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.

Señala Grosman que “violan los derechos del niño tanto el padre que incumple su obligación alimentaria como el Estado que no asume la responsabilidad a la cual se comprometió, dado que, si bien son los padres los primeros obligados de criar y educar a sus hijos, el Estado debe suplir la deficiencia paterna mediante diversos mecanismos que implican una ayuda directa a dichas personas, tal como lo exige la Convención sobre los Derechos del Niño” (38).

Coinciden en esta dirección Videtta, Pitrau, Molina de Juan, Salituri Amezcua, Jáuregui, Mendoza, Sidotti de Cousandier, Solari, Belluscio, Fernández Leyton, entre otros (39).

(38) GROSMAN, C., "Alimentos a los hijos y derechos humanos. La responsabilidad del Estado", Editorial Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 61.

(39) VIDETTA, C., "El Estado como obligado alimentario. Reflexiones y propuesta legislativa", ponencia en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015, publicado en <https://jndcbahiablanca2015.com/>, compulsado el 23/01/2022; PITRAU, O. F., "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 *Derechos de las Familias, Infancia y Adolescencia: Una mirada crítica y contemporánea*, GRAHAM, M., HERRERA, M. (dirs.), Infojus, Buenos Aires, 2014, p. 411.; MOLINA DE JUAN, M., "El derecho alimentario de niños y adolescentes. La perspectiva de la corte federal argentina y su impacto en el nuevo Código Civil y Comercial", <http://www.colectivoderechofamilia.com/>, compulsado el 23/01/2021; SALITURI AMEZCUA, M., "Alimentos a los hijos: cruce entre derecho civil y derechos humanos", *Suplemento DPI Familias, Bioética y Derechos Humanos N.º 2 - 01.12.2015*; JAUREGUI, R. G., "Otra condena alimentaria a un tío: nueva posibilidad de reflexionar sobre las prácticas judiciales y la pobreza en la Argentina", *DFyP 2020 (noviembre)*, 99, TR LALEY AR/DOC/3410/2020; MENDOZA, E., "El derecho-deber a los alimentos con perspectiva de derechos humanos. El deber del progenitor y del Estado: ¿responsabilidad subsidiaria o corresponsabilidad?", TR LALEY AR/DOC/2363/2020; SIDOTTI DE COUSANDIER, M. E., "Reclamo alimentario a los abuelos: cuando ambas partes en un proceso resultan vulnerables", *RCCyC 2021 (junio)*, 83, TR LALEY AR/DOC/1304/2021; SOLARI, N. E. y BELLUSCIO, C. A., "Los Alimentos en el Proyecto de Código", LA LEY 2012-E, 703, TR LALEY AR/DOC/3118/2012; FERNANDEZ LEYTON, J., "Derecho a la alimentación y derechos humanos", en *Alimentos*, KEMELMAJER de CARLUCCI, A. y MOLINA DE JUAN, M. F. (dirs.), Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2014, t. I, p. 59 y ss.

### V.I. Derecho comparado

El incumplimiento —o la imposibilidad de cumplimiento— de la prestación alimentaria por quien está obligado a ello no es un problema aislado de nuestro país, sino que es una preocupación a nivel internacional. Sin embargo, cada país se ocupa de las posibles soluciones de distintas maneras.

En algunos regímenes jurídicos, como por ejemplo Paraguay, El Salvador y Costa Rica, el Estado asume una obligación subsidiaria, mientras que, en otros, contrae un rol protagónico de obligado principal, tal es el caso de Francia, España, Portugal, Bélgica, Inglaterra, Alemania, Suiza, Suecia, Luxemburgo e Italia.

A modo de ejemplo, en Francia, la ley 75-618, del 11 de Julio de 1975, dispone que toda pensión alimentaria fijada por decisión judicial ejecutoria, cuyo cobro total o parcial no haya podido ser satisfecho mediante la vía ejecutiva, será abonada por el Estado de ese país. El régimen francés establece el cobro público de la cuota. Por las sumas abonadas el Estado francés se subroga en los derechos del acreedor (40).

Otros países, como es el caso de España, establecen fondos especiales de garantía del pago de alimentos, supliendo desde el estado el incumplimiento de los deudores alimentarios.

De esta manera asegura a las mujeres y hombres con la guarda y custodia de sus hijos, una asignación económica en el caso de que el progenitor encargado de abonar la pensión alimenticia no la pague. El Estado, al abonar los anticipos, se subroga en los derechos que corresponden al beneficiario frente al obligado al pago de los alimentos, por el importe total de las cantidades que satisfaga el Fondo (41).

(40) BELLUSCIO, A., "Un remedio original para la falta de pago de los alimentos (Ley francesa sobre cobranza pública de pensiones alimentarias)", LA LEY 1976-707.

(41) España ley 42/2006, Real Decreto 1618/2007, del 7 de diciembre de 2007, BOE n° 299, viernes 14/12/2007, p. 51.371; VIDETTA, C., "El Estado como obligado alimentario. Reflexiones y propuesta legislativa", ponencia en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca 2015, publicado en <https://jndcbahiablanca2015.com/>, compulsado el 23/01/2022.

Siguiendo este lineamiento —pero volviendo a nuestro régimen jurídico—, es importante compartir la reflexión de Gil Domínguez, quien ha referido: “Muchas veces nos encontramos ante el discurso que sostiene que los recursos son escasos y no pueden satisfacer todas las necesidades y por ende algunas quedarán insatisfechas. Pero en realidad, aquí estamos evaluando qué derecho será efectivo y qué derecho será válido pero inaplicable... Los índices técnicos del lenguaje economicista son meros indicadores jurídicamente irrelevantes para el derecho constitucional, el aumento de bienestar significa el pleno ejercicio de los derechos consagrados en la Carta Fundamental y los instrumentos internacionales” (42).

Agrega Moreno que “los ingresos que se recauden prioritariamente deben satisfacer los derechos consagrados en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en tanto las necesidades sociales básicas ostentan como derechos elementales una posición de privilegio en el gasto público. La recaudación y el gasto se sustentan en las normas constitucionales y no pueden realizarse sin promover y garantizar los derechos individuales y sociales consagrados en los textos constitucionales y en los tratados internacionales de derechos humanos” (43).

Al respecto, existen algunas interesantes propuestas legislativas como por ejemplo la presentada por Carolina Videtta (44). De allí la importancia de seguir avanzando hacia nuevos

(42) GIL DOMÍNGUEZ, A., "La Constitución Socio-Económica. El argumento de la escasez", en *En busca de una interpretación constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1997.

(43) MORENO, G. D., "La exigibilidad de los derechos sociales de la infancia", TR LALEY 0029/000210.

(44) VIDETTA, C., ob. cit.: Antecedentes parlamentarios de similares características: presentado por la Diputada Socialista María Elena Barbagelata, por última vez en el año 2005, siendo la primera en el 2001 (Expte. 0688-D-2005, de fecha 11/03/2005); en el año 2008 por el Diputados Socialistas Miguel Ángel Barrios (Expte. 1660-D-08, de fecha 23/04/2008) sin recibir tratamiento alguno y vuelto a presentar en el año 2010 (Expte. 0301-D-2010, de fecha 04/03/2010) y también en el año 2008 por la entonces Senadora Amada Isidori (Expte. S-02-2008: ISIDORI y OTROS; Proyecto de ley presentado por la Diputada Jimena López que busca crear el Sistema Nacional de Prestación Alimentaria Básica Parental, fecha 20/08/2021,

desafíos y reactualizando debates que nos permitan pensar y repensar modelos cada vez más inclusivos y garantistas de los derechos humanos (45).

## VI. Conclusiones

En el supuesto que se plantea, todas las partes del proceso se encuentran en situación de vulnerabilidad. El niño, niña o adolescente, en razón de su edad y su imposibilidad productiva, y los progenitores, como consecuencia de la pobreza, entre otras causas.

Es necesario un real compromiso de las instituciones a los fines de ampliar la oferta de patrocinios jurídicos gratuitos, que permita afrontar la creciente demanda de los sectores más vulnerables, y de esta manera hacer efectivo el acceso a la justicia.

En los casos como el planteado no se trata de un incumplidor obstinado y reticente, sino del obligado que no cumple por imposibilidad, por encontrarse también en una situación de vulnerabilidad. Lamentablemente este supuesto es cada vez más frecuente.

El derecho alimentario es un derecho humano con rango constitucional, vinculado con el derecho a la vida y a la dignidad de la persona. Se encuentra contenido en diversos tratados internacionales de derechos humanos, incorporados a la Constitución Nacional, con una protección reforzada cuando los beneficiarios son niños, niñas y adolescentes.

La responsabilidad del Estado en materia alimentaria surge de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos y de las leyes, como la 26.061 (46).

<https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/3518-D-2021.pdf>

(45) SALITURI AMEZCUA, M., "Alimentos a los hijos: cruce entre derecho civil y derechos humanos", Suplemento DPI Familias, Bioética y Derechos Humanos N.º 2 — 01/12/2015.

(46) Ley 26.061 de Protección Integral de las niñas, niños, y adolescentes tiene como objetivo garantizar el ejercicio y disfrute, pleno, efectivo y permanente de los derechos reconocidos a nivel nacional y en los Tratados en los que la Nación sea parte. Asimismo, se refiere al interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral

Las políticas públicas asistenciales integrales e inclusivas son deberes institucionales que deben cumplir ineludiblemente los poderes públicos (47).

Los argumentos del Estado por no cumplir con sus compromisos asumidos no pueden ser económicos. Se debe cumplir en la medida de lo posible, mediante una adecuada distribución de los recursos que tenga en cuenta la prioridad de garantizar los derechos humanos de la infancia. Esto significa que es legítimo el con-

\_\_\_\_\_ y simultánea de los derechos y garantías que a ellos se les reconoce, entre los que se encuentran el derecho a la obtención a una buena calidad de vida, a la educación y a obtener los beneficios de la Seguridad Social. Y resalta que el Estado debe establecer políticas y programas para la inclusión de niños, niñas y adolescentes, así como de las personas que sean responsables de su mantenimiento.

(47) JAUREGUI, R. G., "Otra condena alimentaria a un tío: nueva posibilidad de reflexionar sobre las prácticas judiciales y la pobreza en la Argentina", DFyP 2020 (noviembre), 99, TR LALEY AR/DOC/3410/2020.

trol judicial que obstaculice el funcionamiento de leyes presupuestarias que antepongan como prioridad a nuestros niños, niñas y adolescentes en las normas de jerarquía superior, desplazando los recursos hacia otros fines que no revisten relevancia constitucional. Recordemos que, la actividad financiera pública, solo constituye un medio para hacer cumplir mandatos constitucionales (48).

Por ello, debería existir una norma interna que establezca la participación activa del Estado y el mecanismo para que, ante este tipo de conflictos, supla el pago de la cuota alimentaria de los niños, niñas y adolescentes, ya sea en la porción que no pueda ser afrontada por los progenitores y familiares o aún en su totalidad, cuando se trata de obligados alimentarios que atraviesan una imposibilidad de cumplimiento por encontrarse también en situación de vulnerabilidad.

\_\_\_\_\_ (48) GROSAN, C., ob. cit., p. 86.

# La lesión por debilidad psíquica

Soledad Fernández Mele (\*)

María A. Navarro Lahitte Santamaría (\*\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. La lesión.— III. La lesión en la jurisprudencia reciente.— IV. El factor tiempo.— V. Conclusión.

## I. Introducción

En este trabajo nos proponemos analizar el vicio de lesión cuando el afectado es una persona atravesada por un padecimiento mental. También analizaremos cómo impacta el transcurso del tiempo en el acceso a la justicia y la necesidad de invocar aún el código derogado en virtud de las previsiones del art. 7º, Cód. Civ. y Com., con especial atención a la dispensa de la prescripción para el caso de personas incapaces o con capacidad restringida que no cuentan con los representantes necesarios para accionar oportunamente.

## II. La lesión

El acto jurídico es un acto voluntario, en tanto es ejecutado con discernimiento, intención y libertad, que se manifiesta por un hecho exterior (forma), es lícito y tiene por fin inmediato la producción de efectos jurídicos (arts. 944, Cód. Civil y 259, Cód. Civ. y Com.).

La lesión fue regulada como un vicio del acto jurídico —al igual que la simulación y el fraude— y se configura cuando una de las partes, explotando la necesidad, ligereza o debilidad psíquica de la otra, obtiene una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

La doctrina explica que la víctima del acto lesivo conoce el acto que va a realizar y quiere sus

resultados, lo que no ocurre cuando median vicios de la voluntad (error, dolo o violencia). El Derecho viene en su socorro, no porque su consentimiento esté viciado, sino porque se lo ha explotado inicuaamente (1). Para Rivera, no existe merma en la voluntariedad, sino en la buena fe de su autor (2).

El art. 954 del Cód. Civil (cfr. ley 17.711) disponía: “Podrá demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, ligereza o inexperiencia de la otra, obtuviera por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, salvo prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deberán hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción deberá subsistir en el momento de la demanda. Solo el lesionado o sus herederos podrán ejercer la acción cuya prescripción se operará a los cinco años de otorgado el acto. El accionante tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se transformará en acción de reajuste si este fuere ofrecido por el demandado al contestar la demanda”.

Actualmente, el art. 332 del Cód. Civ. y Com. establece: “Puede demandarse la nulidad o la modificación de los actos jurídicos cuando una de las partes explotando la necesidad, debilidad síquica o inexperiencia de la otra, obtuviera por

(\*) Defensora pública curadora. Magíster en Derecho Procesal por la UNR. Especialista en Derechos Humanos por la ECAE.

(\*\*) Defensora pública curadora, doctoranda UNR, docente de grado y posgrado UBA.

(1) MOISSET DE ESPANÉS, L. en RIVERA, J.C., “Instituciones de Derecho Civil. Parte General”, Lexis Nexis Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2007, 4ª ed., t. II, ps. 790.

(2) MOISSET DE ESPANÉS, L., ob. cit. ps. 744.

medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación. Se presume, excepto prueba en contrario, que existe tal explotación en caso de notable desproporción de las prestaciones. Los cálculos deben hacerse según valores al tiempo del acto y la desproporción debe subsistir en el momento de la demanda. El afectado tiene opción para demandar la nulidad o un reajuste equitativo del convenio, pero la primera de estas acciones se debe transformar en acción de reajuste si este es ofrecido por el demandado al contestar la demanda. Solo el lesionado o sus herederos pueden ejercer la acción”.

Advertimos rápidamente que este instituto se aplica cuando se intenta atacar actos onerosos, bilaterales (prestaciones recíprocas) y debe verificarse la existencia de dos elementos subjetivos: la condición de inferioridad de una de las partes y el aprovechamiento de la otra, así como un elemento objetivo que es la desproporción evidente e injustificada de las prestaciones. Si alguno de estos elementos no está presente, el acto no es pasible de ser anulado bajo este régimen.

Nos centraremos en los casos en los que se invoca la existencia de un padecimiento o estado mental para requerir la anulación o modificación de un acto jurídico. Dejamos para otra ocasión el análisis de los supuestos de necesidad e inexperiencia.

La nueva redacción reemplazó el término “ligereza” por el de “debilidad síquica”. Cabe preguntarnos si ello constituye una modificación sustancial.

Bajo la vigencia del Código Civil, el alcance del término ligereza no era pacífico. Algunos autores consideraban que existía ligereza cuando mediaba una situación patológica de debilidad mental mientras otros entendían este término como la actitud de quien actúa en forma irreflexiva y sin ponderar las ventajas e inconvenientes de una operación.

Guillermo Borda, a quien se encomendó la reforma del Código Civil que tuvo lugar a través de la ley 17.711 (1968), señaló: “Nada de lo dispuesto en el artículo 954 permite sostener que

la ligereza de que habla dicha disposición se vincula con estados patológicos o psicopatológicos. Pues el fundamento del derecho de la víctima de pedir la nulidad del acto o el reajuste de las prestaciones no es la enfermedad o inferioridad mental de ella, sino la grosera falta de equidad de las contraprestaciones. Es la injusticia y falta de equidad del acto lo que da derecho a pedir la nulidad o el reajuste” (3).

En una línea opuesta, Moisset de Espanés sostuvo que la ligereza se configura solo cuando media una situación patológica de inferioridad mental. En un trabajo reciente señaló: “Para interpretar debidamente el vocablo 'ligereza' era necesario recurrir a la doctrina alemana y suiza que con él dan cabida a la situación del pródigo, del débil mental y de otros estados intermedios o fronterizos, que son de carácter patológico y producen como consecuencia una inferioridad del sujeto” (4).

Este autor expone que al incluir la ley 17.711 la situación de “ligereza” en el art. 954 del Cód. Civil argentino, como estado de la víctima que puede justificar la anulación de sus actos por lesión, el legislador fue congruente con el espíritu que lo impulsó a incorporar al Código en el art. 152 bis la protección de los pródigos, los débiles mentales y los toxicómanos. Para estos casos, la ley 17.711 previó una doble protección: la inhabilitación y designación de un curador que asista al sujeto en sus actos de disposición, para el futuro, y la anulación por lesión de los actos que hubiese realizado con anterioridad a la inhabilitación, cuando al actuar ya hubiese estado afectado por la debilidad patológica que no le permitía medir debidamente el alcance de sus actos.

Los juristas que participaron de la redacción del Código Civil y Comercial sostienen que, con el actual art. 332, el supuesto se configura cuando existe un estado patológico o estados de hecho que le impiden al damnificado tener una

(3) BORDA, G. A., "Tratado de Derecho Civil. Parte General", La Ley, Buenos Aires, 2008, 13ª ed., t. II, ps. 341.

(4) MOISSET DE ESPANÉS, L., "La lesión y el artículo 332 del nuevo Código Civil y Comercial", disponible en <https://www.acaderc.org.ar/2020/02/25/la-lesion-y-el-articulo-332-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial/>, consulta del 31/01/2022.

dimensión plena y cabal de las consecuencias del acto que realiza. Esta condición de inferioridad —refiere Lorenzetti— debe ser de tal magnitud que incida directamente sobre la voluntad del sujeto y sea captada por la otra parte (5).

En esta línea, Alterini concluye que el art. 332, Cód. Civ. y Com. se enrola en la tesis amplia que ligaba la ligereza aludida en el art. 954 del Cód. Civil, al obrar irreflexivo originado en una situación de debilidad psíquica, sin limitarla, como lo hacía la postura minoritaria, a estados de debilidad mental. Sin esa barrera, la noción se extendía, como ocurre ahora, a situaciones como estados depresivos o enfermedades orgánicas con alto impacto en la psiquis o, aun, situaciones de máximo estrés cuando ellas impactan negativamente en la aptitud de comprensión (6).

Destacamos que la debilidad psíquica puede derivar en una restricción a la capacidad, en tanto configure una alteración permanente o prolongada, de suficiente gravedad, que pueda llevar a la persona a otorgar actos perjudiciales para sí o su patrimonio (art. 32, Cód. Civ. y Com.).

Así, la restricción a la capacidad supone la invalidez de los actos otorgados en contradicción con los alcances de la sentencia.

Recuérdese que conforme las previsiones del art. 38, Cód. Civ. y Com., la sentencia que restringe la capacidad de una persona para determinados actos (v.gr. administración o disposición de bienes, para lo que aquí interesa) debe especificar las condiciones de validez en que pueden llevarse adelante dichos actos con indicación de la o las personas intervinientes (apoyos) y la modalidad de su actuación (representación, asistencia, asesoramiento, etc.).

En tanto se haya dictado sentencia que restringe la capacidad debemos acudir al régimen de nulidad que prevén los arts. 44 y 45 del Cód.

(5) LORENZETTI, R. L., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, 1ª ed., t II, ps. 345 y ss.

(6) ALTERINI, J. H., "Código Civil y Comercial comentado", La Ley, Buenos Aires, 2019, t. II, ps. 700.

Civ. y Com. y ubicar el momento en que se realizó el acto perjudicial para la persona.

Cuando el acto que se cuestiona fue otorgado después de inscripta la sentencia en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas que corresponda, se aplica el art. 44 del Cód. Civ. y Com. Para los actos anteriores a ese momento, rige el art. 45, Cód. Civ. y Com. En ambos supuestos, la nulidad se decreta por la falta de capacidad.

Tales situaciones resultan más sencillas de abordar para el operador jurídico cuando existe una sentencia que satisface adecuadamente las previsiones de los arts. 37 y 38, Cód. Civ. y Com. Vale decir, que se precisa en ella el diagnóstico, pronóstico, época en que la situación se manifestó, recursos personales, familiares y sociales existentes, régimen de protección, asistencia y promoción de la mayor autonomía posible (art. 37).

Asimismo, es indispensable que la sentencia establezca con claridad los actos jurídicos que se restringen y las condiciones de validez en que pueden llevarse a adelante (art. 38). Esto lo subrayamos dado que en la práctica se observa, con frecuencia, que las sentencias mencionan como actos limitados situaciones que constituyen hechos humanos sin relevancia jurídica (7).

Así las cosas, el acto otorgado por una persona incapaz o con capacidad restringida puede ser anulado sin que se configuren necesariamente los otros elementos que señalamos al principio —aprovechamiento y disparidad de las contraprestaciones—, que pueden presentarse o no.

(7) Una sentencia de restricción de capacidad, dictada el 11 de julio de 2018, resolvió: "DISPONGO: Mantener la capacidad de M. V. G. [...] restringiéndola para viajar ya sea al Hogar, al hospital, a la casa de la madre si correspondiera, para manejar dinero, trasladarse sola por la vía pública, relacionarse a nivel social fuera de los dispositivos del Hogar de Día, para realizar actos personales relacionados con su higiene personal, y diferenciar lo que está limpio de lo que no lo está y/o lo que está roto o en buen estado". Este es sólo un ejemplo de sentencias que no distinguen entre hechos humanos carentes de relevancia jurídica con actos jurídicos.

La restricción de capacidad o la incapacidad de una persona no será procedente si la alteración mental que presenta es temporal, leve y carece de gravedad.

Los casos que presentan más dificultades son aquellos en los que no existe sentencia de restricción de la capacidad, pero se advierte que la parte perjudicada atravesó un estado por el cual resultó influenciado, sugestionado o se vio afectada por un estado de vulnerabilidad emocional que interfirió en la posibilidad de analizar el acto jurídico y sus consecuencias.

En estos supuestos, el instituto de la lesión se erige como una herramienta que posibilita anular el acto o modificarlo a sus justos términos, pero es necesario probar los tres elementos que la configuran.

### III. La lesión en la jurisprudencia reciente

El relevamiento de la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil arroja que, durante el año 2021, el instituto de la lesión se trató en cinco casos (8). En ninguno de ellos se consideró configurado el vicio y, por ende, no prosperó la pretensión de nulidad por ese motivo.

Un primer punto en común es que, de manera preliminar, se analiza cuál es la ley aplicable. Este es el primer aspecto que abordan los cinco fallos y es correcto que así suceda porque nos encontramos aún en un período en el que conviven el viejo y el nuevo Código Civil y Comercial.

De acuerdo con el art. 7°, Cód. Civ. y Com., las leyes se aplican a partir de su entrada en vigencia a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tienen efecto retroactivo.

---

(8) En orden cronológico: Sala I, "Saldaña, Mirta Alicia c/Sarria, Ariel Norberto s/Nulidad de acto jurídico", 18/08/2021; Sala A, "Acevedo, María Dora c/Martínez, Cándida Rosa y otro s/Nulidad de acto jurídico", 23/09/2021; Sala D, "D'Astolfo, Blanca María c/Piretto, César Natalio s/Determinación de propiedad de bienes (art. 506 CCCN)", 05/10/2021; Sala K, "De Lucía, Nicolás Alfonso y otro c/Bandor S.A. s/Escrituración", 07/10/2021; Sala H, "Danesi, Alfredo Rubén c/De Luca, Osvaldo Jorge s/Nulidad de escritura/instrumento", 14/10/2021.

Aída Kemelmajer de Carlucci explica que la nulidad de los actos jurídicos se rige por la ley vigente al momento de la aparición del vicio que lo invalida (9). Por lo tanto, para definir si en el caso concreto corresponde aplicar el Código Civil o el Código Civil y Comercial, es preciso atender a la fecha en que acontecieron los hechos que dan sustento a la acción.

En los cinco casos fallados en 2021 se aplicó el Código Civil y ello porque la fecha de todos los actos cuestionados era anterior al 1 de agosto de 2015.

Aunque concluyamos que la litis queda alcanzada por el Código velezano, de todas maneras, cabe tener presente la norma actual —art. 332, Cód. Civil— y la doctrina y jurisprudencia que existen en torno a ella. Y es que las previsiones del nuevo código se erigen como una pauta interpretativa valiosa que permite interpretar con aires renovados el art. 954 del Cód. Civil.

En esa senda, la Cámara de Apelaciones señaló: "[...] incluso en los aspectos que continúan siendo regidos por la legislación derogada, las disposiciones del Código Civil y Comercial constituyen una valiosísima pauta interpretativa, en tanto condensan las actuales tendencias doctrinales y jurisprudenciales y expresan además la intención del legislador de nuestros días" ("Acevedo").

Dijimos antes que, a la hora de plantear el caso, es necesario atender a los hechos litigiosos y escoger cuidadosamente la norma que fundamentará la pretensión. Si el acto viciado afecta a una persona con capacidad restringida/incapaz resultan aplicables los arts. 44 y 45, Cód. Civ. y Com. En el caso de que los hechos se hubieran suscitado bajo la vigencia del Código Civil, las normas equivalentes serán los arts. 472 y 473 (10).

---

(9) KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes: segunda parte".

(10) Art. 472. Si la sentencia que concluya el juicio declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare. Art. 473. Los anteriores a la declaración de incapacidad podrán ser anulados, si la causa de la interdicción



Pero cuando no existe una sentencia que limite la capacidad, deberá probarse que al momento de otorgar el acto existía una debilidad psíquica que colocó a la persona lesionada en una situación de inferioridad. Como veremos más adelante, la prueba puede presentar dificultades e incluso hacer naufragar la acción.

En el caso “Acevedo,” podemos observar cómo los jueces analizan si durante el proceso quedó probada la existencia del elemento subjetivo de la parte lesionada.

En ese proceso, la actora era una mujer de 75 años, con problemas de visión y audición, sin hijos. En un momento dado, decidió dejar su única propiedad a sus sobrinos. Recurrió para ello a una vecina y persona de extrema confianza, quien la acompañó a una escribanía para firmar los documentos necesarios. El día del cumpleaños de su sobrino, la mujer le entregó como regalo un sobre con lo que creía era el título de propiedad. Grande fue su sorpresa cuando el sobrino le advirtió que la habían estafado y que, en lugar de donar la propiedad, la mujer se la había vendido a su vecina.

Ante ello, la perjudicada demandó a su vecina y al notario interviniente por nulidad de acto jurídico. Sostuvo que este se encontraba viciado por error, dolo, violencia, intimidación o simulación y que, eventualmente, se había explotado su necesidad, ligereza o inexperiencia, obteniendo por medio de ellos una ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación.

Cabe señalar que la actora no era una persona con capacidad restringida. La Alzada puso el acento en este aspecto y concluyó que, por lo tanto, el caso no podía ser encuadrado en las previsiones del art. 473 del Cód. Civil, norma que permitía anular actos anteriores a la declaración de incapacidad, si la causa de la interdicción declarada por el juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados.

La Alzada luego estableció que, al tratarse la supuesta perjudicada de una persona capaz,

declarada por el juez existía públicamente en la época en que los actos fueron ejecutados.

para declarar la nulidad por falta de discernimiento debía acreditarse que no había existido en el momento del acto.

En el proceso había quedado acreditado que la actora presentaba un “estado de salud mental disminuido”. Era influenciable, sugestionable, crédula y presentaba vulnerabilidad emocional. Por ese motivo, la sentencia de primera instancia declaró la nulidad del acto y condenó al notario interviniente a reparar los daños y perjuicios ocasionados por haber obrado sin la debida diligencia en el ejercicio de la función notarial.

La Cámara de Apelaciones, en cambio, mantuvo la decisión con relación a la declaración de nulidad, pero la revocó respecto de la responsabilidad del notario. Para hacerlo, se apoyó en que no existía una prueba categórica de que la actora hubiera obrado sin discernimiento en el momento del acto.

Se desprende de la sentencia que ese aspecto fue un punto de pericia. Los peritos señalaron que al momento de la evaluación la actora presentaba un deterioro en las funciones cognitivas y que “no se podía descartar” que ese deterioro hubiera condicionado su capacidad para valorar, comprender y dirigir sus acciones al momento de suscitarse los hechos denunciados.

Esa conclusión de los peritos de no poder descartar la presencia del deterioro al momento del hecho bastó para generar una duda con relación a si la condición psíquica de la actora era evidente. Sostuvieron los jueces que, si los peritos en el proceso no podían determinar su existencia de manera categórica, mal podría haberse exigido que el notario lo advirtiera.

Vemos aquí, en un caso concreto, una de las dificultades que se presentan en materia probatoria y que obstan a la tacha de nulidad cuando la lesión guarda relación con algún padecimiento mental.

Las personas pueden experimentar momentos de debilidad psíquica por diversos motivos: crisis personales, situaciones de estrés, duelos, etc. En muchos casos, atravesarán esa condi-

ción sin contar con el acompañamiento de profesionales de la salud mental (v.gr. tratamiento psicológico). La falta de acceso a tratamientos adecuados de salud mental ocurre, incluso, en el caso de personas que tienen alguna patología permanente o prolongada.

Por ello, no es de extrañar que las personas que presentan una patología mental permanente o aquellas que solo atraviesan una situación de debilidad psíquica en un momento puntual de sus vidas, no cuenten con antecedentes médicos.

Esos antecedentes pueden incorporarse al proceso por diversos medios de prueba. El más concreto sería a través de la prueba documental, si la persona cuenta con una historia clínica en alguna institución especializada. Otra vía es a través de la prueba testimonial, aportando la declaración de los profesionales que la asistieron y de aquellas personas —familiares, amigos, referentes sociales— que tomaron conocimiento de la existencia del padecimiento y de la afectación del discernimiento.

La dificultad en acreditar el elemento subjetivo de la lesión también selló la suerte adversa en los casos “D’Astolfo”, “De Lucía” y “Saldaña”.

En el primero de ellos, se planteó la determinación del carácter propio de una licencia de lotería. La actora sostuvo que la licencia fue adquirida con fondos propios que tenía, luego de vender un campo heredado. Relató además que, estando de novios, el demandado le pidió prestada una suma de dinero para la adquisición de la licencia, la cual sería la fuente de ingresos de la pareja una vez casados. Accedió a tal propuesta con el deseo de que la licencia se inscribiera a su nombre.

Añadió que concurrió a la firma de la cesión de la licencia y luego a Lotería Nacional donde firmó muchos documentos, sin leerlos, por la confianza que entonces tenía en el demandado. Por su parte, el demandado sostuvo que la actora le había donado los fondos y presentó un documento que instrumentaba tal acto.

En la instancia de grado se rechazó la acción, la cual fue apelada por la actora quien sostuvo

que se había valorado incorrectamente la prueba confesional y con ello se había ignorado su vulnerabilidad psicológica al momento de otorgar el acto.

Uno de los camaristas señaló: “No puedo tener por probada la alteración psicológica de la actora al momento de la donación, pues esa parte ninguna prueba ha ofrecido en este aspecto: ni la historia clínica del centro asistencial Dharma, ni la declaración testimonial de sus médicos tratantes, ni una prueba pericial psicológica sobre tales aspectos”. Sin embargo, propició revocar la sentencia y decretar la nulidad de la donación por ser esta “excesiva, sustentada en un estado de necesidad y ligereza, traducida en una labilidad y vulnerabilidad por parte de la Sra. D’Astolfo en el manejo de su patrimonio”.

Los demás jueces no compartieron el criterio por considerar que la actora no había logrado probar sus dichos. Puntualmente, con relación al aspecto subjetivo refirieron que “no se ofició a las clínicas respectivas requiriendo la historia clínica de la actora y menos aún se produjo la prueba pericial médica tendiente a acreditar la fecha, diagnóstico y pronóstico como para formar la convicción en el juez de la existencia de esa situación de inferioridad argüida por la accionante”.

La falta de prueba sobre este elemento configurativo de la lesión derivó en la confirmación de la sentencia.

Vale destacar que, si se concluye que el acto que se intenta revocar es una donación, el instituto de la lesión tampoco puede prosperar por cuanto la nulidad o reajuste por lesión es aplicable para los actos onerosos y no para los gratuitos.

En forma paralela a la cuestión probatoria, también en los fallos analizados se observa que se invocan en forma alternativa distintos institutos con falta de rigor técnico y con un uso casi coloquial de los términos.

En el fallo “D’Astolfo”, la Cámara puso de resalto que en la demanda se había incoado un abanico “variopinto” de alternativas nulifica-

torias: la nulidad de la donación por exceder el objeto (arg. Cód. Civ. y Com. 1551), simulación, vicios de la voluntad y lesión subjetiva.

En el caso “De Lucía”, se intentó la nulidad de dos boletos de compraventa suscriptos por dos hermanos contra una sociedad anónima integrada por sus respectivos progenitores. La sociedad demandada reconvinó por nulidad sosteniendo que el dinero de esas operaciones nunca se había entregado y que el precio convenido era vil e irrisorio. Alegó que había existido simulación o lesión. La primera por cuanto el precio consignado era inexacto, y la segunda por cuanto existió desproporción evidente de las prestaciones, aprovechamiento del lesionado —actor— y la correlativa situación de inferioridad de la demandada.

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la escrituración y rechazó la reconvenición, con lo cual desestimó que se hubiera configurado el vicio de lesión.

El agravio de la demandada reconviniendo se centró en la falta de ponderación del conflicto familiar societario y argumentó que los boletos se suscribieron de manera simbólica en el contexto de la disolución de las sociedades que los unían. Manifestó que se trataba de una simulación lícita, que no trajo perjuicio a ninguna de las partes, sino que intentó liquidar de la mejor manera posible una sociedad, en el marco de la buena fe. También sostuvo que la actitud del reclamante importaba una lesión subjetiva y objetiva, por pretender escriturar un inmueble a un valor muy inferior al del mercado, sobre la base de una simulación lícita.

La Alzada puso de resalto que no se produjo prueba en orden a la simulación, en particular la existencia de un contradocumento y que tampoco hubo actividad probatoria en orden al precio irrisorio como podría haber sido el examen de un perito tasador. Al respecto hizo notar que, siendo el precio un elemento esencial del contrato de compraventa, si este era absolutamente desproporcionado admitiría peticionar directamente la nulidad del acto por este motivo sin necesidad de acudir a la lesión.

También sostuvo la Sala que no se acreditó la existencia de una lesión en la voluntad del presidente de la sociedad que incidiera en el negocio realizado. En consecuencia, confirmó la sentencia recurrida.

En “Saldaña”, se pretendió la nulidad del acto de adquisición en condominio en partes iguales de un vehículo con fondos que le pertenecían exclusivamente a la actora. Según alegó, el demandado explotó su debilidad psíquica a la hora del contrato.

En primer lugar, la Alzada hizo notar que la actora pretendía anular un contrato de donación y que no había logrado probar la explotación, ni la situación de inferioridad al momento de la celebración del acto. Ello en razón de que las constancias que había acompañado eran posteriores a la compraventa del vehículo.

Por su parte, en el caso “Danesi”, el rechazo de la demanda se centró en la falta de legitimación del accionante, hermano de la persona perjudicada.

Si bien surge de la sentencia que existía un proceso de determinación de la capacidad en trámite, la Alzada destacó que allí no se había declarado al actor como curador de su hermana y que tampoco revestía ningún otro carácter que lo habilitara a accionar, por ser un tercero ajeno a la litis.

En el fallo se consignan antecedentes médicos de relevancia, pero la contienda se dirimió por la falta de legitimación que —entendemos— podría haber sido saneada en el transcurso del proceso. En efecto, el hermano podría haber solicitado facultades para accionar en el proceso de determinación de la capacidad desde su inicio conforme las previsiones del art. 34, Cód. Civ. y Com.

Es importante resaltar que no es necesario que se dicte la sentencia de restricción de la capacidad para iniciar otros procesos judiciales en defensa de los derechos de la persona presuntamente incapaz. Así es que, con carácter de medida cautelar, se pueden nombrar apoyos provisorios que tengan facultades para iniciar la acción de nulidad. Claro está que el Ministe-

rio Pupilar también podría enderezar la acción conforme las previsiones del art. 103, Cód. Civ. y Com.

#### IV. El factor tiempo

Más arriba pusimos de resalto que, en muchas ocasiones, se dificulta la prueba del elemento subjetivo porque las personas atravesadas por estos estados psíquicos —patológicos o no— no concurren a la consulta profesional.

Otras veces, las personas no cuentan con los apoyos necesarios para el ejercicio de las acciones que permiten acceder a la nulidad de los actos que han llevado a cabo en su perjuicio y las acciones finalmente prescriben.

En tal caso, debe tenerse en cuenta la posibilidad de requerir la dispensa de la prescripción. El art. 2550, Cód. Civ. y Com. establece: “El juez puede dispensar de la prescripción ya cumplida al titular de la acción [...]. En el caso de personas incapaces sin representantes el plazo de seis meses se computa desde la cesación de la incapacidad o la aceptación del cargo por el representante”.

Nos encontramos ante un supuesto de plazo de prescripción cumplido, con lo cual la posibilidad de accionar ya no existiría. Sin embargo, si durante ese tiempo la persona incapaz carecía de representante legal, el Juez puede dispensar la prescripción ya cumplida. La misma conclusión aplica a los supuestos de capacidad restringida.

Podría pensarse que un supuesto como el descrito rara vez se presenta en la práctica. Sin embargo, no es así. Las restricciones a la capacidad —como fueron la insania o la inhabilitación, luego los procesos art. 152 ter, Cód. Civil y hoy los procesos de determinación de la capacidad— han sido cuestionadas por algunos sectores que las consideran como herramientas de opresión más que de protección (11).

---

(11) Contrariamente a lo que sostienen esos sectores radicalizados, el art. 31 inc. b del Cód. Civ. y Com. establece que las limitaciones a la capacidad son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona.

A ello se suma que siempre han existido prejuicios y connotaciones negativas relacionadas a la discapacidad. Por este motivo, muchas familias optaban por brindar los cuidados necesarios a los miembros que presentaban alguna discapacidad, pero no promovían un proceso judicial para nombrar un curador. Esto conducía a que existieran personas con discapacidad, pero jurídicamente capaces.

Ese panorama deviene problemático cuando fallecen los padres de la persona con discapacidad o quien se hacía cargo de sus cuidados. En estos casos, son otros familiares quienes se encargan de asistir a la persona y son ellos quienes inician el proceso de determinación de la capacidad, a fin de que se los designe como figura de apoyo o curador. También puede suceder que, ante la ausencia de familiares, sea el Defensor de Menores e Incapaces quien inicie el proceso de determinación de la capacidad.

En tales supuestos, la dispensa de prescripción resulta de suma utilidad ya que, si se demuestra que la persona no instó la acción a tiempo porque carecía de representante legal, el juez podrá habilitarlo para accionar a pesar del plazo cumplido.

#### V. Conclusión

Durante mucho tiempo, se consideró que los seres humanos eran seres racionales y que las decisiones que estos tomaban eran producto de un cuidadoso análisis y basadas en el razonamiento. Sin embargo, en los últimos años, las investigaciones en el campo de la neurociencia muestran que la toma de decisiones no es un mero proceso racional, sino que involucra a las emociones. Los científicos sostienen que las decisiones son susceptibles de ser influenciadas por los estados emocionales. El estrés, por ejemplo, puede afectar la toma de decisiones, generar emociones negativas e impedir incluso el adecuado funcionamiento de la corteza prefrontal, entre otras modificaciones (12).

---

(12) SARMIENTO RIVERA, L. F. y RÍOS-FLOREZ, J. A., "Bases neurales de la toma de decisiones e implicación de las emociones en el proceso", *Revista Chilena de Neuropsicología*. 2017;12:32-37, fecha de Consulta 31 de enero de 2022, disponible en: <https://www.redalyc.org/arti>

Estos hallazgos son relevantes para la ciencia jurídica porque si un estado emocional obstruye la toma de decisiones, es válido preguntarnos si en el supuesto de lesión por debilidad síquica la persona obró sin discernimiento y si estamos, por ende, frente a un acto involuntario. Este interrogante se nos presentó como válido a la luz de los avances científicos mencionados y los casos analizados. Dejamos la inquietud al lector.

De todos modos, queda claro que cuando existe aprovechamiento respecto de la condición psíquica del contratante y una ventaja patrimonial desproporcionada y sin justificación, el acto es contrario al principio de buena fe previsto en el art. 9°, Cód. Civ. y Com. y la judicatura no debe permitir que tales situaciones persistan.

Otra conclusión relevante es que la lesión no debe ser confundida con otras acciones vinculadas a los vicios jurídicos, como la simulación, el error, dolo y la violencia, con lo cual es necesario profundizar —antes de accionar— si realmente es aplicable al caso.

Tal confusión deriva en que, en la etapa probatoria, se despliegue actividad para acreditar hechos que corresponden a los distintos institutos invocados. Esto, lejos de colaborar a que la acción prospere, termina confundiendo las figuras. Como se suele decir: menos es más, y esto también aplica al derecho.

La acumulación de acciones será beneficiosa en la medida que estas no se excluyan o no resulten incompatibles. Así, si existe una donación no se puede invocar el vicio de lesión. La donación es un contrato gratuito. En ella no hay dos prestaciones que deban guardar relación o equivalencia, sino una prestación que es entregada por el donante al donatario, con el solo ánimo de beneficiarlo. Por tanto, si hay donación no hay lesión.

En lo que respecta a la prueba, para acreditar la inequivalencia o disparidad entre las contraprestaciones del contrato resultará conveniente

incluir tasaciones o prueba pericial de tasadores que incluyan valores históricos y demuestran también que la inequivalencia persiste a valores actuales.

Por su parte, para probar el aspecto subjetivo del lesionado, es decir, la situación de ligereza o debilidad psíquica es fundamental acudir a todos los medios de prueba que estén al alcance: historias clínicas si la persona lesionada hubiera accedido a algún tipo de tratamiento en un centro de salud; declaraciones testimoniales de profesionales tratantes y también de personas cercanas que puedan dar cuenta sobre cómo se manifestaba, en la vida cotidiana, la debilidad psíquica invocada.

Resulta útil en el contexto del proceso de determinación de la capacidad, aportar antecedentes en forma previa a la producción de la prueba pericial, haciendo hincapié en la existencia del acto que se pretende anular. Téngase en cuenta que, conforme las previsiones del art. 631 del Código Procesal, los facultativos deben expedirse en torno al momento en que se presentó el padecimiento y la sentencia debe dejarlo establecido (art. 37, Cód. Civ. y Com.).

De hecho, las evaluaciones realizadas por los especialistas del Cuerpo Médico Forense actualmente reparan en situaciones de vulnerabilidad emocional y labilidad afectiva que puede interferir en la toma de decisiones.

Nos parece que la condición de ligereza o debilidad psíquica no ha de ser acreditada necesariamente a través de una sola prueba directa, que resulte absolutamente categórica, sino que tal situación de inferioridad puede emerger de la suma de todos los elementos probatorios.

Por último, nos parece importante mencionar que el Código Civil y Comercial establece que los casos se deben resolver desde la perspectiva de los derechos humanos. Sin embargo, el modo en que se resuelven los litigios evidencia que sigue primando la mirada de los códigos decimonónicos que ponían en primer lugar la autonomía de la voluntad y,

---

culo.aa?id=179354005006. De este lado de la cordillera, Facundo Manes y Estanislao Bachrach realizaron aportes en igual sentido.

en consecuencia, velaban por mantener vivo al acto jurídico.

La realidad nos muestra que muchas veces los contratos no se celebran entre pares y que alguno de ellos puede verse afectado por alguna situación de vulnerabilidad.

El análisis jurídico no puede prescindir de atender a la desigualdad real que intentan remediar los tratados de derechos humanos,

como son la Convención Interamericana de las Personas Adultas Mayores, la Convención Internacional de las Personas con Discapacidad y la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, todas ellas aplicables a los casos que referimos.

Si estos instrumentos se incorporan a la hora de resolver los conflictos, probablemente el instituto de lesión pueda cobrar mayor vigor.

# La autonomía progresiva de los adolescentes para difundir imágenes de sus cuerpos en redes sociales

Julieta Fiumana<sup>(\*)</sup>

Samantha Singer<sup>(\*\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusión.

## I. Introducción

### 1.1. Planteo

La emergencia de internet desencadenó un cambio de paradigma en la forma en que nos comunicamos e interactuamos como sociedad (1). A su vez, esto permitió que, con el desarrollo de las plataformas digitales, se expanda el acceso a la información de algunos sectores de la población. Tal es el caso de los adolescentes, quienes al crecer con acceso a estas herramientas han sabido utilizarlas para informarse y difundir sus ideas. En particular, las redes sociales les permiten crear perfiles propios y difundir contenidos generados por ellos mismos

de modo directo y sin la necesidad de intermediación.

Otro factor influyente al momento de analizar el vínculo de los adolescentes con las nuevas tecnologías es su constante evolución. Esta característica permite que las nuevas generaciones se encuentren en una situación de mayor autonomía para su uso y conocimiento, en comparación con los adultos, dado que pueden adaptarse fácilmente a estos avances (2). Sin embargo, esto también genera que la supervisión y regulación de estos sitios suela darse de forma tardía.

Estas circunstancias abrieron el debate sobre la necesidad de tomar medidas para reducir las posibilidades de que sus derechos se vean afectados a raíz de su exposición en redes (3). En concreto, dentro de los riesgos que enfrentan los adolescentes en el ambiente digital se encuentran las diversas modalidades de la violencia de género digital (4), la violación de su privacidad,

---

(\*) Feminista. Estudiante avanzada de Abogacía en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Trabajadora en el Programa de Asistencia y Patrocinio Especializado en Violencia de Género de la Defensoría General de la Nación.

(\*\*) Feminista. Abogada por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Especialista y maestranda en derecho penal por la Universidad Torcuato Di Tella. Docente e investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Abogada en la Comisión de Género de la Defensoría General de la Nación.

(1) LANZA, E., *Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "Niñez, Libertad de expresión y medios de comunicación en las Américas"*, 19/02/2019, párr. 1.

(2) *Ibidem*, párr. 75.

(3) *Ibidem*, párrs. 82 y 212.

(4) Secretaría General de la OEA, "La violencia de género en línea contra las mujeres y niñas: Guía de conceptos básicos, herramientas de seguridad digital y estrategias de respuesta", OEA/Ser.D/XXV.25, 2021, p. 44.

la vulneración de su información personal (5) y la afectación de su derecho a la imagen, entre otras.

En el marco de los debates emergentes, en el presente trabajo nos proponemos analizar la utilización de las redes sociales por parte de adolescentes para difundir imágenes de sus cuerpos y su cruce con el derecho a la libertad de expresión, el derecho a la imagen, los derechos sexuales y el derecho a la dignidad, todos ellos en relación con el interés superior (6) y la autonomía progresiva. Para ello, a lo largo de este artículo, se contraponen los riesgos que supone la difusión de desnudos totales o parciales (con o sin connotación sexual) (7) por parte de personas de entre 13 y 18 años (8) [es decir,

adolescentes (9)] y la libertad para ejercer los derechos en juego por su cuenta en razón de su grado de madurez.

## *I.2. Marco jurídico*

De forma preliminar, y con el objeto de abordar acabadamente los diversos aspectos que entran en coalición al regular el uso de las redes sociales por parte de adolescentes, es necesario mencionar los derechos que se encuentran en juego. En este sentido, en este trabajo se propone tomar los conceptos de autonomía progresiva e interés superior como principios rectores para delimitar las posibles formas de injerencia sobre el ejercicio directo de los derechos por parte de las adolescentes.

### *I.2.a. Autonomía progresiva*

En cuanto a la autonomía progresiva, el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación (Cód. Civ. y Com.) dispone que "la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico".

Es decir que la norma solo habilita a realizar los actos "que les son permitidos por el ordenamiento jurídico" a quienes cuentan, a su vez, con un grado de madurez suficiente (10). Para echar luz sobre esta cuestión debe interpretarse que si bien la persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales esa representación cede progresivamente a medida que su autonomía aumenta.

sus derechos. Al respecto véase: PIQUÉ, M. L., "Revictimización, acceso a la justicia y violencia institucional", en DI CORLETO, J. (comp.), "Género y justicia penal", Didot, Buenos Aires, 2017, p. 314.

(9) La distinción entre "niños" y "adolescentes" es compatible con la perspectiva de los derechos humanos. Al respecto véase FERNANDEZ, S. E., "Capacidad. Capítulo 2" en HERRERA, M.; CARAMELO, G. y PICASSO, S. (Dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Libro Primero. Título Preliminar y Libro Primero Artículos 1 a 400", Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 63.

(10) RIVERA, J. C. y MEDINA, G. (Dir.), "Derecho Civil, Parte General", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, 1ª ed., p. 258

(5) HERNÁNDEZ SERRANO, M. J., ARELLANO P. R., CAMPOS ORTUÑO, R. A. y GONZÁLEZ LARREA, B., "Privacidad en redes sociales: análisis de los riesgos de autorrepresentación digital de adolescentes españoles", RLCS, Revista Latina de Comunicación Social, 79, 2021, p. 137.

(6) "El interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades" Véase al respecto: Corte IDH, Caso Fornerón e hija vs. Argentina, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia del 27 de abril de 2012, párr. 49.

(7) Entendemos que establecer una definición unívoca de lo que implica el carácter o la connotación sexual de las imágenes del cuerpo implica incurrir en ideas perfeccionistas o moralistas, las cuales consideramos que no aportan al debate. De modo que, a los efectos del presente trabajo, el carácter o la connotación sexual está dada por la intención del sujeto que produjo la imagen y la difundió. A su vez, es relevante aclarar que la connotación o carácter sexual no obsta que esas imágenes puedan a su vez constituir distintos tipos de expresión (por ejemplo, por su carácter artístico, su valor simbólico-político al desafiar los límites de lo socialmente "aceptable"). En este sentido véase: ALLEN, S. N., "Adolescents, Social Media, and the Use of Self-Portraiture in Identity Formation", LMU/LLS Theses and Dissertation, 2015, p. 13; IDRİYANI, D.S., PRIHADI, B., "Selfie Art", Advances in Social Science, Education and Humanities Research, volume 444, 3rd International Conference on Arts and Arts Education (ICAAE 2019), 2019, p. 21.

(8) Si bien las Reglas de Brasilia establecen el género y la edad como factores de vulnerabilidad, consideramos que este concepto no debe ser considerado como una condición intrínseca a estos grupos, sino más bien como una categoría que reconoce los obstáculos que enfrentan ciertos sectores de la población para ejercer plenamente



En esta línea, Herrera afirma que la representación, asistencia y cooperación constituyen tres figuras graduales en función del desarrollo de la persona menor de edad. Aclara que “la representación sustituye la voluntad del niño, la asistencia acompaña su voluntad, prestando una conformidad o asentimiento y, finalmente, en la última figura, la decisión la toma el niño, asentado en la contención y apoyo de sus representantes” (11). De modo que nuestro ordenamiento prevé un acompañamiento por parte de los representantes legales que disminuye a medida que la persona menor de 18 años adquiere mayor autonomía.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sostiene que niñas, niños y adolescentes ejercen por sí mismos/as/es sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal (12). A su vez, establece que toda decisión estatal, social o familiar que limite el ejercicio de sus derechos debe tomar en cuenta el interés superior (13). Esto implica que se debe procurar el mayor acceso de la persona menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso y se deben garantizar las condiciones necesarias para que desarrolle sus aptitudes con pleno aprovechamiento de sus potencialidades (14).

### I.2.b. Interés superior

Otro principio que debe guiar el análisis sobre aquellas cuestiones que involucran el goce y ejercicio de derechos por parte de niñas y adolescentes es el interés superior.

En el ámbito local, este principio se encuentra receptado en la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061). Allí se define como “la máxima sa-

tisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”, a su vez se reconoce la calidad de sujetos de derecho de les niñas y adolescentes, su derecho al pleno desarrollo personal y a ser oídos/as/es. Asimismo, establece el deber de atender a su edad y grado de madurez para la toma de decisiones que los afecten.

Por su parte, en el ámbito internacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) alude al interés superior (arts. 3°, 9°, 18, 20, 21, 37 y 40) como punto de referencia para asegurar la efectiva realización de los derechos contemplados en la Convención. Según el Comité de los Derechos del Niño, órgano de aplicación de la Convención, este principio rector abarca tres formas distintas de protección (15): una faz como derecho sustantivo, lo cual implica que “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general” (16), una faz como norma procedimental, y una faz como principio interpretativo, por lo cual “si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño”.

### I.2.c. Libertad de expresión

En lo que hace a la libertad de expresión, previo a adentrarse en el análisis de este derecho en base a los principios mencionados es necesario recordar la relevancia de este derecho en nuestro sistema democrático y cómo ello se vincula con el entorno digital.

Desde su creación, internet ha sido un espacio de participación ciudadana. Con la creciente presencia del entorno digital en nuestras vidas,

(11) LORENZETTI, R. L. (Dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2015, 1ª ed., t. IV, ps. 09-661.

(12) Corte IDH, "Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala, Fondo, Reparaciones y Costas", 09/03/2018, párr. 150.

(13) Ibidem, párr. 152.

(14) Corte IDH, "Mendoza y otros Vs. Argentina, Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones", 14/05/2013, párr. 143.

(15) Comité de los Derechos del Niño, Observación general N.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3, párrafo 1), 29/05/2013, párrs. 1-7.

(16) HERRERA, M. "Manual de Derecho de las Familias", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., ps. 48-49.

varios de los espacios de intercambio han pasado a tomar lugar en plataformas digitales, tales como las redes sociales. Es por ello por lo que, al momento de analizar la participación de adolescentes en redes sociales, se debe tener en consideración su derecho a formar un juicio propio y expresarse libremente (CDN, art. 12). Es decir, "la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección" (CADH, art. 13) (17).

Como se adelantó, los adolescentes son sujetos de derecho que forman parte de la sociedad y como tales sus voces forman parte del intercambio de ideas indispensable en toda sociedad democrática. A su vez, la posibilidad de expresarse a través de medios digitales les permite formarse, expresarse, socializar y desarrollarse como seres autónomos (18).

En cuanto al ejercicio de este derecho, al ser titulares de modo directo, niños y adolescentes tienen derecho a buscar, recibir y difundir información, así como dar a conocer a la sociedad sus puntos de vista sobre los temas que les afectan o interesan sin intermediarios (19).

#### I.2.d. Derecho a la imagen

Otro derecho que entra en juego en la problemática planteada es el derecho a la imagen en tanto a lo largo de este trabajo se pretende analizar el derecho de los adolescentes de captar y reproducir imágenes de sus cuerpos. En su regulación, este derecho abarca la posibilidad de "impedir que por cualquier medio (fotografía, grabado, dibujo, u otro) se capte, reproduzca, difunda o publique sobre nuestra persona de un modo que permita que se nos

identifique sin nuestro consentimiento o el de la ley" (20).

A su vez, el Cód. Civ. y Com. establece como regla general que "para captar o reproducir la imagen o la voz de una persona, de cualquier modo que se haga, es necesario su consentimiento" (art. 53). Sobre este punto la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061) establece en su art. 22 una prohibición de exponer, difundir o divulgar imágenes *contra su voluntad y la de sus representantes legales cuando lesionen su dignidad o reputación*.

Si bien tradicionalmente este derecho fue aplicado para proteger a las personas de actos realizados por terceros, dado que nos referimos a niños y adolescentes, a lo largo de este trabajo pondremos el foco en el contenido que debe otorgarse al "consentimiento" de estos sujetos para difundir imágenes propias.

## II. Desarrollo

Tal como fue planteado hasta aquí, el reconocimiento de los adolescentes como sujetos de derecho resulta indispensable para garantizar su pleno desarrollo en sociedad. En esta línea, el ejercicio de los derechos a la imagen y a la libertad de expresión toman especial relevancia dado que el desarrollo de los adolescentes en el espacio digital y particularmente, las publicaciones de imágenes y textos en las redes sociales hacen a la construcción de su identidad en la sociedad actual (21).

La problemática se suscita a raíz de la conjunción de dos factores. Por un lado, el entorno digital se encuentra escasamente regulado, de modo que resulta un ámbito propicio para cometer delitos y/o lesionar derechos (22). En este sentido, las plataformas de alcance masivo tales

(20) HERRERA, M.; CAMELO, G. y PICASSO, S. (Dir.), ob. cit., p. 129.

(21) PERIS, M., MAGANTO, C., y KORTABARRIA, L., "Autoestima corporal, publicaciones virtuales en las redes sociales y sexualidad en adolescentes", *European Journal of Investigation in Health, Psychology and Education*, 2013, Vol. 3, N.º 2 (ps. 171-180), p. 178.

(22) ANDERSON, L. y MCCABE, D. B., "A Coconstructed World: Adolescent Self-Socialization on the Internet",

(17) "Lo que incluye la libertad para buscar, recibir y difundir información, así como para hacer conocer a la sociedad sus puntos de vista sobre los temas que les afectan o interesan, más allá incluso de los canales de comunicación que ofrezca el mundo adulto". LANZA, E., ob. cit., párr. 16.

(18) LANZA, E., ob. cit., párr. 21 y 66.

(19) LANZA, E., ob. cit., párr. 16.

como las redes sociales exponen a sus usuarios a esos peligros. Por otro lado, el grupo etario en cuestión se encuentra comprendido por personas menores de 18 años cuya personalidad y consciencia sobre los riesgos aún se encuentran en construcción (23), no encontrándose aun plenamente desarrolladas. De modo que es posible que no se figuren todas las consecuencias posibles antes de publicar cierto contenido en las redes (24). Es decir que se contraponen el deber de garantizar el pleno ejercicio de los derechos por parte de los adolescentes con la obligación de resguardar su integridad y dignidad.

Esta problemática nos enfrenta con el dilema de definir cual opción resulta más compatible con el interés superior de les adolescentes. Por un lado, se propone restringir o censurar la difusión de desnudos totales o parciales [con o sin connotación sexual (25)] en pos de su protección, mientras, por el contrario, se sugiere permitir estas publicaciones bajo el argumento del libre desarrollo digital, social y sexual.

A su vez, se debe considerar que a la era digital se adiciona el contexto particular vinculado con la pandemia ocasionada por el virus SARS-COVID 19, en razón de la cual las redes sociales han obtenido aún más protagonismo (26). De modo que, en los últimos años, grupos de adolescentes recurrieron (y continúan recurriendo) a las redes sociales como plataforma a través de las cuales se produce su desarrollo social y sexual. En esta línea, estudios recientes consideran la difusión de imágenes como una herramienta a través de la cual les adolescentes

ejercen su libertad y establecen conexiones con sus pares (27).

Cabe entonces preguntarse si la publicación de imágenes sobre sus propios cuerpos publicadas por adolescentes amerita ser censuradas o prohibidas, teniendo en cuenta que ello implicaría un grave menoscabo a sus derechos a la imagen y a la libertad de expresión y no se estaría respetando su capacidad progresiva de ejercicio.

Conforme a la Convención Americana, el derecho a la libertad de expresión no es absoluto, sino que admite ciertas restricciones de carácter excepcional entre las que se encuentra la "protección moral de la infancia y la adolescencia" y "la efectiva protección de los derechos al honor, buen nombre y privacidad de las personas, lo que incluye a los niños y niñas en tanto sujetos de derechos" (28).

Sin embargo, al ingresar en el análisis de razonabilidad de estas restricciones, debe estarse al interés superior de la persona menor de edad y se debe evitar incurrir en consideraciones basadas en ideas perfeccionistas o moralistas. Sobre este punto, son indispensables las consideraciones de Nino quien afirma que cada persona es el mejor juez de sus propios intereses y que la sociedad no tiene derecho a interferir con los individuos cuando su conducta no perjudica a terceros, en cuyo caso debe haber libertad de acción (29). Para Nino, "la autonomía personal es el valor que consiste en la libre adopción de ideales de excelencia personal y de planes de vida basados en ellos" (30). Este principio de

Journal of Public Policy & Marketing, FALL 2012, Vol. 31, No. 2 (FALL 2012), p. 240.

(23) ANDERSON, L. y MCCABE, D. B., ob. cit.

(24) Ibidem, p. 250.

(25) Cabe aclarar que el contenido sexualmente explícito se encuentra prohibido por las disposiciones de las redes sociales. Fuente: Instagram's terms of use [consultado 09-01-2022] <https://www.instagram.com/about/legal/terms/before-january-19-2013/>; Fuente: Tiktok's terms of service [consultado 09-01-2022] <https://www.tiktok.com/legal/terms-of-service?lang=en&appLaunch=app/>

(26) SIDDIQUI, S., SINGH, T., "Social Media its Impact with Positive and Negative Aspects", International Journal of Computer Applications Technology and Research Volume 5— Issue 2, 2016, p. 71.

(27) ALLEN, S. N., "Adolescents, Social Media, and the Use of Self-Portraiture in Identity Formation", LMU/LLS Theses and Dissertation, 2015, p. 13; PERIS, M., MAGANTO, C., y KORTABARRIA, L., "Autoestima corporal, publicaciones virtuales en las redes sociales y sexualidad en adolescentes", European Journal of Investigation in Health, Psychology and Education, 2013, Vol. 3, N° 2 (ps. 171-180), p. 178.

(28) LANZA, E., ob. cit., párr. 40.

(29) NINO, C. S., "La constitución de la democracia deliberativa", Gedisa, Barcelona, 1997, p. 272.

(30) NINO, C. S., op. cit., p. 278. En el mismo sentido sostiene que: "éste establece que la libre elección y materialización de ideales de excelencia personal o de concepciones de lo bueno es intrínsecamente valiosa y, por

autonomía de la persona se opone a la concepción totalitaria de la sociedad constituida por el perfeccionismo (31). El derecho a no ser coaccionado sobre la base de modelos de excelencia personal es parte de los derechos *a priori* que son condición del proceso democrático (32).

De modo que para que la "protección moral" justifique restringir el derecho a la libertad de expresión de niños y/o adolescentes se debe llevar a cabo una ponderación de derechos a la luz del interés superior de la niña o adolescente, tanto en su faz de derecho sustantivo, así como también en su rol de principio de interpretación.

En lo que hace al Cód. Civ. y Com., este reconoce que a partir de los 13 años la persona cuenta con el discernimiento requerido para llevar a cabo un acto voluntario lícito. En esta línea, cuando nos referimos al ejercicio de la libertad de expresión y del derecho a la imagen de los adolescentes nos situamos en una franja etaria en la cual existe una presunción de madurez que habilita su ejercicio de forma directa (33).

De modo que, con base en la normativa vigente, los adolescentes tienen pleno derecho para difundir imágenes de sus propios cuerpos en tanto medie su consentimiento para ello (34). Ahora bien, el conflicto aparece cuando intentamos determinar el contenido de ese "consentimiento". El Cód. Civ. y Com. omite definir los

---

lo tanto, debe ser promovida y no interferida" (en Nino, C., "Fundamentos de derecho penal", Gedisa, Buenos Aires, 2008, p. 25-26). "Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución" (Nino, C. S., "Ética y Derechos Humanos", Astrea, Buenos Aires, 1984, p. 204).

(31) NINO, C., "Fundamentos de derecho penal", ob. cit., p. 27.

(32) NINO, C. S., "La constitución de la democracia deliberativa", Gedisa, Barcelona, 1997, p. 280.

(33) FERNANDEZ, S. E., ob. cit., p. 65.

(34) HERRERA, M.; Caramelo, G. y PICASSO, S. (Dir.), ob. cit., p. 130.

alcances del consentimiento para la reproducción de la imagen, de modo que se presume que este puede ser expreso o tácito (35). Es decir que se puede inferir de las acciones de la persona. De modo que la decisión de publicar la imagen en redes puede ser interpretada como consentimiento tácito.

En cuanto a las decisiones sobre el propio cuerpo, el Cód. Civ. y Com. establece que entre los 13 y los 16 años se presume la aptitud para "tratamientos no invasivos". Mientras que para los demás (36) se requiere la asistencia de los representantes. En definitiva, la ley reconoce completa disposición del propio cuerpo a partir de los dieciséis años (art. 26). Por su parte, desde el derecho penal presume la ausencia de consentimiento respecto de menores de 13 años (art. 119 del Cód. Penal) y fija un umbral entre los 13 y los 16 en el cual es posible probar un contexto de aprovechamiento de la inmadurez sexual.

Si bien este trabajo no versa sobre la capacidad para decidir llevar a cabo intervenciones sobre el cuerpo ni para mantener relaciones sexuales, las discusiones relativas a la fijación de un límite de edad a partir del cual ese consentimiento puede ser considerado válido pueden resultar enriquecedoras para el punto en debate. Por una parte, porque estas regulaciones resultan indicativas de los consensos alcanzados sobre la edad a partir de la cual se considera que las personas son capaces para tomar decisiones relacionadas con su cuerpo. Por otra parte, porque estas convenciones legales suelen resultar determinantes al delinear discursos de otras disciplinas como por ejemplo el discurso médico y biomédico, político-social, educativo, entre otros (37).

---

(35) HERRERA, M.; Caramelo, G. y PICASSO, S. (Dir.), ob. cit., p. 130.

(36) Aquellos que resulten invasivos, que comprometen su estado de salud o ponen en riesgo la integridad o la vida.

(37) BUTLER, J., Some thoughts on psychoanalysis and law, publicado en Columbia Journal of Gender and Law, Vol. 21. Nro. 2, 2011, disponible en español "Consentimiento sexual Algunos pensamientos sobre el psicoanálisis y la ley", Fanzine, Traducción de Contrera, L., Gasparín, F., Morgan, L. y Vacarezza, N., 2018, p. 6.

Al respecto Butler señala que, si bien estas leyes determinan la edad a partir de la cual una persona es considerada legalmente “capaz” de otorgar consentimiento sexual, raramente reflejan el desarrollo de las capacidades consensuales (38). Según esta autora, las leyes sobre la edad de consentimiento son a menudo ocasiones en las cuales son negociados los temores sobre la sexualidad infantil emergente y rara vez se preocupan por cuestiones relativas a su autonomía o “madurez” suficiente (39). A su vez, recopila investigaciones sobre los debates en torno la edad para el consentimiento sexual y observa que raramente atienden a lo que niñas y adolescentes quieren y cuándo están listas/os/es para tener eso que quieren (40).

Para Butler el consentimiento es una categoría instrumentalizada que confirma nuestra falta de libertad. Ello, dado que este concepto fue creado por poderes que actúan sobre nosotros antes de que nos encontremos en una posición en la cual podemos ejercer nuestra voluntad. De modo que, esos poderes forman y dan contenido a nuestra “voluntad” (41). En consecuencia, para esta autora no es posible encontrarle sentido al consentimiento sin comprender antes cómo se forma un sujeto capaz de decir que “sí”.

Sobre este aspecto también se pronunció Foucault, quien estudió las regulaciones sobre la edad para otorgar consentimiento sexual y concluyó que el propósito de esas leyes es regular normas de decencia y criminalizar ciertas formas de sexualidad (42). Este autor afirmó la necesidad de aceptar la sexualidad de les niñas y adolescentes, dado que, según él lo contrario les enseña que son incapaces de sexualidad y ello clausura la posibilidad de hablar sobre el tema (43). Desde su postura, habría que darle a les niñas y adolescentes el derecho a decir lo que quieren y que sean debidamente escuchados. De este modo, se construye la confianza en su palabra cuando dicen que fueron sometidos

a abusos, mientras que al hacer lo contrario presume y refuerza su silencio (44).

En breve, Foucault postula que la edad no es un fundamento suficiente para determinar si alguien puede consentir las decisiones sobre su cuerpo y presenta la escucha como una alternativa al planteo regulador (45). En esta línea, sugiere que a partir de esta escucha es posible dar sentido al deseo de les niñas y adolescentes y apoyarles para que tomen sus propias decisiones.

Estas críticas al concepto de “consentimiento” reafirman la necesidad de abordar la problemática tomando como principios rectores el interés superior de les adolescentes, es decir, escuchando lo que quieren y atendiendo a su autonomía progresiva, lo que implica contemplar si están listas/os/es para realizar eso que quieren.

Asimismo, cabe cuestionar la idea de que el entorno digital resulta uno inevitablemente riesgoso. En este sentido, el Comité de los Derechos del Niño en marco de la discusión general sobre medios digitales y derechos de los niños concluyó que los medios digitales deben ser vistos y tratados de forma positiva y constructiva y no como una amenaza (46). Asimismo, hizo énfasis en la necesidad de que los Estados adopten medidas vinculadas con la capacitación y empoderamiento de les niñas y adolescentes en los entornos virtuales, en lugar de optar por la restricción de sus derechos.

Esta propuesta adquiere especial interés a la luz del concepto de autonomía progresiva. En este sentido, podría postularse que el interés superior reside entonces en que exista una “autonomía progresiva digital” en alza para niñas y adolescentes. Esto implicaría que a medida que

(38) BUTLER, J., ob. cit., p. 4.

(39) Ibidem, p. 5 y 26

(40) Ibidem, p. 6.

(41) Ibidem, p. 10.

(42) Ibidem, p. 11.

(43) Ibidem, p. 16.

(44) FOUCAULT, M. et al., "Lettre ouverte sur la révision de la loi sur les délits sexuels concernant les mineurs" ["Carta abierta sobre la revisión de la legislación sobre las ofensas sexuales a menores"], *Le Monde*, enero 27, 1977. Traducido bajo el nombre Michel Foucault, "Sexual Morality and the Law", in Lawrence D. Krizman, *Politics, Philosophy, Culture: Interviews and other writings 1977-1984* (Alan Sheidan et al. trads., Lawrence D. Krizman ed. 1988), p. 281.

(45) FOUCAULT, M., ob. cit., p. 281.

(46) LANZA, E., ob. cit., párr. 80.

la persona crezca, el Estado y sus representantes legales deberán brindarle la información y los conocimientos necesarios para su mejor entendimiento del entorno digital, en función de su edad y su grado de madurez. De este modo, al llegar a la adolescencia podrían contar con las herramientas necesarias para desenvolverse de forma autónoma, segura y consciente en el entorno digital.

Consecuentemente, en base a los argumentos hasta aquí expuestos, el interés superior de los adolescentes se contrapone a la censura de sus publicaciones y, por contrario, resulta más consistente con el otorgamiento de las herramientas educativas necesarias para promover su desarrollo en la era digital.

### III. Conclusión

Tal como se desarrolló a lo largo del presente trabajo, las redes sociales ocupan un rol creciente en la vida de las personas y representan un espacio de intercambio de ideas para la sociedad. Entre los principales efectos positivos de estas plataformas se encuentra la construcción identitaria de los adolescentes (47), el intercambio con sus pares (48), la creación y/o fortalecimiento de sus vínculos, así como también, su acceso a la información, a la educación (49) y la participación en el debate público. En este sentido, la utilización de las redes sociales se encuentra abarcada por la libertad de expresión, tanto en su faz individual como colectiva, la cual hace a su protección un factor indispensable en una sociedad democrática.

Ante ello y a la luz del interés superior y la autonomía progresiva de niños y adolescentes, resulta claro que la censura y las restricciones en el uso lícito de las redes componen un menoscabo de sus derechos. Ello, toda vez que su cali-

dad de sujetos de derecho implica reconocerles capacidad plena para el ejercicio y goce de sus derechos en razón de su edad y grado de madurez.

Para que niños y adolescentes puedan beneficiarse de los avances tecnológicos, sociales, informativos y educativos que se han obtenido con los avances de la era digital y a fin de garantizar su plena integración en una sociedad y en un mundo en el que las nuevas tecnologías juegan ya un papel central, resulta fundamental promover y reforzar la ciudadanía digital.

Así, los riesgos que entraña el uso de internet deben ser abordados mediante políticas adecuadas que no supongan una limitación a la libertad de expresión y el libre acceso a la información que circula en las redes (50). Es decir, que no menoscaben el disfrute de las herramientas digitales por parte de sectores de la sociedad.

Sobre este punto, al momento el Estado ha optado por un rol pasivo en cuanto a la regulación de las redes sociales y su uso, indirectamente permitiendo que sea la regulación privada la protagonista dentro de este tipo de plataformas. Este fenómeno, de carácter internacional, fue captado, por ejemplo, por la Comisión Europea, la cual optó por convocar a las empresas proveedoras del servicio a la firma de un acuerdo que promueva la protección de niños y adolescentes (51). Resulta interesante el acuerdo mencionado, en tanto, previo a llevarse a cabo, se consultó a los y las menores de 18 años de edad en sí qué medidas creían que resultaban necesarias para promover su propia protección, y en tanto se realiza un seguimiento anual de las empresas firmantes, las cuales deben exponer las medidas adoptadas en pos de la protección digital infantil.

Ahora, independientemente de la regulación privada que se pueda dar a las redes sociales, no se debe dejar de lado la importancia de que el Estado adopte un rol activo en la promoción de la protección de los niños y adolescentes. Toda

---

(47) PERIS, M., MAGANTO, C., y KORTABARRIA, L., "Autoestima corporal, publicaciones virtuales en las redes sociales y sexualidad en adolescentes", *European Journal of Investigation in Health, Psychology and Education*, 2013, Vol. 3, N.º 2 (ps. 171-180), p. 178.

(48) SIDDIQUI, S., SINGH, T., "Social Media its Impact with Positive and Negative Aspects", *International Journal of Computer Applications Technology and Research* Volume 5— Issue 2, 2016, p. 71.

(49) SIDDIQUI, S., SINGH, T., ob. cit., p. 72.

---

(50) LANZA, E., ob. cit., párr. 78.

(51) REDING, V., "First European agreement of Social Networks — a Step Forward to child safety online", 2009, Luxemburgo, p. 6.

vez que se encuentran en juego derechos de raigambre constitucional **(52)**, el Estado en su carácter de garante de derechos tiene la obligación de interferir, aun si se trata de un ámbito privado.

Ante ello, se sugieren principalmente dos medidas a tomar: por un lado, se debe perfeccionar la detección de delitos informáticos dentro de las redes sociales. Por otro lado, se estima oportuna la toma de medidas que fomenten la educación y la concientización respecto de los riesgos que conlleva la difusión de contenido en redes sociales, ayudando a las adolescentes a desarrollar buenas aptitudes de comunicación y a conocer los usos positivos de las nuevas tecnologías a fin de mejorar su capacidad para protegerse, a través de, por ejemplo, las llamadas políticas de alfabetización mediática e informacional **(53)**. No se descarta la posibilidad de la promoción de un acuerdo empresarial que tenga validez en Argentina o en Latinoamérica, partiendo del ejemplo de la Comisión Europea antes mencionado.

---

(52) Este fenómeno es denominado "drittwirkung". Al respecto véase KEMELMAJER, A., "Daños y Constitución Nacional", Jornadas "Homenaje al 150° Aniversario de la Constitución Nacional, 14/08/2003.

(53) LANZA, E., ob. cit., párr. 53.

Así, el Estado debe abandonar su rol pasivo, y en su lugar debe promover y garantizar la correcta educación digital de los niños, niñas y adolescentes en las escuelas, alentando la inclusión en los planes de estudio de materias sobre comunicación social, medios de comunicación digital y periodismo **(54)**.

Dichas estrategias estatales de promoción de la educación digital no deben consistir únicamente en la restricción de la adolescente a las redes sociales, sino que deben optar por fortalecer su capacidad para el ejercicio de sus derechos en línea **(55)**, promoviendo así un uso autónomo, independiente y responsable de Internet y de las tecnologías digitales **(56)**.

Será a partir de la implementación de este tipo de estrategias que los riesgos derivados de la difusión de contenido en redes sociales disminuirán. Ello, siempre respetando los derechos de las adolescentes, quienes, no se debe olvidar, aun en pleno estadio de desarrollo continúan siendo sujetos de derecho, cuyos derechos fundamentales deben ser respetados.

---

(54) Ibidem, párr. 79.

(55) Ibidem, párr. 80.

(56) Ibidem, párr. 207.

# Los tres pilares del acceso a la justicia

D. Natalia Galván (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Pilares del acceso a la justicia.— III. Palabras de cierre.

## I. Introducción

En el presente artículo hablaré sobre el acceso a la justicia y el rol y la responsabilidad de los/as operadores/as judiciales de las distintas administraciones de justicia, como el primer pilar para el acceso a la justicia. Como segundo pilar, abordaré la importancia del lenguaje claro en las sentencias y comunicación con el/la justiciable. Finalmente, como tercer pilar, mencionaré los recursos humanos y edificios destinados para la administración de justicia.

Para comenzar es importante destacar los avances que surgieron en materia de derechos humanos en cuanto a garantizar el efectivo cumplimiento de derechos y acceso a la justicia. Pero, de todas esas declaraciones de derechos, leyes, tratados, convenciones, ¿se tiene en cuenta los lineamientos posteriores para garantizar que estas facultades atribuidas a la persona sean una garantía de acceso a la justicia?, ¿cuál es el camino para llegar a que esos derechos sean efectivos?, ¿son de público conocimiento los lugares de patrocinios gratuitos?, ¿cuán accesibles son los lugares donde hay que recurrir? Estos son los planteos que se desarrollarán a continuación.

## II. Pilares del acceso a la justicia

Al abordar el primer pilar para el acceso a la justicia, uno de los puntos clave que deben tener en cuenta los/las operadores/as jurídicos/as es la población a la que está destinada mayori-

tariamente los desafíos para el acceso a la justicia.

En este sentido, las reglas de Brasilia describen en la regla n.º 11 el concepto de la vulnerabilidad, el cual sostiene: “Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad” (1).

A su vez, la regla de Brasilia n.º 24 menciona destinatarios claros, quienes no podemos mirar hacia otro lado. Estas reglas están destinadas a los siguientes actores: a) los responsables del diseño, implementación y evaluación de políticas públicas dentro del sistema judicial; b) los jueces, fiscales, defensores públicos, procuradores y demás servidores que laboren en el sistema de Administración de Justicia de conformidad con la legislación interna de cada país; c) los abogados y otros profesionales del Derecho, así como los Colegios y Agrupaciones de Abogados; d) las personas que desempeñan sus funciones

(1) <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-100-reglas-de-brasil-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>, consultado el 11/01/2022.

(\*) Estudiante de Derecho, trabajadora judicial y delegada gremial UEJN.



en las instituciones de Ombudsman; e) policías y servicios penitenciarios; f) y, con carácter general, todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento (2).

Es por esto por lo que cualquier actor que esté relacionado con la justicia debe considerar estas reglas y facilitar, en cuanto depende de él/ella, los lineamientos mencionados con el fin de acercar la justicia cuando un derecho es afectado.

Ahora, con el foco en el operador/a jurídico/a que fuere mencionado anteriormente, cabe destacar el rol que tiene este al momento de asistir a una persona que necesita asesoramiento o patrocinio. Generalmente los casos que llegan a los servicios jurídicos gratuitos son muy complejos de abordar ya que, en la facultad, los casos que se presentan para resolver, no se acercan y no contemplan la problemática social que contiene el caso. Tampoco los códigos observan todas las situaciones, ya que muchas veces, la realidad supera la ficción, o en este caso, supera las intervenciones jurídicas habituales.

Muchas veces, ante los casos que ingresan en los servicios jurídicos, se intenta acoplarlos con las intervenciones habituales, como los juegos de encastre, pero ciertos casos complejos por la grave situación de vulnerabilidad, no se adaptan a la diaria e implican intervenciones por fuera del estándar. Es ahí donde las actuaciones se salen de la figura jurídica y hay que encontrar la manera para que la problemática encaje en esa figura o, mejor dicho, que la figura jurídica encaje con ese caso.

Es por esto por lo que es fundamental la intervención interdisciplinaria en un equipo jurídico ya que se deben tomar otros mecanismos para abordar la problemática del caso. También resulta fundamental la coordinación y cooperación con otras instituciones, el trabajo de mane-

ra articulada, antes y durante la judicialización del proceso.

A su vez, es indispensable realizar la derivación adecuada cuando el caso excede las competencias, llamar previamente al otro servicio, realizar la reseña del caso, enviarle los datos personales y tener la confirmación de la admisión para que la persona no esté recorriendo todos los servicios jurídicos sin respuesta. Esto, como buenas prácticas de derivación ya que la regla de Brasilia n.º 26 establece: “Se promoverán actuaciones destinadas a proporcionar información básica sobre sus derechos, así como los procedimientos y requisitos para garantizar un efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” (3).

Recuerdo un caso donde un servicio de asesoramiento y derivación recibió a una persona migrante, quien expresaba la dificultad que tenía con un organismo del Estado. Este servicio no era competente para resolver la situación, sin embargo, agotando las vías de comunicación, llamó por último al cónsul del país de la consultante y este le brindó los datos de una ONG en la que podían recibir a la persona y a sus hijos, brindándole techo y comida, ya que no podía pagar el alquiler. La solicitante quería, principalmente, regresar a su país y reencontrarse con su familia, ya que aquí no contaba con ninguna red de contención. La titular de la ONG tenía un programa de radio en la que contaron la situación que le transmitió la señora. Tras informar esto, le consiguieron para ella y sus hijos los pasajes en avión, de regreso a su país de origen. Este servicio no fue destinado para asumir las problemáticas reales, pero, a pesar de ello, hizo todo lo posible por responder de manera acorde a la necesidad de la persona.

Por otra parte, la regla de Brasilia n.º 39 sostiene: “Se establecerán mecanismos de coordinación intrainstitucionales e interinstitucionales, orgánicos y funcionales, destinados a gestionar las interdependencias de las actuaciones de los diferentes órganos y entidades, tanto públicas

(2) <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>, consultado el 11/01/2022.

(3) <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>, consultado el 12/02/2022.

como privadas, que forman parte o participan en el sistema de justicia” (4).

Otra situación similar que atañe a la regla de Brasilia n.º 39 es la siguiente: un patrocinio gratuito especializado en violencia de género recibió un caso que excedían sus competencias e intervención, ya que el progenitor del hijo de la víctima se había llevado a su hijo al interior del país con toda su documentación. La abogada que recibió el caso se puso en contacto con otro servicio gratuito de la provincia y estaban trabajando de manera articulada para que se realice la restitución del niño, pero previo a eso había que acreditar el vínculo. Es por esto por lo que la consultante tenía que solicitar la partida de nacimiento de su hijo en el registro civil y para ello debió acreditar la vulnerabilidad para que este trámite no tenga ningún costo y le sea proporcionada dicha partida de manera urgente ya que la situación ameritaba la celeridad. Una vez que fue obtenida la partida, la requirente debía viajar a la provincia en la que se encontraba su hijo, pero no tenía los medios económicos para costearlo ya que no contaba con ningún ingreso y vivía en un barrio vulnerable. Es por esto por lo que se acompañó a la persona a la casa de la provincia con una reseña del caso y la trabajadora social se comprometió a extremar las acciones para conseguir el pasaje. Pasado un día, la trabajadora social se comunicó con el patrocinio y le informó que gestionarían los pasajes.

Este caso y el anterior mencionado excedían las competencias del servicio, sin embargo, se hizo todo lo posible para brindar asistencia adecuada y eficaz y que el acceso a la justicia sea una garantía.

Tal como lo expresa Joaquín Delgado Martín: “La asistencia técnico-jurídica constituye un instrumento fundamental para garantizar la efectividad de relevantes derechos y garantías procesales. Los ordenamientos nacionales reconocen a sus ciudadanos múltiples derechos que quedan ‘en papel mojado’ si el sistema no establece mecanismos que permitan su ejercicio

de forma efectiva, para lo cual resulta una pieza esencial la asistencia técnico-jurídica por parte de profesionales” (5).

El segundo pilar es el lenguaje claro. Existe cierta distancia entre la escritura técnica jurídica que se utiliza en los fallos, que nada más ni nada menos se decide sobre el futuro o destino de las personas en sus conflictos personales.

Me pregunto si la escritura técnica jurídica tiene que ser un lenguaje especializado, ¿realmente lo requiere? Las decisiones judiciales tienen un vocabulario propio, es difícil de interpretar para aquellos que no son entendidos en el tema. Podría ser más sencillo para el justiciable, pero ¿por qué es tan difícil modificar esa forma de escritura?, ¿cumple alguna función de alejamiento del público?, ¿será para que solo sea legible y entendible por abogados? Entonces, ¿cuál debe ser la función del lenguaje jurídico?, ¿solo técnico para abogados o debería ser un lenguaje público? En este último caso, si estuviera destinado para eso, podría entenderlo cualquier persona. Más allá que tenga términos técnicos o muy específicos, la forma de redactar tiene que ser normal, sencilla, un lenguaje cotidiano, cercano a la gente.

Las decisiones judiciales no son cartas o relatos, tienen léxicos muy específicos, palabras que solo se usan en los escritos judiciales, incluso los que confecciona el abogado y firma el cliente en los que se le encomienda a Dios que guarde a los jueces, ¿por qué?, ¿qué les va a pasar a los jueces? También se nombra a los jueces como “Vuestra Señoría”, “Vuestra Excelencia”, títulos que son todos títulos de nobleza y que en una sociedad democrática no deberían corresponder, porque somos todos iguales ante la ley. Entonces, ¿a qué vienen esos títulos de nobleza?, ¿serán permanencia de ciertas prácticas antiguas en la escritura jurídica? Pero, si son la permanencia de esas prácticas antiguas y coloniales, no estaría justificada su persistencia en una sociedad moderna, republicana y democrática.

(4) <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-ia-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>, consultado el 12/02/2022.

(5) DELGADO MARTIN, J., Herramienta Eurosocial Nº 23, “Cohesión Social en la práctica. Guía comentada de las Reglas de Brasilia. Comentarios a las Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, Ed. Programa EUROsocial, Madrid, España, p. 82.

tica. Si se está a favor de la democracia, se debería estar a favor de que el público entienda lo que el Estado dice, entonces, el lenguaje debe ser claro y entendible.

En consonancia con esto, Daniela Lauria señala: “Las representaciones que circulan en torno al lenguaje administrativo en general y al jurídico en particular lo evalúan como críptico, oscuro, hermético, ambiguo debido a, entre otros aspectos, la presencia de oraciones y párrafos extensos; el uso de la voz pasiva; el abundante empleo de verbos débiles y de elementos de negación; la recurrencia de términos jergales, expresiones latinas, y de los llamados neologismos y arcaísmos así como también por la falta de un diseño y una disposición u organización textual adecuados” (6).

Lo cierto es que a los/as jueces/zas se les encarga el manejo de los conflictos, justamente porque los particulares no pueden manejarlos o solucionarlos. Pero los/as jueces/zas, los/as abogados/as, los/as juristas le añaden una dificultad extra ya que la forma de resolver ese conflicto es vista como la de una autoridad superior y ajena a las partes toda vez que la resolución judicial tiene un léxico particular, una forma de redactar formal, diferente al lenguaje habitual.

Además, el comportamiento o presentación desde la autoridad en base al conocimiento que tienen jueces/zas, los/as coloca en un lugar exterior a las partes, marcan un distanciamiento, cuando en realidad deberían acercar la justicia a las personas, sobre todo si se toman decisiones sobre su libertad, economía, cuidado personal de los niños, responsabilidad parental, adopción, determinación de la capacidad, etc.

Julián Axat señala: “Las reglas de etiqueta ante la corporación judicial son costumbres silenciosas, no están escritas en ninguna ley; pero todos las suponen conocidas. No es lo mismo el atuendo del reo o del defendido, que el atuendo del abogado o del juez. Cada uno ocupará un rol previsto, y cada uno respetará un sistema de

expectativas y convenciones para el que fue entrenado. Las negociaciones de este sistema de reglas se juegan en la práctica como una obra de teatro en la que los jueces tienen la función de aceptarlas o rechazarlas” (7).

¿Será que el lenguaje técnico jurídico, para las decisiones judiciales, también es una costumbre silenciosa, además de la vestimenta y ciertas prácticas anticuadas? Más allá de que puede ser una práctica arraigada, hay jueces/as que intentan desarraigarlas, como es el caso de Mariana Josefina Rey Galindo, jueza civil en Familia y Sucesiones de Monteros, provincia de Tucumán, quien al momento de dictar sentencia en el expediente: “L. F. F. c. S. C. O. s/ filiación”, expte. n.º 659/17” (8), redactó el fallo en letra Comic Sans en la parte pertinente donde la jueza le habla a la niña: “Dicho eso, ahora me dirijo a Juli para decirte: Juli tenés razón cuando decís ‘que no querés elegir entre tus dos papás’. Tenés derecho a conservar a los dos, al papá Roberto y al papito Jorge. También tenés razón al no permitir a los grandes —y admiro tanta valentía— que te exijan ese tipo de elección. No hay nada que elegir. Vos no tenés que elegir entre Jorge y Roberto. Porque según lo que hablamos y me hiciste saber, es que sentís que los dos son tus papás. Listo, eso es lo importante. Y así lo voy a escribir en esta sentencia. Te anticipo que voy a reconocer legalmente ese derecho a tener a tus papás en los papeles (a los dos) y a reconocer el derecho a vivir de esa forma y en familia. Esto quiere decir que voy a hacer que el Estado registre en tu acta de nacimiento a Roberto además de Jorge y Lucía. A los tres: con lo cual vos vas a tener en los papeles (acta) dos papás y una mamá. Y con eso, ellos tres tienen los mismos derechos y obligaciones (ellos con vos y vos con ellos). Básicamente las obligaciones de ellos tres son cuidarte, acompañarte en la vida y asegurar tu bienestar físico y económico (alimentos, vivienda, estudios, etc.). Entre ellos deben organizarse para cuidar de vos (autorizaciones recíprocas cuando vos salgas de viaje fuera del país o si decidieras casarte antes de los 18 años, derechos

(6) LAURIA, D. “Sobre el programa ‘justicia en lenguaje claro’ del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Argentina)”, *Entremeios: Revista de Estudios de Discurso*, ISSN 2179-3514, v. 18, jan. - jun./2019, p. 46.

(7) <https://elniniorizoma.wordpress.com/2013/01/09/algunos-apuntes-sobre-el-arte-de-vestir-la-toga-abogados-alta-y-baja-costura-por-julian-axat-1/>, consultado el 12/02/2022.

(8) <https://www.diariojudicial.com/nota/85717>, consultado el 12/02/2022.

de comunicación con vos, cuidados personales y esas cosas, ¿sabés?...). Esto es una explicación sencilla, pero todo está descripto en la ley y te la voy a detallar más abajo para que la leas si querés, para cuando quieras y necesites hacerlo. Eso ya queda en vos. Para poder hacer todo eso que te digo más arriba es que necesariamente debo precisar algunas cosas, y a partir de ahí, explicaré cómo voy a proteger tus derechos y el de tus papás: Roberto y Jorge [...] 7) Invitación para Juli: Quiero volver a invitarte a charlar conmigo, ya que esta decisión es fruto de haberte escuchado, cuando me hiciste ese pedido tan importante para vos, y por eso también es una respuesta muy importante. Para eso podés venir al juzgado aquí en Monteros cualquier día por la mañana, o si vos querés me avisas y yo voy hasta Amaicha, así te explico todo lo que aquí está escrito, y vos me cuentes qué te parece, también voy a invitar a tus padres para que les explique personalmente lo que significa esta decisión. Otra opción es que podés llamarme a mi teléfono celular, aquí te lo paso, 0381-414xxxx. Cédula adecuada para NNA [...]” (9).

Daniela Lauria señala que el lenguaje claro nació en el mundo anglosajón: “[...] Para ello, se buscó reemplazar los modos de escribir dominantes por otros que privilegiaran la claridad, la concisión, la brevedad, la comprensibilidad, la facilidad y la accesibilidad a partir no solo de ciertos esquemas textuales sino también de la combinación de elementos verbales con otros visuales y multimodales. Los principales destinatarios son los ciudadanos en general y, en mayor medida, personas con distintas clases de discapacidad intelectual o migrantes que no manejan la lengua oficial del país” (10).

Sin dudas, una decisión judicial más cercana a las personas, empática, entendible, ayuda a la comprensión sencilla sobre la solución que se toma en el conflicto. Me parece que decisiones como estas marcan el camino y son un desafío necesario a la hora de resolver los conflictos.

La persona justiciable tiene que comprender sencillamente lo que sentencia el/la juez/a, más

(9) <https://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/088/511/000088511.pdf>, consultado el 12/02/2022.

(10) LAURIA, D., ob. cit., p. 46.

allá que la asistencia técnica legal debe tener su forma. La parte resolutoria tiene que ser más comprensible para que, de esta manera, se pueda acercar el derecho a las personas, garantizando un real acceso a la justicia.

Como señala Joaquín Delgado Martín: “Se trata, en definitiva, del fomento de la difusión de la cultura jurídica (alfabetización jurídica) entre estos colectivos, no solo formal sino material, fortaleciendo su empoderamiento y habilitando su reclamación. No se trata del conocimiento práctico y teórico de las técnicas expositivas e interpretativas de quienes se ocupan del derecho (operadores jurídicos), sino del conocimiento por parte de la persona desfavorecida de sus propios derechos, así como el conocimiento de la posibilidad de acudir a la justicia para tutelar el derecho violado y la forma de hacerlo, lo que constituye un presupuesto básico del acceso a la justicia” (11).

Es una tarea de todos/as los/as operadores/as de justicia utilizar lenguaje claro en la comunicación diaria, no solo en los fallos, sino cuando se informa sobre el estado del proceso, algún oficio que tenga que diligenciar, qué hacer con la copia certificada que se le entrega, que significa que el expediente está a despacho, a confronte o en vista.

El último pilar fundamental para el acceso a la justicia son los recursos humanos y edilicios. La regla de Brasilia n.º 30 establece: “Se resalta la necesidad de garantizar una asistencia técnico-jurídica de calidad y especializada. A tal fin, se promoverán instrumentos destinados al control de la calidad de la asistencia” (12).

En el entendimiento de que un servicio sea de calidad se debería dotar a la administración de justicia de operadores/as jurídicos/as suficientes para hacer frente a la demanda, ya que año a año aumenta la litigiosidad, el desempleo y la pobreza y no así las plantas que conforman las distintas administraciones de justicia.

(11) DELGADO MARTIN, J., ob. cit., p. 80.

(12) <https://www.mpd.gov.ar/index.php/marconormativo-diversidad-cultural/instrumentos-internacionales/3158-las-100-reglas-de-brasil-ia-sobre-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-en-condicion-de-vulnerabilidad>, consultado el 12/02/2022.

Las leyes deben estar dotadas de presupuesto para su cumplimiento efectivo, para poder desempeñar la tarea con lo que la ley establece. A modo de ejemplo, la Ley de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales, con gran acierto, establece la imperiosa necesidad de realizar las audiencias en forma separada. Si bien quien toma la audiencia tiene este mandato, ¿en qué espacio del tribunal se puede garantizar?, ¿en el pasillo?, ¿en la escalera?, ¿un día uno y otro día otro?, ¿en diferentes horarios? Un servicio de justicia de calidad se puede brindar cuando se tiene presente lo que el espíritu de la ley quiere y el costo que implica en los recursos humanos y edilicios. Si no, las políticas públicas quedan en meras declaraciones y, en la práctica, se torna muy complejo cumplirlas.

Otro abordaje para brindar un servicio de calidad —que no profundizaré, pero resulta importante mencionar— son los nombramientos de jueces/zas en los juzgados que están vacantes, hay muchísimos pliegos en el poder ejecutivo que esperan su aprobación, esto hace que se retrase de manera significativa algunos procesos y no haya debida diligencia en la resolución del conflicto.

### **III. Palabras de cierre**

Como indiqué al comienzo del presente artículo, veo imperioso tener presente estos tres pilares para el efectivo acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, a fin de que todos los derechos sean de cumplimiento efectivo, proporcionando a la persona justiciable un rol protagónico en el proceso y que no sea una persona invisibilizada.

# De objetos de protección a sujetos de derecho

Acerca del derecho de las personas involucradas en expedientes sobre determinación de la capacidad jurídica a participar del proceso con asistencia letrada

María Inés Italiani (\*)

**Sumario:** I. Fin y motivos.— II. Un poco de historia. Hablemos sobre modelos.— III. Rompiendo paradigmas: la presunción de capacidad y el derecho a participar activamente del proceso como parte procesal.— IV. La interacción de la discapacidad con la edad avanzada.— V. Cuando la defensa técnica es ejercida por un defensor público.— VI. El patrocinio letrado o defensa técnica para el trámite de revisión de sentencia.— VII. El trámite para el cese de las restricciones o de la declaración de incapacidad.— VIII. Algunas definiciones: los ajustes de procedimiento.— IX. Buenas prácticas y cuestiones procedimentales de la actuación de la defensa técnica.— X. Una respuesta ante situaciones de extrema vulnerabilidad: las medidas del art. 34, Cód. Civ. y Com.— XI. La defensa técnica con mirada de género.— XII. Conclusión.

## I. Fin y motivos

La incorporación de los tratados de derechos humanos con jerarquía constitucional desde la reforma de 1994 reforzó la exigencia de revisar la consonancia del pleno normativo inferior a la luz de sus disposiciones. De allí se ha ido avanzando, primero jurisprudencial y doctrinariamente, para llegar a una reforma en la codifi-

cación, que reflejara la superación del modelo de separación tajante entre “derecho público-derecho privado” para dar paso a un derecho privado asentado sobre la base de pilares constitucionales-convencionales, lo que lo ha dotado de coherencia con relación a la totalidad del ordenamiento jurídico.

A partir de la constitucionalización del derecho privado receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación, y las directrices que en materia de fuentes y aplicación para la resolución de casos y de interpretación de la ley se establecen expresamente en los arts. 1° y 2°, Cód. Civ. y Com., los tratados internacionales de derechos humanos resultan de ponderación y aplicación —inexcusable y prevalente— en los pronunciamientos judiciales en materia civil.

Este nuevo paradigma implicó una verdadera revolución en el sistema legal, con eje central en

---

(\*) Abogada *cum laude* por la Universidad de Buenos Aires. Cursó estudios de Doctorado en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, España. Autora de diversas publicaciones jurídicas en las áreas de derecho de familia y derechos humanos. Profesora adjunta de la materia Derecho Constitucional y Derechos Humanos del Instituto Universitario de Seguridad Pública de la Ciudad. Defensora pública curadora de la Defensoría General de la Nación —titular de la Defensoría Pública Curaduría n° 3—. Integrante del Equipo de Trabajo de los Defensores Interamericanos para el “Caso Furlan y familiares vs. Argentina”, que tramita ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

la persona humana y la satisfacción de sus derechos.

Tal cosmovisión innovadora no se apreciaría completa sin la disposición del art. 3°, Cód. Civ. y Com., que impone a los jueces la obligación de resolver mediante una decisión razonablemente fundada. La razonabilidad es lo contrario a la arbitrariedad. Sin embargo, en este contexto, no basta la sola motivación justificada en la ley, sino debe entenderse que una fundamentación será razonable, siempre y cuando tenga en cuenta, valore y aplique la Constitución Nacional y los tratados internacionales de Derechos Humanos, en definitiva, las fuentes interpretativas de los arts. 1° y 2°, Cód. Civ. y Com.

“De este modo, la aludida ‘constitucionalización del derecho privado,’ además de ampliar —de manera humanizada— el horizonte del derecho privado interpela a los operadores jurídicos a profundizar y extender el conocimiento a desarrollos doctrinarios y jurisprudenciales extra civiles y comerciales, interpretando de manera permanente si la legislación infra constitucional respeta reglas, principios y valores de derechos humanos...” (1).

Para el objeto de este estudio vamos a detenernos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2), primer tratado de derechos humanos del siglo XXI. Sus disposiciones han sido el resultado de años de lucha y militancia de los organismos representativos de personas con discapacidad. esta recoge el enfoque del modelo social y de las personas con discapacidad como sujetos de derecho, con eje en el respeto de su autonomía, voluntad y preferencias. A tal efecto, resulta indudable que el acceso a la justicia juega un papel preponderante para asegurar el goce y ejercicio de los derechos y libertades en igualdad de condiciones que las demás personas.

(1) HERRERA, M., y CAMELO, G., "Comentario al art. 1, en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Título Preliminar y Libro Primero, directores Herrera, M., Caramelo, G., Picasso, S., Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 11.

(2) En Argentina ha sido incorporada al plexo normativo de derechos humanos con jerarquía constitucional —art. 75 inc. 22 CN—, por ley 27.044.

En nuestro país el ordenamiento de civil y comercial unificado, hizo eco del modelo de la convención y de principios que de ella emanan, para reconocer la participación procesal de las personas involucradas en expedientes de determinación de la capacidad jurídica en calidad de parte con patrocinio letrado, y con las garantías que les permitan acceder a derechos sin discriminación.

No obstante, aún persisten prácticas contrarias, tal vez como resabios de un modelo perimido, o como consecuencia de una mirada proteccionista, o incluso como una resistencia a adoptar un paradigma superador.

Este trabajo aspira a contribuir a despejar inquietudes, aclarar conceptos, propender al debate de ideas. En definitiva, pretende coadyuvar a fortalecer el rol como sujetos procesales de las personas con discapacidad, en los procesos que involucran el ejercicio autónomo de su capacidad jurídica.

## II. Un poco de historia. Hablemos sobre modelos

Detrás de cada movimiento, concepción o reconocimiento —o no—, de derechos, subyace una ideología. Conocerla, nos permite entender un poco más las razones por las cuales una sociedad justifica o tolera determinadas conductas y, más aún, las consagra en sus costumbres y/o instituciones jurídicas.

Vamos a remontarnos en el tiempo para dar un pantallazo a las ideologías subyacentes detrás de las diversas concepciones de la discapacidad, que nos van a permitir reconocer las distintas aristas de los modelos predominantes en la época.

Siguiendo la distinción y estudio que presenta Agustina Palacios podríamos agruparlos en tres: el modelo de prescindencia, con sus submodelos eugenésico y de marginación, el modelo reabilitador, y el modelo social (3).

(3) PALACIOS, A. "El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", Cinca, Colección Cermi n° 36, Madrid, 2008, 1ª ed., ps. 37-196.

### *II.1. Modelo de prescindencia*

El primer modelo que se reconoce en el tiempo, denominado de prescindencia, tiene dos notas distintivas. Por un lado, intenta explicar la discapacidad desde las creencias o religión: la discapacidad se trata de un castigo de los dioses por pecados cometidos generalmente por los padres, alberga mensajes diabólicos, o es quizás un mal augurio, el signo del enojo de la divinidad o la ruptura de una alianza o protección hacia esa tribu, clan o pueblo. Por otro, considera que las personas con discapacidad son innecesarias, sea porque decreta que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, o asume que sus vidas son desgraciadas y —por ende—, no merecen ser vividas, además de constituir una carga para sus familias.

A partir de allí pueden vislumbrarse dos submodelos, según sea la respuesta a estas concepciones. El eugenésico, como su nombre lo indica, recurre a la aniquilación o exterminio de las personas con discapacidad a partir de políticas o prácticas eugenésicas, justificado en el temor o rechazo a la discapacidad. A su turno, en el de marginación, se decide apartar a las personas con discapacidad de la comunidad, recluyéndolas en espacios para “anormales”, en donde su medio de subsistencia estará supeditado a la asistencia o la caridad.

### *II.2. Modelo rehabilitador*

Posteriormente, con el avance de la medicina y la ciencia, y a partir de la paulatina aceptación de las limitaciones que se daban como secuelas de las guerras, empezó a tomar forma un segundo modelo, que puede llamarse rehabilitador.

En este modelo, la discapacidad se confunde con la deficiencia o limitación de la persona. Parte de una premisa preconcebida y hegemónica de normalidad, por lo que aquellos que no encajan en esos parámetros, deben ser “normalizados”, o asimilados en la mayor medida posible, a los aptos o válidos. Se trata de una cuestión de salud o enfermedad, capacidad o incapacidad.

La persona es definida por su diagnóstico —que aporta el saber médico—, y se acepta su integración a la sociedad siempre que sea re-

habilitada, física, psíquica, mental o sensorialmente. De allí que en el lenguaje se utilizaran apelativos tales como “el discapacitado”, “el esquizofrénico”, “el paralítico”, “el ciego”.

Cabe aclarar que esto no supone una crítica al acceso al diagnóstico, tratamientos y medios de rehabilitación que posibilita la medicina. El problema radica cuando se pretende que desde la ciencia médica no solo se vislumbre y proponga el tratamiento adecuado, sino que se establezca lo que puede o no puede hacer, en definitiva, la forma en que debe vivir la persona con discapacidad.

Como para esta concepción la discapacidad resulta de una carencia del individuo, si no puede ser rehabilitado, se transforma en objeto de protección. Centrada en la deficiencia, abona una mirada y actitud paternalista, en donde resultan característicos la educación especial, el empleo protegido, la institucionalización y la asistencia social. “Ser discapacitado” se transforma en la causa que justifica la exclusión de los ámbitos económicos, sociales, educativos, laborales, productivos y políticos y la negación de las mismas oportunidades que el resto de las personas.

### *II.3. Modelo social*

El tercero de ellos, el modelo social, refleja un cambio radical en la percepción de la discapacidad. A la luz de esta concepción, se deja de poner el acento en la falla o limitación, para considerar a la discapacidad como la resultante de la interacción del individuo con barreras que impiden u obstaculizan su participación en la sociedad en igualdad de condiciones que los demás.

“La noción de persona con discapacidad desde este modelo se basa, más allá de la diversidad funcional de las personas, en las limitaciones de la propia sociedad. De este modo, se realiza una distinción entre lo que comúnmente se denomina ‘deficiencia’ y lo que se entiende por discapacidad” (4).

“Es decir, la deficiencia —o diversidad funcional— sería esa característica de la persona

---

(4) PALACIOS, A., ob. cit., p. 122.



consistente en un órgano, una función o un mecanismo del cuerpo o de la mente que no funciona, o que no funciona de igual manera que en la mayoría de las personas. En cambio, la discapacidad estaría compuesta por los factores sociales que restringen, limitan o impiden a las personas con diversidad funcional, vivir una vida en sociedad. Esta distinción permitió la construcción de un modelo que fue denominado ‘social’ o ‘de barreras sociales’ de discapacidad. De este modo, si en el modelo rehabilitador la discapacidad es atribuida a una patología individual, en el modelo social se interpreta como el resultado de las barreras sociales y de las relaciones de poder, más que de un destino biológico ineludible. Por lo tanto, explica Jenny Morris, «una incapacidad para caminar es una deficiencia, mientras que una incapacidad para entrar a un edificio debido a que la entrada consiste en una serie de escalones es una discapacidad. Una incapacidad de hablar es una deficiencia, pero la incapacidad para comunicarse porque las ayudas técnicas no están disponibles es una discapacidad. Una incapacidad para moverse es una deficiencia, pero la incapacidad para salir de la cama debido a la falta de disponibilidad de ayuda apropiada es una discapacidad».

“Esta distinción tiene suma importancia, ya que al tomarse conciencia de los factores sociales que integran el fenómeno de la discapacidad, las soluciones no se elaboran apuntando individualmente a la persona afectada, sino más bien que se encuentran dirigidas hacia la sociedad, o teniendo muy presente el contexto social en el cual la persona desarrolla su vida” (5).

En esa dirección, ya no se intenta “normalizar” al individuo, sino que se asume que lo que habrá de cambiar e intervenir es el contexto, propendiendo a la eliminación de esas barreras sociales que excluyen a las personas con discapacidad. Desde que el problema se traslada del individuo a la sociedad, los Estados pasan a tener responsabilidad en brindar entornos inclusivos y no discriminatorios.

Como se aprecia, importa un verdadero cambio de paradigma. “Desde esta filosofía se insiste en que las personas con discapacidad pueden aportar a la sociedad en igual medida que el

resto de personas —sin discapacidad—, pero siempre desde la valoración y el respeto de la diferencia. Este modelo se encuentra íntimamente relacionado con la asunción de ciertos valores intrínsecos a los derechos humanos, y aspira a potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros. Parte de la premisa de que la discapacidad es en parte una construcción y un modo de opresión social, y el resultado de una sociedad que no considera ni tiene presente a las personas con discapacidad. Asimismo, apunta a la autonomía de la persona con discapacidad para decidir respecto de su propia vida, y para ello se centra en la eliminación de cualquier tipo de barrera, a los fines de brindar una adecuada equiparación de oportunidades. Este último modelo mencionado, ha sido la consecuencia de una larga lucha, plantada por las propias personas con discapacidad, que tuvo sus frutos en diversos ámbitos” (6).

Uno de ellos fue el reconocimiento de este nuevo paradigma en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tal como se adelantara precedentemente. Bajo el lema “Nada sobre nosotros sin nosotros”, las organizaciones de las personas con discapacidad enriquecieron la discusión y participaron activamente para hacer posible la sanción del Tratado.

En lo que atañe al reconocimiento de la personalidad jurídica, de la sustitución en la toma de decisiones, se pasó a un modelo de toma de decisiones con apoyos, con énfasis en la voluntad y preferencias del individuo; que impactó fuertemente en el ejercicio de los derechos en todos los ámbitos, incluyendo al sistema de justicia.

### **III. Rompiendo paradigmas: la presunción de capacidad y el derecho a participar activamente del proceso como parte procesal**

Lo que bajo el modelo médico encontraba fundamento, resulta inadmisibles desde la pers-

(5) Ibidem, ps. 123-4.

(6) Ibidem, ps. 26-27.

pectiva del modelo social. En el marco de los procesos, las personas con discapacidad pasaron de ser objetos de protección a sujetos de derechos, y esto tuvo consecuencias relevantes en su posicionamiento procesal.

Cabe señalar que el Código Civil y Comercial de la Nación, siguiendo los lineamientos convencionales, ha consagrado la participación del involucrado en calidad de parte en las actuaciones sobre determinación de la capacidad jurídica.

En efecto, el art. 36, Cód. Civ. y Com. dispone: “La persona a cuyo interés se lleva adelante el proceso es parte y puede aportar todas las pruebas que hacen a su defensa. Interpuesta la solicitud de declaración de incapacidad o de restricción de la capacidad ante el juez correspondiente a su domicilio o del lugar de su internación, si la persona en cuyo interés se lleva adelante el proceso ha comparecido sin abogado, se le debe nombrar uno para que la represente y le preste asistencia letrada en el juicio. La persona que solicitó la declaración puede aportar toda clase de pruebas para acreditar los hechos invocados”.

A su turno, el art. 31, inc. e) del Cód. Civ. y Com. dispone que “la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios”.

De allí que, coherentemente con el reconocimiento de su calidad de parte, se admite que el individuo involucrado en el proceso de determinación de la capacidad jurídica se presente y actúe con patrocinio letrado, a la par que despliegue actividad probatoria. Para quien no se encuentre familiarizado con este tipo de procesos, puede parecer una verdad evidente, no obstante, hasta la reforma del Código de fondo —y sin perjuicio de valiosos precedentes jurisprudenciales en sentido contrario—, al “causante” —como frecuentemente se lo denominaba—, no se le reconocían las mismas garantías procesales que a cualquier otro litigante del fuero civil, como veremos más adelante.

Este es “...uno de los aspectos procesales que debían entenderse sustancialmente modificados en función del impacto de la CDPD. Desde el momento en que esta Convención entiende

a la discriminación a cualquier persona por razón de su discapacidad como una vulneración de la dignidad y valor inherentes del ser humano, afirmar la exclusión de una persona de las garantías centrales al debido proceso —como las de ser parte, ofrecer prueba y efectuar defensa—, importa clara discriminación. Recordamos que a partir de la CDPD los Estados firmantes se han comprometido a ‘Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad’ (art. 4º, inc. b CDPD)” (7).

La discriminación por motivos de discapacidad se define en el art. 2º de la Convención como “cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

Cabe prestar especial atención a lo que dispone el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, como órgano del Tratado e intérprete autorizado de la Convención. En la Observación General N.º 1 (2014) sobre el art. 12, al interrelacionarlo con el art. 13 sobre acceso a la justicia, explicó: “Los Estados partes tienen la obligación de velar por que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás. El reconocimiento del derecho a la capacidad jurídica es esencial para el acceso a la justicia en muchos aspectos. Para que las personas con discapacidad puedan exigir el cumplimiento de sus derechos y obligaciones en igualdad de condiciones con las demás, debe reconocérseles la personalidad jurídica con la misma capacidad ante las cortes de justicia y los tribunales. Los Estados partes también deben velar por que las personas con discapacidad tengan acceso a representación jurídica en igualdad de condiciones con las demás. Se ha determinado que en muchas jurisdicciones este es un problema, que debe solucionarse, entre otros medios, garanti-

(7) FERNANDEZ, S.E., “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, dirigido por CAMELO, G., HERRERA, M. PICASSO, S., Ed. Infojus, Buenos Aires, 1995, p. 94.

zando que las personas que vean obstaculizado su derecho a la capacidad jurídica tengan la oportunidad de impugnar esos obstáculos —en su propio nombre o por medio de su representante legal— y de defender sus derechos ante los tribunales. Con frecuencia se ha excluido a las personas con discapacidad del desempeño de funciones esenciales en el sistema de justicia, en calidad de abogados, jueces, testigos o miembros de un jurado” (8).

Seguidamente trataremos por separado las diversas aristas que se plantean a partir del derecho a participar del proceso, a la implementación de ajustes de procedimiento, al patrocinio letrado y a desplegar actividad probatoria; a la par que nos referiremos en particular a cuestiones inherentes a la defensa técnica que asume un defensor público curador.

### III.1. Participación con patrocinio letrado

La participación del interesado en el proceso en forma activa, en calidad de sujeto procesal con un patrocinio letrado es de tal relevancia, que ha sido incluida en el Código entre las reglas generales que rigen los procesos de restricción a la capacidad jurídica (art. 31, Cód. Civ. y Com.).

Y no podía ser de otra manera, en tanto resulta una derivación de la presunción de capacidad reconocida en el art. 31, inc. a) “la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial”.

De allí, que las reglas directrices contenidas en el citado art. 31, se engarzan en el nuevo paradigma, en donde se busca que la persona involucrada en un proceso en el que se debatirán cuestiones fundamentales tales como si puede ejercer los diversos ámbitos de su capacidad jurídica en forma autónoma o no, y si precisa o no apoyos a tal efecto y —en tal caso, cómo y con qué alcance se instrumentará el sistema de apoyos—, pueda tener un abogado que dé cauce jurídico a su opinión, voluntad y preferencias.

(8) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n° 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1.

Es decir, en esta etapa del proceso, quien ejerce el patrocinio letrado (abogado de la matrícula) o su defensa técnica (defensor público) está llamado a vehicular jurídicamente las peticiones, requerimientos de ajustes de procedimiento y apoyos, ofrecimiento y producción de pruebas, impugnaciones, como asimismo los recursos que sea menester interponer de acuerdo con lo que el involucrado pretenda en defensa de su capacidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido enfáticamente en numerosos casos, que la defensa debe ser garantizada en forma tal que resulte efectiva, no bastando solo la asistencia de abogado o defensor, sino que esa asistencia se ejerza de manera competente (9).

Asimismo, ha dicho que “...el derecho a la defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo... a la par que las garantías consagradas en el art. 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos también son aplicables a procesos no penales teniendo en cuenta ‘las circunstancias de un procedimiento particular, su significación, su carácter y su contexto’” (10).

En ocasiones, en los procesos de determinación, se presentan situaciones que merecen adoptar reaseguros en pos de verificar que la elección del abogado haya sido decidida por la persona, y que el letrado se encuentre en condiciones de poder ejercer su función acorde a los intereses de su patrocinado, sin influencias indebidas.

Uno de estos supuestos se configura cuando la persona se presenta con idéntico patrocinio letrado que aquellos que han iniciado el pro-

(9) Corte IDH, “Vélez Lloor c. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 23/11/2010. Serie C No. 218, Caso “Tibi c. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 07/09/2004. Serie C No. 114., Caso “Chaparro Álvarez y Lapo Iñiguez c. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 21/11/2007. Serie C No. 170, entre otros

(10) Corte IDH, “Vélez Lloor c. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 23/11/2010. Serie C No. 218

ceso de determinación. Entendemos que esta situación puede enmascarar un conflicto de intereses y poner en crisis la garantía de defensa en juicio, que es el fundamento de los propios arts. 31, inc. e) y 36 del Cód. Civ. y Com.

Por un lado, se encuentran los solicitantes —familiares, referentes, por ejemplo—, que han iniciado un juicio pretendiendo que el juez restrinja la capacidad jurídica del involucrado, y para ello ofrecerán prueba y alegarán acerca de los actos que deberán quedar comprendidos entre las restricciones a la capacidad. Por su parte, también podrían peticionar las medidas cautelares comprendidas en el art. 34, Cód. Civ. y Com., consentir o apelar la sentencia, por citar algunas de las incidencias que pueden presentarse.

Por el otro, se encuentra la persona cuya capacidad se cuestiona, que puede discrepar en todo o en parte con estos, configurándose un escenario de contradicción. Cabría preguntarse entonces, de qué modo se le garantizaría hacer oír su voz, impugnar prueba, oponerse a una medida cautelar, apelar la sentencia, por ejemplo, si no tiene su propia asistencia letrada que dé cauce jurídico a su voluntad.

Y aquí no se trata de poner en tela de juicio la intencionalidad de aquellos que inician un expediente de determinación a la capacidad jurídica resistido por el involucrado, que no pocas veces son familiares que acompañan, contienen, y resultan los referentes más cercanos de la persona con discapacidad. Se trata de hacer efectivo el derecho que tiene el individuo a transmitir en las actuaciones su posición, voluntad y preferencias, con la misma calidad, *expertise* y rigor jurídico que cualquier otro litigante, para hacer efectivo el derecho a la no discriminación que emana de la Convención.

Otro de los extremos a analizar resulta la ponderación de que la elección del abogado haya sido efectuada con discernimiento y libertad, y no responda a influencia indebida o —simplemente—, sea fruto de la decisión de un otro porque a la persona le resulta difícil, e incluso imposible, comprender los alcances del acto. Esto es consecuente con la idea de una asistencia letrada que vehiculice jurídicamente la opinión del involucrado, para lo que será necesario

que esté en condiciones de impartir, de una u otra forma, instrucciones al efecto.

Esta situación se verifica con alguna frecuencia en casos de adultos mayores con deterioro cognitivo, que se encuentra en medio de un conflicto de lealtades entre hijos con problemas de relación, y en los que uno de ellos es sospechado, por otro u otros, de captar la voluntad de su padre o madre, para obtener beneficios económicos. En estos supuestos, suele darse que el hijo más cercano es quien ha facilitado el contacto con el abogado que se presenta patrocinando al involucrado, que es cuestionado por sus hermanos.

Ante una situación tal, tanto el juez como el defensor de menores e incapaces deberán conocer la opinión y voluntad del involucrado en relación con la elección de su patrocinio letrado, y ponderar si esa decisión ha sido adoptada con discernimiento y libertad. A tal efecto, resultará indispensable entrevistar a la persona con asistencia de un equipo interdisciplinario.

### *III.2. El rol fundamental de la interdisciplina*

Frente a la discapacidad, el saber jurídico y el saber médico —psiquiátrico—, por sí solos resultan insuficientes para abordar en todas sus aristas, el abanico de cuestiones que se juegan entre la interacción de la condición de la persona y el contexto social. Será indispensable sumar saberes del orden del trabajo social, psicología, terapia ocupacional, entre otras.

Así lo ha receptado la normativa vigente, al postular la exigencia del abordaje interdisciplinario para las cuestiones relativas a la salud mental.

En efecto, la ley 26.657 de Derecho a la Protección de la Salud Mental consagra la interdisciplina como recaudo ineludible, tanto para la evaluación, como para el tratamiento: “La existencia de diagnóstico en el campo de la salud mental no autoriza en ningún caso a presumir riesgo de daño o incapacidad, lo que solo puede deducirse a partir de una evaluación interdisciplinaria de cada situación particular en un momento determinado” (art. 5°). Y “[d]ebe promoverse que la atención en salud mental esté a cargo de un equipo interdisciplinario integrado por profesionales, técnicos y otros trabajadores capacitados con la debida acreditación de

la autoridad competente. Se incluyen las áreas de psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes” (art. 8°).

En igual medida, el Código Civil y Comercial de la Nación la receptó entre las reglas generales relativas a las acciones de restricción de la capacidad jurídica: “La intervención estatal tiene siempre carácter interdisciplinario, tanto en el tratamiento como en el proceso judicial” (art. 31, inc. c). Y señaló el carácter imprescindible del dictamen de un equipo interdisciplinario previo a dictar sentencia (art. 37). Asimismo, como principio general de los procesos de familia, engarzado con la tutela judicial efectiva, impuso la exigencia de intervención de jueces especializados, que cuenten con apoyo multidisciplinario (art. 706, inc. b).

Como aparecerá reflejado a lo largo del presente, el examen y dictamen interdisciplinario se ha erigido en un recaudo ineludible para fundar cualquier decisión relevante que atañe a la determinación de la capacidad jurídica de la persona (arts. 31, inc. c, 37, 40 y 47, Cód. Civ. y Com.).

Por su parte, puede ser de utilidad exponer algunas particularidades para tener en cuenta durante una entrevista interdisciplinaria enfocada en discernir el grado de libertad y discernimiento a la hora de elegir el patrocinio letrado. Para comenzar, resulta necesario presentarse, explicar a la persona en términos sencillos el ámbito de intervención, el estado procesal de la causa y en qué consiste la figura de defensa técnica / patrocinio letrado. Dar lugar para que la persona historice su acercamiento con el letrado, la relación que tiene, y la posibilidad —o no—, de transmitirle sus opiniones. El equipo también conversará sobre cuestiones relativas a la vida y contexto socioambiental de la persona, como así también la posibilidad de comunicar por algún medio sus ideas, voluntad y preferencias. A partir de allí, el equipo podrá armar conclusiones a fin de que el juez y el defensor puedan ponderar integralmente la cuestión a evaluar.

### *III.3. La voluntad y preferencias como principio rector*

El respeto a la voluntad y preferencias de la persona resulta el eje rector de toda interven-

ción relativa a los procesos de determinación de la capacidad jurídica, incluyendo, por supuesto, el modo de llevar adelante la defensa técnica del involucrado.

Es que, tal como mencionamos, mientras que el sistema anterior validaba un modelo de sustitución en la toma de decisiones, el modelo de derechos humanos basado en la igualdad y la dignidad intrínseca de todas las personas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad propugna la primacía de la voluntad y preferencias y procura que estas sean respetadas al máximo posible.

No obstante, hay ocasiones en que, por la condición y situación en que se encuentra el asistido, no resulta posible obtener instrucciones que ayuden a delinear la estrategia de defensa o patrocinio en ese caso. En tal supuesto, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha arrojado luz en la citada Observación General n° 1, al afirmar que si pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no llegara a ser posible desentrañar su voluntad y preferencias, no ha de buscarse determinar su “interés superior”, sino la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias, de conformidad con el art. 12, párrafo 4 de la CDPD (11).

A tal efecto, puede ser de utilidad indagar si en algún momento ha expuesto sus posiciones personales o deseos respecto de la contingencia de que se trate, para que sirva como guía de interpretación de lo que la persona hubiera decidido de así poder hacerlo.

Resulta ilustrativo recordar un caso en que se estaba debatiendo la compraventa de un inmueble de propiedad de un adulto mayor respecto de la que se había entablado un expediente de determinación de la capacidad jurídica. La situación de salud de quien llamaremos señor B. se encontraba comprometida, al punto que no resultaba posible establecer interacción alguna, y menos aún recabar su opinión respecto al negocio jurídico en cuestión. Llegado el momento de dictaminar, se intentó reconstruir su voluntad, indagando con familiares acerca de conversaciones que hubiera mantenido relativas al destino de ese departamento que, otro-

(11) Observación General n° 1 citada, núm. 21.

ra se encontrara alquilado, y en ese momento se proponía su venta por motivos atendibles. Así, se pudo saber, que años antes el Sr. B. había intentado enajenar el inmueble, sin éxito, por lo que decidió finalmente ofrecerlo en locación, como asimismo que no había expresado ningún cambio de opinión con posterioridad. De esta forma, aún sin instrucciones expresas, fue posible expedirse con fundamento basado en el mayor grado posible de respeto por la voluntad y preferencias, y no en lo que la defensa técnica pudiera considerar el negocio más conveniente.

#### **IV. La interacción de la discapacidad con la edad avanzada**

Cuando la persona involucrada es una persona de 60 años o más, también se ponen en juego las disposiciones de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (12), que pueden leerse en consonancia con los derechos consagrados en la Convención relativa a discapacidad a que hacemos referencia a lo largo del presente. En su art. 7º, inc. a) aquella establece que los Estados Partes se comprometen al “respeto a la autonomía de la persona mayor en la toma de sus decisiones, así como a su independencia en la realización de sus actos”.

A su vez, en el art. 31 consagra el acceso a la justicia en los siguientes términos: “La persona mayor tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. Los Estados Parte se comprometen a asegurar que la persona mayor tenga acceso efectivo a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante la adopción de ajustes de procedimiento en todos los procesos judiciales y administrativos en cualquiera de sus etapas”.

---

(12) Organización de los Estados Americanos, 2015, disponible en [https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados\\_multilaterales\\_interamericanos\\_A-70\\_derechos\\_humanos\\_personas\\_mayores.asp](https://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-70_derechos_humanos_personas_mayores.asp)

Si bien las garantías descriptas se encuentran reconocidas en otros tratados de derechos humanos, es relevante como reafirmación de los derechos del colectivo de los adultos mayores, que en nuestras sociedades occidentales ha sido históricamente postergado.

#### **V. Cuando la defensa técnica es ejercida por un defensor público**

En aras de salvaguardar el acceso a la justicia, y la protección y promoción de los derechos de los colectivos de mayor vulnerabilidad, el art. 31, inc. e), Cód. Civ. y Com. mencionado, prevé que, en caso de carecer de medios económicos, la asistencia letrada debe ser proporcionada por el Estado. En el orden nacional, tal función la ejercen los Defensores Públicos Curadores, magistrados integrantes del Ministerio Público de la Defensa.

Esto tiene correlato con el art. 628 del Cód. Proc. Civ. y Com., que prevé que la intervención del rol del curador provisional recaiga en un curador oficial cuando la personas careciera de bienes (13).

En esa dirección, cabe señalar que el ámbito de intervención de los Defensores Públicos Curadores está establecidos por la ley —principalmente ley 27.149 Orgánica del Ministerio Público de la Defensa y por el Código Civil y Comercial de la Nación—, y por las resoluciones de la Defensora General de la Nación, que como máxima autoridad de la Defensa Pública Nacional y Federal, es quien dicta las disposiciones que rigen su actuación, en atención a la independencia y autonomía del Ministerio Público de la Defensa.

---

(13) La terminología utilizada en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación remite al modelo médico-rehabilitador. Términos como “declaración de demencia”, “presunto demente”, “curador de alienados”, “presunto insano”, entre otras, han devenido inapropiados por estigmatizantes, a la par que chocan con la concepción de la discapacidad bajo el prisma de los derechos humanos. Más allá de que consideramos que ante una colisión con los principios y normas de corte procesal contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación deben prevalecer éstos últimos, abogamos por una pronta reforma que refleje los estándares convencionales en la materia.

En efecto, el art. 120 de la Constitución Nacional reconoce a los Ministerios Públicos como órganos extra poder, con independencia funcional y autarquía financiera. Y en consonancia con ello, el art. 2° de la ley 27.149 dispone expresamente: “Independencia y autonomía funcional. El Ministerio Público de la Defensa goza de independencia y autonomía funcional, sin sujeción a instrucciones o directivas emanadas de órganos ajenos a su estructura”.

A su turno, el art. 46 de la mencionada ley 27.149 Orgánica del Ministerio Público de la Defensa, se refiere a la actuación de los defensores públicos curadores. Circunscribe la posibilidad de su designación a los procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica y de implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias para el ejercicio de la capacidad jurídica, cuando no existieran bienes suficientes que permitan la designación a cargo económicamente de la persona involucrada o de quien, presumiblemente, debiera asumir las costas; o en ausencia de familiar o referente comunitario que pudiera hacerse cargo de tal función.

Mencionamos el término “designación”, en lugar de “intervención”, ya que lo que generará su incorporación a las actuaciones será la designación judicial en un proceso de determinación de la capacidad jurídica, pero su actuación podrá extenderse a otros procesos —frecuentemente desalojos, ejecuciones de expensas, controles de legalidad, daños y perjuicios, entre otros—, cuando asuma la función de apoyo jurídico cautelar o definitivo para asistir o representar en juicio.

Volviendo a la asistencia letrada, la normativa no se limita a habilitar la defensa técnica, sino avanza en consignar el modo en que esta debe ser llevada a cabo, con el matiz característico de compromiso con los derechos humanos y en particular de las personas en situación de vulnerabilidad, que caracteriza a los integrantes de la defensa pública.

Así, entre los deberes y atribuciones de los defensores públicos curadores contempla: “a) Ejercer la defensa técnica en procesos referentes al ejercicio de la capacidad jurídica o de la implementación de sistemas de apoyos y salvaguardias, en orden a garantizar los derechos de

igualdad y no discriminación, el derecho a ser oído y debidamente informado, a participar en el proceso, incluso mediante los ajustes de procedimiento que puedan requerirse, en respeto a la autonomía y reconocimiento de la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas. En el ejercicio de la función, deben tener en cuenta la voluntad y preferencias del asistido”.

Los estándares de actuación reflejan la plataforma axiológica, que resulta valiosa como norte para desplegar tanto la defensa técnica como un patrocinio privado. En tal sentido el inciso f) del mismo artículo propone: “Adecuar su actuación a las garantías de procedimiento y a los estándares de derechos humanos relativos al acceso a la justicia de las personas con discapacidad; en particular al respeto por su autonomía, voluntad y preferencias, al derecho a participar en el proceso, incluso mediante los ajustes de procedimiento que sean necesarios, y a la no discriminación”.

*V.I. La insuficiencia de recursos económicos como presupuesto de actuación del defensor público curador*

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad consideran “...en condición de vulnerabilidad (a) aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. (Regla 3). Y agregan: “Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad” (Regla 4) (14).

Sabido es que las limitaciones que entrañan las afecciones en la salud mental pueden ex-

(14) Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en la que participaron las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial. 4 a 6 de marzo de 2008.

poner a quienes las presentan a condiciones de vulnerabilidad o fragilidad. En los procesos sobre determinación de la capacidad jurídica, lo que se persigue es determinar la procedencia o no de la restricción a la capacidad jurídica de una persona mayor de 13 años que presenta "...una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que se estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes" (art. 32, 1° párrafo Cód. Civ. y Com.), y la consecuente designación de un sistema de apoyos (art. 43, Cód. Civ. y Com.).

Salvo que se trate de una acción infundada, el presupuesto de afección a la salud mental (como adicción o alteración mental permanente o prolongada) —y consecuente vulnerabilidad—, estará necesariamente presente.

Por ello, para la intervención del defensor público curador se requiere que converja otra causal de vulnerabilidad: la insuficiencia de recursos económicos conceptualizada en el art. 628, Cód. Proc. Civ. y Com. y 46 de la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa 27.149, y art. 31, inc. e), Cód. Civ. y Com.

Tratándose de una exigencia legal, al momento de abrir a prueba el expediente de determinación de la capacidad jurídica, le competará al juez examinar de oficio si se encuentra configurado el presupuesto de designación del magistrado de la defensa pública para ejercer la defensa técnica. A tal efecto, puede ser necesario que requiera a quienes iniciaron el proceso una declaración jurada acerca del caudal económico involucrado. Esta ponderación no se encuentra sujeta a parámetros rígidos, sino que se aprecia con flexibilidad, analizando la situación patrimonial y contextual en su conjunto.

En esa dirección, cabe recordar el precedente "F. C. E. s/ determinación de la capacidad" (15), en que la CS resolvió la continuidad de la intervención de un defensor público curador en un caso en que el interesado era titular de más de un bien, mas se trataba de porciones

indivisas de inmuebles en condominio con su hermano y de escasas superficies, que se encontraban en muy mal estado, por lo que no podían generar rentas. Adicionalmente, no poseía beneficio ni ingreso alguno y carecía de obra social o medicina prepaga, encontrándose sin tratamiento a dicho momento. Es decir, en este caso, ser titular dominial no lo excluía de hallarse en una manifiesta situación de carencia de recursos económicos e imposibilidad de procurárselos, que comprometía seriamente su acceso a la justicia.

Ahora bien, si bien es cierto que el defensor público curador al momento de asumir la defensa técnica lo hace en pos de garantizar el derecho de defensa en juicio, no es menos cierto que lo que vehiculiza el respeto por las garantías del debido proceso es que la persona pueda contar con una defensa técnica adecuada. Según el caso, será ejercida por un abogado de su confianza elegido por ella misma, un abogado de la matrícula desinsaculado entre quienes se han anotado en los listados pertinentes, o la defensa pública, cuando se encuentren reunidos los recaudos legales de procedencia.

#### V.2. *¿Es posible y adecuada la codefensa?*

En el mismo acto de notificación de la apertura a prueba de las actuaciones sobre determinación de la capacidad jurídica, se le debe hacer saber a la persona que tiene derecho a designar a un abogado de su confianza, caso contrario será asistido por el defensor público curador que por turno corresponda, o por un abogado de la matrícula de aquellos inscriptos en los listados habilitados al efecto, según el caso.

Consecuentemente, puede darse la circunstancia de que —habiendo aceptado el cargo el defensor público curador—, con posterioridad la persona se presente con el patrocinio letrado de un abogado de su elección, sea por haber mediado alguna dilación en la notificación personal del auto de apertura a prueba (art. 626, Cód. Proc. Civ. y Com.), sea por una decisión sobreviniente del interesado.

Deviene imperioso preguntarse entonces si es posible —y adecuada—, la codefensa entre un abogado de la matrícula y un defensor público curador. Nos inclinamos por la negativa, tanto

(15) CS, "F. C.E. s/ determinación de la capacidad", 30/10/2018, disponible en <https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=748091&cache=1644635828253>



por razones legales, como por la índole de los derechos involucrados que podrían verse comprometidos.

El derecho de las personas a ser defendidas por el letrado de su elección y confianza surge de lo prescripto en el art. 8.2.d, Convención Americana de Derechos Humanos y del art. 14.3.d del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que gozan de jerarquía constitucional conforme art. 75, inc. 22, CN.

Por su parte, el art. 5° de la citada ley 27.149 preceptúa entre los principios que rigen la actuación de los integrantes del Ministerio Público de la Defensa, el de “Intervención Supletoria”: “c) Cesan su participación cuando la persona asistida ejercite su derecho a designar un abogado particular o asuma su propia defensa, en los casos y en la forma que las leyes autorizan...”

A su vez, los mencionados arts. 31 y 36 Cód. Civ. y Com. condicionan la actuación de una defensa o patrocinio designado por el juez, a que la persona no se presente con un letrado de su elección. Consecuentemente, el defensor público curador, por imperativo legal, solo podría actuar si la persona no hiciera uso de su derecho a nombrar un abogado, o en caso de haberse presentado con un patrocinio particular, el juez dispusiera su apartamiento por motivos fundados.

Por otro lado, más allá de no hallarse habilitado legalmente, la coexistencia de dos asistencias legales independientes atenta contra el adecuado ejercicio de la defensa en juicio, en tanto entraña el peligro de actuación procesal contradictoria por parte de ambos patrocinios de la misma persona. La inadecuada superposición de roles no hace otra cosa que colocar a la persona en estado de indefensión, que es lo que justamente se pretende evitar. El exceso de apoyo o de contralor, termina acarreado consecuencias perjudiciales para los intereses que se intentan salvaguardar.

En función de la presunción de capacidad, la solución del caso radicará en evaluar interdisciplinariamente si la elección del letrado que se presenta en el expediente se enmarca en la libre y consciente elección de la persona, tal como expusieramos precedentemente. De esta forma

se podrá hacer cesar uno u otro patrocinio o defensa, según la circunstancia.

En cuanto al ámbito temporal, es de señalar que la garantía de defensa en juicio y de acceso a la jurisdicción se actualiza a lo largo de los actos procesales —sobre todo en aquellos fundamentales como la audiencia para escuchar al involucrado prevista en los arts. 35 y 40, Cód. Civ. y Com., y la oportunidad de expedirse en defensa de su capacidad previo a la sentencia—, por lo que el conflicto señalado puede darse en cualquier momento procesal. Consecuentemente, resultará imperativo para el juez remediar la contingencia, en su función de director del proceso, independientemente del estado de las actuaciones.

## **VI. El patrocinio letrado o defensa técnica para el trámite de revisión de sentencia**

Con fundamento en el principio reconocido en la ley 26.657 Nacional de Salud Mental, por el cual el padecimiento mental de una persona no debe considerarse inmodificable, y en la concepción de que la discapacidad —producto de la interacción de la limitación o deficiencia con las barreras del entorno—, es un concepto dinámico que evoluciona, las sentencias de determinación que designan un sistema de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica y las de incapacitación (arts. 32, 37 y 38, Cód. Civ. y Com.), deben ser revisadas en un plazo no mayor a tres años, o en cualquier momento siempre que el interesado lo requiera.

Así lo establece el art. 40, Cód. Civ. y Com., que postula la intervención del Ministerio Público como fiscalizador del trámite y responsable de instar la revisión si el juez no lo hubiere efectuado cumplido el plazo legal. Entendemos que, entre los integrantes del Ministerio Público Nacional, son los defensores públicos de menores e incapaces a los que les compete esa función de contralor, a tenor de los deberes y atribuciones que la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa les atribuye (art. 43, ley 27.149).

También contempla que la decisión que se adopte deberá basarse en nuevos dictámenes interdisciplinarios, y que será necesaria la audiencia con el interesado.

Si bien el artículo en cuestión no es pródigo en mayores detalles del trámite, entendemos que por tratarse de una instancia más de un proceso que, por su naturaleza y particularidades, tiene una sentencia declarativa que debe ser revisada periódicamente, le son aplicables los demás principios y reglas generales contenidos en los arts. 31 y sstes., Cód. Civ. y Com., en particular la excepcionalidad de las restricciones, la necesidad de intermediación, el derecho del individuo a ser informado y —en lo que nos atañe—, a participar del proceso con patrocinio letrado.

Es que el derecho a la asistencia letrada reconocido en los art. 31, inc. e) y 36, Cód. Civ. y Com. no pareciera reconocer limitación alguna: “Va de suyo que la revisión es un acto jurisdiccional, lo que supondría mantener la vigencia de todas las garantías necesarias, en tanto ‘el acceso a la justicia no se agota con el ingreso de las personas a la instancia judicial, sino que se extiende a lo largo de todas las etapas del proceso’ (AIDEF, Principios y directrices sobre la Defensa Pública en las Américas, Principio 2)” (16).

La propia lógica del trámite así lo impone, en tanto “deja abierta la posibilidad a un escenario de contradicción e intermediación, a partir del cual, por ejemplo, puede resolverse la apertura de un proceso de restitución de la plena capacidad o la disponibilidad de algunas de las restricciones impuestas” (17).

Así lo entendió la máxima autoridad del Ministerio Público de la Defensa, en que en función de la independencia y autonomía del Ministerio Público, de raigambre constitucional (art. 120, CN) y en uso de los deberes y atribuciones encaminados al diseño y ejecución de políticas sobre defensa pública a los fines de fortalecer la prestación del servicio, en miras a asegurar al efectiva protección de los derechos de los asistidos, y teniendo en consideración las propias necesidades funcionales de la institución, dictó la res. DGN 1846/16 que habilitó la intervención de los defensores públicos curadores para la defensa técnica en las revisiones de sentencia, cuando se encuentren verificados los

estándares generales de actuación (v.gr. insuficiencia de recursos económicos).

En consonancia con lo expuesto, resulta razonable que, junto a la apertura del trámite de revisión, se notifique a la persona su derecho a presentarse con un letrado de su confianza, y que, si así no lo hiciere, se le nombrará un abogado de la matrícula o se designará al defensor público curador, según se hayan comprobado los recaudos legales de intervención. Uno u otro, llevarán adelante su función de acuerdo con las diversas incidencias procesales, que —como se describirán a continuación—, pueden incluir el ofrecimiento, producción y controlador de la prueba, la asistencia en audiencia, la propuesta de ajustes de procedimiento, el ámbito recursivo, por citar los más habituales.

#### **VII. El trámite para el cese de las restricciones o de la declaración de incapacidad**

El ordenamiento vigente prevé la posibilidad de que el mismo juez que restringió la capacidad jurídica de la persona, o declaró su incapacidad, morigere los efectos de esa sentencia en pos de la autonomía de la persona, e incluso disponga el cese de las restricciones o de la declaración de incapacidad.

Coherentemente con el resto de las disposiciones, el art. 47, Cód. Civ. y Com. exige el examen y dictamen de un equipo interdisciplinario.

Si bien tampoco hace mención alguna a la intervención del involucrado y a la participación con patrocinio letrado, por idénticos fundamentos a los expuestos a la hora de analizar la revisión de sentencia, creemos aplicables al presente trámite dichas garantías, máxime por la analogía que puede apreciarse entre ambas figuras.

#### **VIII. Algunas definiciones: los ajustes de procedimiento**

Como señalamos anteriormente, entre los estándares de actuación que la ley dispone para los defensores públicos curadores, se encuentra propiciar la participación activa de su asistido en el proceso, incluso mediante ajustes de procedimiento.

(16) Res. DGN 1846/16.

(17) Res. DGN 1846/16.

Para hablar de ajustes, primero tenemos que referirnos a la accesibilidad. La accesibilidad puede definirse como la obligación de garantizar el acceso a los objetos, infraestructuras, bienes, productos y servicios que se diseñen, construyan o produzcan, y la obligación de eliminar las barreras y asegurar el acceso al entorno físico y el transporte, la información y la comunicación, y los servicios abiertos al público que ya existan. Incluyendo, claro está, el acceso a los tribunales y al servicio de justicia.

Los ajustes razonables pueden utilizarse como medio para garantizar la accesibilidad a una persona con una discapacidad en una situación particular. Con la introducción de ajustes razonables se pretende hacer justicia individual en el sentido de garantizar la no discriminación o la igualdad, teniendo en cuenta la dignidad, la autonomía y las elecciones de la persona **(18)**.

Por “ajustes razonables” se entienden “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2°, CDPD). Su interrelación con los principios de igualdad y no discriminación aparece ostensible, y se alza como presupuesto para acceder a otros derechos, como el acceso a la justicia (art. 13, CDPD).

Estos ajustes pueden consistir en ajustes de procedimiento, que deberán instarse, preverse y efectivizarse en todos los trámites de organismos públicos y privados de acceso público. Naturalmente incluye el servicio de justicia, en todos los fueros y jurisdicciones.

“Es función del juez del proceso diseñar aquellos ajustes de procedimiento de un modo permeable y amoldable a la práctica y, en cada caso concreto, de un modo apropiado y artesanal. Así, mecanismos rituales clásicos, tales como la notificación de las resoluciones —por ejem-

plo, del auto de apertura del proceso— deberían verse adaptados a la necesidad de que la persona con discapacidad comprenda la información recibida y así pueda asegurarse la eficacia del acto procesal y la debida tutela del derecho de defensa y participación procesal ‘en igualdad de condiciones que las demás personas.’ Así lo establece el art. 31, inc. c Cód. Civ. y Com., al establecer el derecho de la persona a recibir información a través de medios y tecnologías adecuadas para su comprensión, especificando condiciones en el ámbito de la accesibilidad comunicacional...” **(19)**.

Coincidimos en jerarquizar el rol activo y oficioso del juez en lo que atañe a los ajustes de procedimiento en los procesos que involucran a personas con discapacidad, más conviene recordar que a los defensores públicos les alcanza similar compromiso (arts. 43 y 46, ley 27.149). Y nos aventuramos a extenderlo al letrado patrocinante, desde que una de las funciones del abogado de la persona con discapacidad, será requerir los ajustes de procedimiento que su cliente o asistido necesite o le requiera.

Otros ejemplos de ajustes de procedimiento pueden consistir en permitir ingresar a un referente afectivo o acompañante terapéutico a una audiencia, si la persona así lo requiere para brindarle seguridad y contención; consensuar horarios adecuados para las entrevistas personales teniendo en cuenta que algunos medicamentos que se prescriben para afecciones de salud mental suelen provocar somnolencia; celebrar la entrevista personal con el juez y los restantes operadores de la justicia (arts. 35 y 40, Cód. Civ. y Com.) en la residencia o domicilio del involucrado cuando se adviertan dificultades para el desplazamiento hacia la sede del Juzgado; entre otras.

Finalmente, no está de más recordar que generalmente es la propia persona con discapacidad la que mejor conoce sus necesidades, e incluso los ajustes que requiere para su participación, por lo que un buen punto de partida será preguntar al interesado.

(18) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n° 2 (2014). Artículo 9: Accesibilidad, CRPD/C/GC/2, núm. 25.

(19) FERNANDEZ, S.E., “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, ob. cit., p. 91.

## IX. Buenas prácticas y cuestiones procedimentales de la actuación de la defensa técnica

Si bien en este apartado nos referiremos a cuestiones procedimentales y buenas prácticas que atañen a la defensa técnica, también podrán ser de interés para los abogados de la matrícula que asuman la función de letrados, en un expediente de determinación de la capacidad jurídica.

### IX.1. Comunicación y lenguaje sencillo

Pese a que muchos tribunales ya han flexibilizado prácticas con el objeto de hacer más accesible la interacción con la justicia, los términos jurisdiccionales siguen siendo predominantemente formales y crípticos. Es cierto que no resulta fácil simplificar el lenguaje sin perder rigor jurídico, pero es un desafío que vale la pena intentar si queremos comprometernos en lograr una justicia más inclusiva.

Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad recogen recomendaciones relevantes en relación con la información y comprensión de las actuaciones judiciales.

Entre ellas, prevén que se promuevan las condiciones destinadas a garantizar que la persona en condición de vulnerabilidad sea debidamente informada sobre los aspectos relevantes de su intervención en el proceso judicial, en forma adaptada a las circunstancias determinantes de su vulnerabilidad (20); dejando abierta la posibilidad a aquellos ajustes específicos que requieran las personas con discapacidad, y dentro de este colectivo, cada una en particular.

Asimismo, contemplan que cuando la persona sea parte en el proceso, o pueda llegar a serlo, tendrá derecho a recibir aquella información que resulte pertinente para la protección de sus intereses. Dicha información deberá incluir al menos: el tipo de apoyo o asistencia que puede recibir en el marco de las actuaciones judiciales; los derechos que puede ejercitar en el seno del proceso; la forma y condiciones en las que puede acceder a asesoramiento jurídico o a la asistencia técnico-jurídica gratuita en los casos en

(20) Reglas de Brasilia, ob. cit., Regla 51.

los que esta posibilidad sea contemplada por el ordenamiento existente; el tipo de servicios u organizaciones a las que puede dirigirse para recibir apoyo (21).

En lo que concierne específicamente a notificaciones y requerimientos, proponen el uso de términos y estructuras gramaticales simples y comprensibles, que respondan a las necesidades particulares de las personas en condición de vulnerabilidad incluidas en las Reglas; a la par que se eviten expresiones o elementos intimidatorios, sin perjuicio de las ocasiones en que resulte necesario el uso de expresiones conminatorias (22). Y en lo que atañe a las resoluciones judiciales, sugieren la elección de términos y construcciones sintácticas sencillas, pero con rigor técnico (23).

Paralelamente, en lo que se refiere a la comunicación dirigida a personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial, resulta necesario extremar los recaudos para que el lenguaje que se use sea simple y comprensible, mas no infantilizador. En el Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad — Propuestas para un trato adecuado, se ha advertido que “...en ocasiones, al momento de dirigirse a una persona con discapacidad, se los trata como a un niño/a, ya sea utilizando por ejemplo palabras en diminutivo, o mediante el tono de voz de la expresión. En todos los casos y, particularmente, respecto de las personas con discapacidad intelectual o psicosocial, personas sordas e hipoacúsicas, se recomienda manejarse con naturalidad, evitando sobreactuaciones y utilizar un lenguaje sencillo, sin incurrir en infantilismos...” (24).

(21) Ibidem, Regla 53.

(22) Ibidem, Regla 59.

(23) Ibidem, Regla 60.

(24) Protocolo para el Acceso a la Justicia de las Personas con Discapacidad. Propuestas para un trato adecuado. Colección Documentos de Política n° 2. Área Justicia. Editado y publicado por EUROSociAL —Programa para la cohesión social en América Latina—, Buenos Aires, octubre de 2013. El Protocolo fue elaborado con la participación del Ministerio Público de la Defensa de la Nación, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración

Concretamente, en lo que concierne a las actuaciones sobre determinación de la capacidad jurídica, cabe destacar que la notificación del auto de apertura a prueba es el primer contacto formal que tiene la persona con discapacidad con el expediente que la involucra. Muchas veces, incluso, puede ser la primera noticia que recibe de que ese expediente existe.

En dicha providencia, como su nombre lo indica, se abre la causa a prueba por un plazo determinado: si se dan los recaudos de insuficiencia de recursos económicos se confiere intervención al Cuerpo Médico Forense (25) para realizar una pericia interdisciplinaria, se detallan los puntos que deben ser evacuados, se suele ordenar también la realización de un informe social, se decreta la inhibición general de bienes en relación al involucrado, y se designa al defensor público curador como su defensa técnica, a la par que se le hace saber que tiene derecho a nombrar un abogado de su confianza. La notificación se realiza por cédula con carácter personal, es decir, el oficial notificador debe entregarla en formato papel a su destinatario, individualizándolo y solicitándole que firme el duplicado.

Para cualquier persona que no está familiarizada con el ámbito jurisdiccional, recibir una cédula sorpresivamente y encontrar que su nombre está plasmado en la carátula de las actuaciones, puede resultar inquietante, y hasta perturbador. Esto puede verse potenciado cuando se trata de personas con problemáticas de salud mental.

Una buena práctica encaminada a acercar información sobre el trámite que se avecina es la de dirigir a la persona una carta firmada por el defensor, en donde se presenta, se le explican sintéticamente los próximos pasos procesales,

de Justicia —ADAJUS—, y el Ministerio Público Fiscal de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

(25) La intervención del Cuerpo Médico Forense está prevista en el art. 628, Cód. Proc. Civ. y Com. Se estima que —una vez que sea puesto en funcionamiento—, las pericias interdisciplinarias requeridas por los Juzgados Nacionales en lo Civil con competencia en asuntos de familia serán asumidas por el Cuerpo Interdisciplinario Forense recientemente creado por Resolución 3224/2021 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

y se le brindan los datos de contacto de la defensoría para facilitar la comunicación. Como generalmente no se cuenta con más datos que el domicilio, y se ignora si la persona puede acceder a una computadora y a un correo electrónico, se envía por correo postal. Recibirla en formato papel facilita también que el involucrado pueda buscar el apoyo de un referente para que lo asista en la lectura y comprensión.

En aquellos supuestos en que la condición de la persona le permite apenas interactuar con el entorno, o no sabe leer y escasamente entiende lo que contiene la nota, esta igualmente deviene la expresión de que —más allá de cualquier limitación—, su defensa lo reconoce como sujeto procesal en igualdad de condiciones que otro litigante, a la par que resulta útil para que los familiares convivientes o el equipo de la residencia en donde vive, cuenten con información y sepan que pueden contactarse con la defensoría.

A continuación, se transcribe un modelo que utilizamos habitualmente (26). Para este trabajo, se reemplazaron los datos por nombres de fantasía.

*Buenos Aires, 02 de agosto de 2022*

*Estimada Sra. Linda Carter:*

*Mi nombre es María Inés Italiani, soy Defensora Pública Curadora, titular de la Defensoría Pública Curaduría N° 3, que queda en la calle Montevideo ... de la Ciudad de Buenos Aires.*

*Le escribo porque se inició un expediente que en la carátula dice "Carter, Linda s/ determinación de la capacidad" y lleva el número 0000/2022 del Juzgado Nacional en lo Civil N° 123, que está a cargo de una jueza llamada Blanca Luna. Ese Juzgado queda en la calle Lavalle ... de esta Ciudad y si quiere comunicarse, el teléfono es ..., y el correo electrónico: ...*

*Ese expediente o carpeta sirve para saber si necesita apoyos para tomar decisiones sobre temas patrimoniales (que tengan que ver con su dinero*

(26) Agradecemos a la Dra. Xenia Baluk, titular de la Defensoría Pública Curaduría n° 15, quien nos ha transmitido esta buena práctica y ha posibilitado que la replicáramos en la Defensoría a nuestro cargo.

*o bienes) o personales (que tengan que ver con su salud o tratamientos, por ejemplo). El apoyo está para a ayudar a que pueda tomar las decisiones por sí misma, al igual que todas las personas.*

*En algún momento le van a comunicar que un grupo de médicos, psicólogos y otros profesionales la van a entrevistar para conocerla y hacer un informe sobre su situación. Posiblemente también reciba una visita de una trabajadora social en el lugar en donde usted vive.*

*Para cuidarnos de contagios del coronavirus, puede ser que esas entrevistas se realicen por videollamada, a través de una computadora o teléfono celular. En ese caso, le van a avisar antes para que pueda prepararse.*

*Algo muy importante es conocer su opinión, sus deseos y necesidades. A fin de que pueda participar, tiene derecho a tener un abogado que conozca y sea de su confianza. Pero si no desea contratar un abogado, o hasta tanto lo haga, la jueza me designó para que la asista en este expediente como su defensora. Mi actuación es gratuita, no tiene ningún costo para usted.*

*Por lo tanto, si quiere darme su opinión sobre este trámite y/o tiene preguntas o dudas, por favor llame para coordinar una entrevista al teléfono ..., de lunes a viernes de .... a .... hs. También puede enviarme un correo electrónico a ...*

*Saludos cordiales*

*María Inés Italiani*

Por su parte, una carta en similares términos, adaptada al trámite previsto en el art. 40, Cód. Civ. y Com., se envía al aceptar el cargo de defensa técnica para las revisiones de sentencia.

### *IX.2. Las entrevistas con la persona asistida*

Para poder conocer y escuchar en forma directa lo que la persona tiene para decir en relación con los hechos y pretensiones plasmados en el escrito de inicio y el devenir de las actuaciones, la entrevista y contacto personal con el asistido resulta fundamental. Esto posibilitará delinear una estrategia de defensa que refleje su voluntad y preferencias.

De allí, tal como se expusiera precedentemente, que entre los estándares para su actuación como defensa técnica, la Ley Orgánica del Ministerio Público de la Defensa prevea que la intervención del defensor se encamine a garantizar el derecho del asistido a ser oído y debidamente informado, a participar del proceso, incluso mediante los ajustes de procedimiento que puedan requerirse, y al respeto de su voluntad y preferencias (27).

Tuvimos oportunidad de señalar también la relevancia de la interdisciplina y el reconocimiento legal que ha tenido debido a su aporte para entender la discapacidad desde una concepción compatible con el modelo social. Es por eso por lo que cada Defensoría Pública Curaduría cuenta con un equipo técnico integrado por las disciplinas del trabajo social, psicología y psiquiatría, que coadyuvan diariamente con la labor y toman contacto con el asistido desde el inicio de la intervención.

La modalidad de abordaje de las entrevistas varía según el contexto, particularidades del caso y perfil de la persona, pero hay ciertas reglas o recomendaciones para tener en cuenta como presupuestos básicos de trato adecuado. Entre las orientaciones incorporadas al Protocolo de Acceso a la Justicia mencionado supra, podemos destacar: utilizar lenguaje sencillo —al que ya nos referimos—, ser conscientes de que las personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial pueden requerir mayor tiempo y disponibilidad personal para comunicarse, evitar utilizar palabras o frases estigmatizantes basadas en estereotipos negativos en relación con la discapacidad —para lo que se debería tener especialmente en cuenta la percepción de quien la oye y no de quien la dice—, a la par que mantener una actitud de escucha activa.

“Es este sentido es recomendable que las personas que operan en el sistema de justicia estén atentas y actúen en consecuencia a las expresiones de voluntad y deseos de las personas con discapacidad, en los modos de comunicación específicos de ellas, aun cuando aquella no

(27) Art. 46 inc. a y f, ley 27.149.

coincida con los deseos de familiares ni de los profesionales intervinientes” (28).

Es frecuente observar que cuando la persona con discapacidad se presenta acompañada, el operador tercerice la comunicación con el acompañante, otorgando mayor credibilidad a la palabra de este que a la del entrevistado (29). Ello fácilmente puede evitarse procurando dirigirse en forma directa a la persona con discapacidad y neutralizando interrupciones innecesarias por parte del acompañante —por ejemplo, familiares que contestan en lugar de la persona—. Por otro lado, también resulta conveniente propiciar un tiempo de entrevista individual, a menos que la persona se niegue a permanecer sin la compañía de quien se presentó con ella. Esto servirá para conversar acerca de cuestiones sensibles o para despejar dudas relativas a un posible conflicto de intereses con el acompañante, o incluso a influencia indebida.

La consulta al asistido también resulta determinante para conocer su opinión y requerimientos en lo que respecta a la necesidad de efectuar y requerir ajustes o apoyos.

“Como primera intervención, y en caso de que el operador no conozca o tenga dudas respecto del modo de interactuar con una persona con discapacidad, se recomienda consultar sobre la necesidad de contar con algún tipo de apoyo. En tal supuesto la definición del apoyo estará dada por la misma persona con discapacidad. En consecuencia, debería recabarse los elementos necesarios para diseñar una estrategia de intervención adecuada para esa persona en concreto y efectuar y/o solicitar los apoyos necesarios para que la persona se puede desempeñar en igualdad de condiciones que las demás. En algunas oportunidades, se advierte que se trata a las personas con discapacidad como ‘objetos’ de cuidado y protección, sin voz ni opinión propio y/o con limitaciones para expresar sus preferencias, dejándose de lado que son sujetos de derechos y, como tales, tienen facultad para exigir que estos sean garantizados. Esto suele generar la presunción por parte de las personas que

operan en el sistema de justicia de la necesidad de actuar, en forma sobreprotectora (insistiendo en prestar un apoyo más intenso al requerido por la persona con discapacidad), como ‘buen padre de familia’, con la consecuente sustitución de voluntad de la persona en la toma de decisiones e invadiendo la autonomía individual, lo que genera situaciones de incomodidad” (30).

Dichos ajustes también pueden consistir en diferencias acerca del modo o medio en que cada persona requiere o prefiere recibir la información, no dando por supuesto preferencias o modalidad. “Existe una creencia acerca del uso de determinadas formas de comunicación por parte de ciertos grupos de personas con discapacidad (uso del Braille por parte de las personas ciegas, o la lengua de señas por las personas sordas)... A modo ejemplificativo, solamente entre un 10 y un 15 % de personas ciegas leen Braille, y como dato ilustrativo el 93 % de quienes tienen discapacidad visual tienen un remanente o algún grado de visión que puede ser distinto funcionalmente para cada sujeto. En igual sentido, las modalidades que cada persona sorda tiene en el uso de la lengua de señas pueden ser diferentes” (31).

Estas recomendaciones, que implican la internalización de pautas de remoción de barreras de acceso a la justicia en el trato con la persona con discapacidad, también son aplicables y exigibles en las audiencias previstas en los arts. 35 y 40, Cód. Civ. y Com. Más allá de que el juez puede implementarlos de oficio, el letrado o defensor técnico y el defensor público de menores e incapaces, podrán solicitar y requerir los ajustes de procedimiento y apoyos necesarios para garantizar la participación activa y acceso a la comunicación efectiva de su asistido.

*IX.3. Ajustes según el contexto: las medidas de aislamiento, distanciamiento y la irrupción de los medios telemáticos*

La pandemia mundial suscitada por el COVID-19 y las medidas sociosanitarias decretadas por el Gobierno Nacional a fin de evitar su propagación, consistentes en un primer mo-

(28) Protocolo ob. cit., ps. 33-35.

(29) Ibidem, p. 37.

(30) Ibidem, p. 35.

(31) Ibidem, p. 34.

mento en aislamiento y posteriormente en distanciamiento social, preventivo y obligatorio (ASPO y DISPO), importaron mayores desafíos para todas las instituciones. Paralelamente, impusieron a los organismos la necesidad de realizar singulares esfuerzos para atender cuestiones impostergables, máxime teniendo en cuenta que las personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial sin recursos económicos ni redes familiares, han sido de los grupos más castigados por la pandemia.

La situación excepcional que se atravesó como consecuencia del ASPO, obligó a repensar prácticas y procedimientos de la administración de justicia que redundó en su modernización, con la irrupción del expediente digital y los medios telemáticos para celebrar audiencias, evaluaciones y entrevistas.

No obstante, también impuso la necesidad de plantear alternativas y apelar a la creatividad, en tanto suponer que todas las personas tienen acceso a la tecnología implica la negación de una realidad, que se hace más patente entre los colectivos más perjudicados.

Es que, además, la pandemia impactó de manera desproporcionada en los grupos en situación de vulnerabilidad como es el de las personas con discapacidad y usuarias de servicios de salud mental, por lo que necesariamente deben contemplarse medidas de acción positiva para paliar esas desventajas.

Al respecto, cabe recordar que la Corte Interamericana reiteró que “...toda persona que se encuentre en una situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, en razón de los deberes especiales cuyo cumplimiento por parte del Estado es necesario para satisfacer las obligaciones generales de respeto y garantía de los derechos humanos. El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación espe-

cífica en que se encuentre, como la discapacidad” (32).

En igual sentido, el mismo Tribunal internacional, en la Resolución nro. 1/2020 sobre “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, adoptada el 10 de abril del 2020, sostuvo “[...] que al momento de emitir medidas de emergencia y contención frente a la pandemia del COVID-19, los Estados de la región deben brindar y aplicar perspectivas interseccionales y prestar especial atención a las necesidades y al impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos históricamente excluidos o en especial riesgo, tales como: personas mayores y personas de cualquier edad que tienen afecciones médicas preexistentes, personas privadas de libertad, mujeres, pueblos indígenas, personas en situación de movilidad humana, niñas, niños y adolescentes, personas LGBTI, personas afrodescendientes, personas con discapacidad” (33).

Es por ello por lo que, conscientes que muchos de los asistidos de las Defensorías Públicas Curadurías no utilizan medios electrónicos, y algunos incluso tampoco tienen telefonía fija ni celular, los defensores acudieron personalmente en forma diaria, en turnos autogestivos, a la sede del edificio que alberga a las defensorías, a fin de atender a aquellos que se presentaron espontáneamente en demanda de asistencia u orientación.

En lo que atañe a las actuaciones, el Cuerpo Médico Forense adoptó la modalidad de evaluación interdisciplinaria a través de videollamada. Consecuentemente, en carácter de defensa técnica, como ajuste de procedimiento, se propone indagar en forma previa acerca de la conveniencia de efectuar la pericia en forma remota. Ello, toda vez que existe la posibilidad de que a través de dicho medio electrónico los profesionales actuantes se vean imposibilitados, por ejemplo, de evaluar la situación del defendido a través de su lenguaje corporal —gestos, posturas—, lo que también constituye comunicación —alternati-

---

(32) Corte IDH, “Furlan y familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas”, 31/08/2012. Serie C No. 246, núm. 134.

(33) Corte IDH, Resolución n° 01/2020 “Pandemia y Derechos Humanos en las Américas”, 10/04/2020.



va a la verbal—. Asimismo, debido a su condición, no puede descartarse que pudiera sentirse incómodo, invadido, pueda no encontrarse conectado con el medio que se le propicia y carente de la contención que solo puede brindar un espacio presencial, circunstancias que podrían poner en crisis el grado de convicción de las conclusiones a las que se arriba.

A tal fin resulta de utilidad requerir que se expida el equipo tratante, familiares, acompañantes terapéuticos, según corresponda, como asimismo contar con la opinión del equipo técnico de la defensoría que lo haya entrevistado y analizado el caso en su integralidad.

El equipo interdisciplinario de la defensoría también se expide acerca de la posibilidad de que la persona participe en las audiencias previstas en los arts. 35 y 40, Cód. Civ. y Com. en forma remota, e indaga la posibilidad de acceso a la tecnología, y si a tal efecto debe contar con apoyos —asistencia de un referente, por ejemplo—, o ajustes de procedimiento —celebración en un determinado día de la semana, en que un familiar puede estar presente para poner a disposición su teléfono celular para la videollamada, por ejemplo—.

#### *IX.4. Ofrecimiento y contralor de la prueba. Dictamen interdisciplinario de parte. Ámbito recursivo*

Ciertamente, entre las funciones de la defensa técnica desde el inicio de intervención o del trámite de revisión, hasta el momento de la sentencia, se encuentra posibilitar el ofrecimiento, producción y control la prueba que se arrime a las actuaciones; como asimismo articular las vías recursivas en caso de ser pertinente.

Como señalamos, el art. 36, Cód. Proc. Civ. y Com. reconoce expresamente la calidad de parte procesal del involucrado y, consecuentemente, la posibilidad de aportar todas las pruebas que hacen a su defensa. No limita los medios posibles, sino que se inclina por el principio de amplitud probatoria, en vistas a la índole de los intereses que están en juego en el expediente: nada más y nada menos que la posibilidad de ejercitar en forma autónoma la capacidad jurídica, y en su caso acceder a los apoyos que

precise para poder ejercerla en igualdad de condiciones que los demás.

La irradiación del modelo social de la discapacidad y las disposiciones expresas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad no admitían otra posibilidad. “Desde el momento en que esta Convención entiende a la discriminación a cualquier persona por razón de su discapacidad como una vulneración de la dignidad y valor inherentes del ser humano, afirmar la exclusión de una persona de las garantías centrales al debido proceso —como las de ser parte, ofrecer prueba y efectuar defensa—, importa clara discriminación. Recordamos que a partir de la CDPD los Estados firmantes se han comprometido a ‘Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad’ (art. 4, inc. b), CDPD). Es así como la persona cuya capacidad está siendo juzgada —quien resulta, indudablemente, la protagonista del proceso— debe gozar del derecho a ejercer en él las garantías propias del debido proceso legal: comparecer, acceder a la justicia, proponer defensas y pruebas, participar en verdadero carácter de parte” (34).

Como se expuso anteriormente, la prueba exigida por el Código Procesal es el dictamen interdisciplinario que el juez encomienda al Cuerpo Médico Forense —y excepcionalmente, a otro equipo de institución pública—, encaminado a determinar si la persona requiere o no apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica, tipo, extensión y alcance. Un informe socio ambiental también arrimará valiosa información en relación con los recursos personales, familiares y sociales existentes, a la par que podrá ilustrar acerca de qué medidas podrían implementarse para favorecer la autonomía del individuo.

La incorporación de la perspectiva del modelo social tornó necesario que cada sentencia sea un verdadero “traje a medida”, de allí que los elementos probatorios que se arrimen deberán detenerse en la situación particular, contexto, necesidades y desafíos de cada persona.

(34) FERNANDEZ, S.E., “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado”, ob. cit., ps. 94 -95.

En caso de determinarse la necesidad de apoyos, también deberán establecerse salvaguardias. Estas deben ser adecuadas al sistema de apoyos establecido, y proporcionales al grado de afectación de la autonomía de la persona. Justamente, ha de repararse en que la Convención establece las características de las salvaguardias y sus objetivos, pero no estipula en qué van a consistir en cada caso.

En esa dirección, ha de señalarse que pueden ser de muy variada índole, siempre que se ordenen en el cumplimiento de la finalidad para la que deben establecerse: el control de los apoyos a fin de que se ajusten a los términos convencionales.

Consecuentemente, no hay obstáculo alguno a que, entre las salvaguardias, reaseguros o recaudos, se incluyan mecanismos orientados al control que el propio Estado haya establecido por ley: la actividad de contralor que el defensor público de menores e incapaces despliega conforme art. 103 y cctes., Cód. Civ. y Com. y la ley 27.149; la que efectúa el Juzgado en los términos sus deberes y facultades legales y reglamentarias; a la par de otras que —a criterio del juez—, puedan resultar útiles a fin de instrumentar dichas previsiones (v.gr. la realización de informes socioambientales, el requerimiento que se pueda efectuar a organismos públicos o privados, etc.).

Lógicamente, el involucrado con su asistencia letrada, podrán proponer puntos de pericia adicionales a los requeridos por los pretenses y por el Juzgado, solicitar explicaciones a los peritos e impugnar el informe en los términos del art. 473, 3er párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com. Paralelamente, los defensores suelen encomendar al equipo técnico de la defensoría un amplio informe interdisciplinario de parte, teniendo a fundamentar la estrategia procesal asumida en las actuaciones, y efectuar las propuestas que mejor compatibilicen con los derechos reconocidos en la Convención, teniendo como norte la voluntad y preferencias del defendido.

Asimismo, la actividad recursiva posibilitará concretar la garantía de debido proceso y doble instancia, y velar porque las providencias y resoluciones judiciales reflejen los estándares de de-

rechos humanos contenidos en la Convención y en el Código Civil y Comercial de la Nación.

#### **X. Una respuesta ante situaciones de extrema vulnerabilidad: las medidas del art. 34, Cód. Civ. y Com.**

Todo el proceso de determinación de la capacidad está destinado a verificar si la persona precisa o no apoyos para ejercer su capacidad jurídica, y en caso afirmativo, para qué actos los necesita, bajo qué modalidad y con qué alcance.

A lo largo del presente enfatizamos en el derecho de la persona con discapacidad a participar con asistencia letrada y a que sean sus instrucciones las que sustenten las presentaciones de su abogado o defensor; a la par que expusimos que todo ello se engarza en la presunción de capacidad y concreta el derecho de defensa y debido proceso.

Sin embargo, no puede desconocerse que existen circunstancias excepcionales, en donde de las constancias expuestas en el expediente se advierte una o más situaciones puntuales de vulnerabilidad, que se traducen en un no-acceso a derechos. Estas pueden consistir en la falta de acceso a una pensión sumado a una situación económica apremiante, en la ausencia de cobertura y tratamientos de salud, en la necesidad de ser representado en un proceso conexo con plazos perentorios, en la inminencia de caducidad de un contrato de locación, por citar algunos ejemplos.

Cuando se vislumbra dicha situación puntal y concreta de vulnerabilidad y un riesgo cierto y actual, el juez debe adoptar medidas de diverso tipo y magnitud.

Consecuentemente, el legislador previó las medidas cautelares contenidas en el art. 34, Cód. Civ. y Com., que reza: "...Durante el proceso, el juez debe ordenar las medidas necesarias para garantizar los derechos personales y patrimoniales de la persona. En tal caso, la decisión debe determinar qué actos requieren la asistencia de uno o varios apoyos, y cuáles la representación de un curador..."

De la correcta inteligencia y ponderación armónica con las reglas contenidas en el art. 31,

Cód. Civ. y Com., y con las directrices de los tratados de derechos humanos (arts. 1° y 2°, Cód. Civ. y Com.), debe verificarse: 1) una situación concreta de amenaza o riesgo a los derechos personales y/o patrimoniales de la persona para que el juez deba ordenar las medidas para garantizarlos; 2) una resolución judicial que determine y detalle qué actos en particular requieren la asistencia de un apoyo o la representación de un curador, con la especificación de la duración temporal de la medida.

Como se podrá ver, dicho artículo brinda la posibilidad de atender situaciones específicas que ameritan —de alguna forma—, adelantar precautoriamente algunos de los efectos de una sentencia de determinación, en tanto imponen a la persona un sistema de apoyos o un curador, sin que tenga su capacidad jurídica restringida.

Por ello, en función de la presunción de capacidad, que se traduce en el respeto por la autonomía de ejercicio de los derechos de la persona hasta tanto no obre una sentencia que lo restrinja, los extremos que ameritan el dictado de las medidas del 34 Cód. Civ. y Com. deben ser prudentemente evaluados, y su dictado debe hallarse fundamentado. Siendo insuficiente a tal fin, la mera enunciación del marco normativo y la invocación genérica de la vulnerabilidad, debiendo analizarse y expresarse aquellos hechos del caso en examen que el juez pondera para arribar a la adopción de una medida cautelar. Es que aquí vuelven a entrar en juego el vínculo y las tensiones entre la protección estatal y la autonomía de la persona.

Como en todos aquellos supuestos en que se restringen derechos —en este caso el ejercicio autónomo, nada más ni nada menos, que de la capacidad jurídica—, la interpretación debe ser restrictiva, y evaluarse bajo el prisma de la razonabilidad y no discriminación. La restricción de la capacidad debe ser excepcional y establecida solo en beneficio de la persona (arts. 23 y 31, inc. a y b del Cód. Civ. y Com.).

Más aún, teniendo en consideración que si en la sentencia, cuando se ha producido la prueba pertinente, se exige que el juez determine en relación con qué actos se restringe el ejercicio autónomo y se designa apoyo a tal efecto, esto debe ser observado con mayor rigor, pues con

anterioridad rige la mencionada presunción de capacidad contenida en el art. 31, Cód. Civ. y Com.

Los apoyos cautelares a los que aquí nos referimos, gozan de las mismas características que los apoyos designados en la sentencia, con la salvedad que su duración debe ser necesariamente limitada al tiempo estrictamente necesario para superar la situación de crisis que provocó su dictado.

El Código Civil y Comercial tiene una norma específica en que describe a los apoyos, como “...cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona, administrar sus bienes y celebrar actos jurídicos en general. Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos...” (art. 43, Cód. Civ. y Com.).

Su fuente directa se encuentra en el art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, analizado en profundidad en la mencionada Observación General N.º 1, dedicada a este artículo. Allí el Comité recalca las obligaciones de los Estados sobre el particular, a la par que formula una aproximación acerca de qué son y cómo pueden ser llevada adelante la función de apoyo.

“En el artículo 12, párrafo 3, se reconoce que los Estados partes tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica. Los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos” (35).

“El apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica debe respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad y nunca debe consistir en decidir por ellas. En el artículo 12, párrafo 3, no se especifica cómo debe ser el apoyo. ‘Apoyo’ es un término amplio que engloba arreglos oficiales y oficiosos, de dis-

(35) Observación General n° 1 citada, núm. 16.

tintos tipos e intensidades. Por ejemplo, las personas con discapacidad pueden escoger a una o más personas de apoyo en las que confíen para que les ayuden a ejercer su capacidad jurídica respecto de determinados tipos de decisiones, o pueden recurrir a otras formas de apoyo, como el apoyo entre pares, la defensa de sus intereses (incluido el apoyo para la defensa de los intereses propios) o la asistencia para comunicarse. El apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica puede incluir medidas relacionadas con el diseño universal y la accesibilidad —por ejemplo, la exigencia de que las entidades privadas y públicas, como los bancos y las instituciones financieras, proporcionen información en un formato que sea comprensible u ofrezcan interpretación profesional en la lengua de señas—, a fin de que las personas con discapacidad puedan realizar los actos jurídicos necesarios para abrir una cuenta bancaria, celebrar contratos o llevar a cabo otras transacciones sociales. El apoyo también puede consistir en la elaboración y el reconocimiento de métodos de comunicación distintos y no convencionales, especialmente para quienes utilizan formas de comunicación no verbales para expresar su voluntad y sus preferencias. Para muchas personas con discapacidad, la posibilidad de planificar anticipadamente es una forma importante de apoyo por la que pueden expresar su voluntad y sus preferencias, que deben respetarse si llegan a encontrarse en la imposibilidad de comunicar sus deseos a los demás” (36).

“El tipo y la intensidad del apoyo que se ha de prestar variará notablemente de una persona a otra debido a la diversidad de las personas con discapacidad. Esto es acorde con lo dispuesto en el artículo 3 d), en el que se mencionan, entre los principios generales de la Convención, ‘el respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas’. En todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones” (37).

(36) Observación General nº 1 citada, núm. 17.

(37) Observación General nº 1 citada, núm. 18.

## XI. La defensa técnica con mirada de género

Si las personas con discapacidad integran un colectivo históricamente desaventajado, dentro de este grupo, las mujeres con discapacidad deben enfrentar mayores barreras para el reconocimiento de sus derechos. De allí que la Convención reconoce expresamente esta circunstancia en el art. 6°: “Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

“Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención”.

En la Observación General dictada con relación a este tópico, el Comité explica: “El artículo 6 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es una respuesta a la falta de reconocimiento de los derechos de las mujeres y las niñas con discapacidad, que trabajaron arduamente para que el artículo se incluyera en el tratado. El artículo 6 refuerza el enfoque no discriminatorio de la Convención, en particular respecto de las mujeres y las niñas, y exige a los Estados partes que vayan más allá de abstenerse de realizar acciones discriminatorias y pasen a adoptar medidas encaminadas al desarrollo, el adelanto y la potenciación de las mujeres y las niñas con discapacidad, y a la promoción de iniciativas para potenciarlas reconociendo que son titulares diferenciados de derechos, ofreciendo vías para que se escuche su voz y ejerzan su capacidad de agencia, reforzando su autoestima y aumentando su poder y autoridad para adoptar decisiones en todas las esferas que afectan a su vida. El artículo 6 debe servir de guía a los Estados partes para que cumplan sus responsabilidades relacionadas con la Convención a fin de promover, proteger y hacer efectivos los derechos humanos de las mujeres y las niñas con discapacidad, con un

enfoque basado en los derechos humanos y una perspectiva de desarrollo” (38).

Se ha constatado que, a las mujeres con discapacidad, con mayor frecuencia que a los hombres con discapacidad y que a las mujeres sin discapacidad, se les niega el derecho a la capacidad jurídica, y son víctimas de prácticas de sustitución en la adopción de decisiones, producto de concepciones patriarcales. Frecuentemente, ven vulnerados sus derechos a mantener el control de su salud reproductiva, en particular sobre la base de un consentimiento libre e informado, a fundar una familia, a elegir dónde y con quién vivir, a la integridad física y mental, a ser propietarias y heredar bienes, controlar sus propios asuntos económicos y tener acceso en igualdad de condiciones a préstamos bancarios, hipotecas y otras modalidades de crédito financiero (39).

Los estándares de no-discriminación y promoción de derechos receptados en la Convención adquieren entonces mayor urgencia, por lo que resultará de cardinal importancia que los operadores del servicio de justicia adopten una mirada con perspectiva de género en relación con los procesos de determinación de la capacidad jurídica que involucren a mujeres con discapacidad. Para lo cual, resultará fundamental que los defensores encaminen su labor en la exigibilidad de aquellos ajustes y garantías específicos que permitan proteger y potenciar los derechos de las asistidas, y erradicar cualquier estereotipo negativo que se advierta.

(38) Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General n° 3 (2016). Sobre las mujeres y las niñas con discapacidad, CRPD/C/GC/3, núm. 07.

(39) Observación General n° 3 citada, núm. 51

## XII. Conclusión

Se ha dicho que, por propia definición, el acceso a la justicia es un derecho en sí mismo y, a su vez, un medio que permite a las personas restablecer el ejercicio de aquellos derechos que les hubiesen sido desconocidos o quebrantados (40).

Como componentes de este, encontramos el derecho a la tutela judicial efectiva (juicio justo o debido proceso) —incluido el derecho a ser oído—, el derecho a un recurso efectivo, el derecho a la igualdad ante los tribunales, la igualdad de medios procesales, el derecho a la asistencia letrada; sumado al de ser juzgado ante un tribunal competente, independiente e imparcial (41).

Hasta no hace mucho tiempo, esto parecía una utopía para las personas cuya capacidad se encontraba cuestionada en un expediente judicial. La equidad en el acceso a la justicia con relación a los otros litigantes no parecía un horizonte exigible para las personas con discapacidad intelectual y/o psicosocial.

Hoy en día, los principios de derechos humanos que irrumpieron en el ordenamiento y transformaron muchas prácticas forenses, han importado un avance significativo en esa dirección.

Aún persisten algunas barreras y desafíos. Aspiramos a que, progresivamente, puedan ser superados, a partir de la capacitación de los operadores, la toma de consciencia y el compromiso real y efectivo en pos de una justicia verdaderamente inclusiva.

(40) Informe del Relator Especial sobre la independencia de los magistrados y abogados, Leandro Despouy, Consejo de Derechos Humanos, 8vo. Período de sesiones, A/HRC/8/4, 13/05/2008.

(41) *Ibidem*, ps. 7 y ss., en Protocolo cit., p. 14.

# Eficacia de las medidas de protección contra las violencias de género

## Medidas orientadas a la modificación de conductas machistas

Micaela Elisa Lombardi (\*)

**Sumario:** I. La protección contra la violencia de género como mandato constitucional y convencional del Estado.— II. Las medidas de protección contra la violencia de género y su efectividad.— III. La clave: la perspectiva de géneros.— IV. Algunos fallos y experiencias innovadoras.— V. Palabras finales.

### I. La protección contra la violencia de género como mandato constitucional y convencional del Estado

Debemos reconocer a los movimientos feministas de mujeres y disidencias haber logrado poner en agenda de los estados y las agencias internacionales la problemática de la violencia como consecuencia de una desigualdad estructural construida a partir de patrones socio culturales, y fundada en relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos, de manera binaria. Con sus aportes han dado lugar a los instrumentos normativos y jurisprudenciales con los que hoy contamos.

A partir de haber asumido aquella desigualdad estructural, basándose en los principios de igualdad y no discriminación, la Asamblea General de Naciones Unidas aprueba en 1979 la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés) (1). Los Esta-

dos Parte firmantes de esta Convención con jerarquía constitucional en nuestro país a partir de su incorporación al art. 75, inc. 22 en la reforma constitucional de 1994, condenan la discriminación contra las mujeres y se comprometen en el art. 2° entre otros temas a "...c) Establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y garantizar, por conducto de los tribunales nacionales o competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación..."

Asimismo, el art. 5° de la CEDAW afirma: "Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para: a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres..."

Por otra parte, en el ámbito regional, y luego del reconocimiento internacional de la necesidad de contar con un instrumento que aborde la problemática de la violencia contra las mujeres, se adopta en el año 1994 la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - "Convención de Be-

---

(\*) Abogada. Docente de la materia Introducción al Derecho en la Carrera de Trabajo Social, Universidad Nacional de Moreno. Auxiliar letrada en Defensoría Especializada en Género en Departamento Judicial Moreno - Gral. Rodríguez. Pcia. Bs. As.

(1) Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW por sus siglas en inglés), ONU, 1.979

lém do Pará” (2), primer instrumento normativo del sistema interamericano de Derechos Humanos en materia de violencia contra las mujeres.

La “Convención de Belém do Pará” consagra en su art. 3° el derecho de toda mujer a una vida libre de violencias tanto en el ámbito público como el privado. Y asimismo los Estados Parte firmantes afirman: “La violencia contra las mujeres constituye una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades”.

La importancia de este instrumento radica en el reconocimiento de la violencia como una problemática social, comprometiendo a los Estados firmantes a adoptar acciones para prevenir, sancionar y erradicar la violencia no solo en el ámbito público sino también en el ámbito privado.

Es decir que se deja de lado la concepción de la no intromisión del Estado en las cuestiones de la esfera privada y lo que sucede en el seno de las familias. De esta manera los Estados pueden comprometer su responsabilidad internacional si no adoptan medidas legislativas, administrativas o judiciales tendientes a la protección de las mujeres contra todos los tipos y formas de violencia.

Dicha afirmación fue ratificada por diversa jurisprudencia de la Corte IDH: “De todo lo anterior, se desprende que los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo y con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva a los casos de violencia contra la mujer. Asimismo, los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente

(2) Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer - “Convención de Belém do Pará”, OEA, 1994

que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que, en casos de violencia contra la mujer, los Estados tienen, además de las obligaciones genéricas contenidas en la Convención Americana, una obligación reforzada a partir de la Convención Belém do Pará...” (3).

Ambas convenciones junto a la jurisprudencia producida por la Corte Interamericana y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos conforman el Corpus Iuris sobre el cual respaldarnos, conformando los estándares internacionales a los que debemos aspirar en la protección contra la violencia de género.

Existen además otros tantos documentos regionales elaborados en ese sentido como el dedicado al acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas de la OEA, que reza: “El sistema interamericano de derechos humanos se basa en la premisa de que el acceso a recursos judiciales idóneos y efectivos constituye la primera línea de defensa de los derechos básicos. En este sentido, los instrumentos de protección de derechos humanos vinculantes como la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante la ‘Convención Americana’), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la ‘Declaración Americana’) y la Convención de Belém do Pará, afirman el derecho de las mujeres de acceder a una protección judicial que cuente con adecuadas garantías frente a actos de violencia. En dicho marco, los Estados tienen la obligación de actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar estos actos. El deber de los Estados de proveer recursos judiciales no se limita a una disponibilidad formal, sino que tales recursos deben ser idóneos para remediar las violaciones de derechos humanos denunciadas” (4).

(3) Corte IDH, “Caso González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México”, 16/11/2009, párr. 258.

(4) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, enero de 2007. “Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas”. Resumen Ejecutivo, párr. 4. En Jurisprudencia e informes de órganos internacionales sobre género y acceso a la justicia UFEM | Unidad Fiscal Especializada en Violencia contra las Mujeres.

## II. Las medidas de protección contra la violencia de género y su efectividad

Nuestro país ha ido sancionando y modificando su legislación a partir de los compromisos internacionales asumidos, adoptando de esta forma los estándares fijados respecto de los derechos humanos de las mujeres. Es así como, a partir de la sanción de la ley 26.485 de protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (5), se establecen una serie de medidas judiciales urgentes de protección que las mujeres pueden solicitar cuando se encuentran atravesando situaciones de violencia. Asimismo, en las diferentes jurisdicciones provinciales se traduce en adhesiones a ella o bien leyes provinciales que en mayor o menor medida brindan protección sobre todo en el ámbito doméstico.

Tanto la ley nacional como las normas provinciales enumeran ciertas medidas de protección que en general versan sobre exclusión del hogar del agresor, reingreso al hogar de la mujer que se retiró para su resguardo, prohibición de acceso al hogar de la persona agredida, restricciones perimetrales contra el agresor respecto de la persona víctima de violencia, cese de los actos de violencia, devolución de pertenencias, alimentos provisorios, suspensión de régimen de comunicación con hijos o cuidado personal unilateral provisorio cuando existieren hijos e hijas que proteger, entre otras.

La finalidad de dichas medidas judiciales es proteger a las mujeres que se encuentren atravesando situaciones de violencia, hacer cesar la violencia actual e inminente, y evitar la repetición de futuras agresiones. Se trata de medidas cautelares que deben ser limitadas en el tiempo ya que implican restricciones de derechos que afectan a una de las partes, es decir al agresor.

No obstante la normativa vigente, cabe preguntarnos si dichas medidas judiciales resultan efectivas respecto de la protección solicitada en cada caso particular, es decir, si guardan re-

lación en cuanto al riesgo al cual se encuentra expuesta la mujer solicitante. Y, por otra parte, y no menos importante, si dichas medidas de protección contribuyen a la modificación de las conductas violentas de los agresores.

Respecto del primer punto planteado, la efectividad de la medida en relación con el riesgo efectivo, las estadísticas difundidas por los diversos observatorios en violencia de género evidencian que no es así. Tomando una de estas fuentes vemos que, durante el año 2021, una de cada cuatro víctimas de femicidio había realizado al menos una denuncia o tenía medidas de protección (6).

Las medidas de protección que se ordenan, en general, consisten en un mandato judicial de prohibición de acercamiento, pero esto no significa el impedimento mismo. El solo hecho de emitir una orden judicial invoca a la predisposición y voluntad del agresor que debe cumplirla. Es decir que no basta con dictar la medida únicamente, sino que debe ir acompañada de herramientas para su implementación efectiva.

La CIDH se ha referido a ello en el caso “Jessica Lenahan (Gonzales) y otros vs. Estados Unidos”: “Los deberes de los Estados de proteger y garantizar los derechos de las víctimas de violencia doméstica deben también implementarse en la práctica. Como lo ha establecido la Comisión en el pasado, en el cumplimiento de sus deberes, los Estados deben tener en cuenta que la violencia doméstica es un problema que afecta desproporcionadamente a las mujeres, al constituir la mayoría de las víctimas. Las niñas y los niños también son con frecuencia testigos, víctimas y ampliamente perjudicados por el fenómeno. Las órdenes de protección son vitales para garantizar la obligación de la debida diligencia en los casos de violencia doméstica. A menudo son el único recurso del cual disponen las mujeres víctimas y sus hijos e hijas para protegerse de un daño inminente. Sin embargo, solo son efectivas si son implementadas con diligencia” (7).

---

(6) Observatorio Ahora Que Si Nos Ven, <https://ahoraquesinosven.com.ar/reports/256-femicidios-en-2021>.

(7) CIDH, “Jessica Lenahan (Gonzales) Y Otros Vs. Estados Unidos”, 21/07/2011, caso 12.626, Informe No. 80/11, párr. 163.



Por otra parte, ¿esas medidas simplemente pretenden frenar con una agresión inminente o contienen también un objetivo superador y están dirigidas a la no repetición de agresiones?

Pues considero que deberían contemplar ambos objetivos. Al tratarse de medidas cautelares las y los magistradas/os deben fijarles un plazo (art. 27, ley 26.485), lo que significa que, al vencimiento de dichas medidas, en la mayoría de los casos, vuelven a reiterarse episodios de violencia. Estos hechos se reiteran, sobre todo en el ámbito doméstico, donde la violencia suele ser cíclica, abonando la teoría desarrollada en 1978 por la psicóloga estadounidense Lenore Walker **(8)** sobre las diferentes fases del ciclo de la violencia, entendiendo que existe una primera fase de acumulación de tensión, una segunda fase de agresión o descarga de la tensión y una última fase de arrepentimiento o luna de miel, para luego repetirse el ciclo. En datos estadísticos como el ya referido podemos ver que este ciclo se evidencia en la mayoría de las experiencias.

Pues entonces para evitar la repetición de agresiones se deben adoptar medidas de carácter terapéutico o reeducativo, ya sea para las mujeres en contexto de violencia como también para los propios agresores.

Luego de analizar la basta normativa internacional y nacional vigente sobre protección contra la violencia de género, resultaría absurdo afirmar que los tribunales argentinos, en particular el fuero de familia no da respuesta a la protección de las mujeres y disidencias en contexto de violencia. Muy por el contrario, en ciertas jurisdicciones como el conurbano bonaerense, los expedientes de protección contra la violencia familiar llegan a cubrir el 70 % de las causas que allí tramitan.

No obstante, esto no significa que las medidas que se adopten en dichas causas resulten eficaces y efectivas. En la gran mayoría de ellas, las medidas resultan reiterativas, idénticas en tipo y plazo, como si cada situación de violencia vivenciada por una mujer fuere idéntica a otra.

Consecuentemente, existe una respuesta judicial para las mujeres en contexto de violencias, pero tal respuesta no parece cumplir con el deber de debida diligencia analizado si a cada caso particular se aplica la misma solución de medidas como exclusión del hogar, restricción perimetral y cese de actos de perturbación.

“La obligación de los Estados fijada por el artículo 7 inciso D de la Convención de Belém do Pará, de adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de las mujeres en cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad, debe ser interpretada como un aspecto particular de la obligación de garantizar el acceso a mecanismos idóneos y efectivos de protección judicial conforme lo dispone el artículo 25 de la Convención Americana. En tal sentido, una dimensión particular del derecho a la protección judicial consiste en el derecho a acceder a una tutela cautelar efectiva. El artículo 8 inciso D de la Convención de Belém do Pará indica algunos componentes del tipo de recursos cautelares que los Estados tienen el deber de proporcionar en casos de violencia contra las mujeres, tales como servicios especializados apropiados para la atención, refugios, servicios de orientación para toda la familia, servicios de custodia y cuidado de los menores afectados. Ello, además de recursos judiciales de índole cautelar para conminar al agresor a cesar en sus acciones y proteger la integridad física, la libertad, la vida y la propiedad de las mujeres agredidas” **(9)**.

La ley 26.485 y sus pares provinciales establecen un abanico de medidas que las y los jueces pueden adoptar luego de haberse evaluado el riesgo de la solicitante por un equipo técnico especializado. Sin embargo, las y los magistrados se limitan a ordenar las mismas medidas una y otra vez. Rara vez observamos medidas de protección adecuadas al caso particular, contemplativas de un intento de solución integral, que además de establecer un freno al agresor en el riesgo inminente conlleve una ayuda al fortalecimiento de la mujer que se encuentra en contexto de violencia e intente la modificación de

(8) WALKER, L. E. A., "El Síndrome de la Mujer Maltratada", Desclée de Brouwer, Bilbao, 2012. En esta edición la autora actualiza su obra original del año 1978.

(9) OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, enero de 2007, "Acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia en las Américas", párr. 56.

los patrones socioculturales que reproducen la violencia machista del agresor.

### III. La clave: la perspectiva de géneros

Explica la Dra. Soledad Deza que “la perspectiva de género es una herramienta para analizar los problemas que involucran a varones y mujeres, incluidos los de tipo jurídico, identificando los factores sociales y culturales que establecen diferencias entre personas de distinto sexo justificando desigualdad. Esta herramienta permite evidenciar que social y culturalmente, a varones y mujeres se les han adjudicado de manera asimétrica roles y atributos que han impactado con desigualdad en la sociedad, generando tratos más desventajosos y lugares vacíos prácticamente de poder para las mujeres” (10).

La perspectiva de género cuestiona el paradigma del único ser humano neutral y universal, basado en el hombre/varón blanco, heterosexual, adulto sin discapacidad, no indígena, y en los roles que se le atribuyen a ese paradigma. Por eso es por lo que no se trata de un método enfocado únicamente a las mujeres, sino de una estrategia que permite ver a las personas en su diversidad de contextos, necesidades y autonomía (11).

Juzgar con perspectiva de género implica el respeto por el principio de igualdad y no discriminación, cumplir con la obligación constitucional y convencional de erradicar la discriminación, garantizar el acceso a la justicia y remediar las situaciones asimétricas de poder.

Observar cada situación con el prisma de género permite reconocer las desigualdades estructurales, proporcionando herramientas para abordar cada caso de manera adecuada, y así poder arribar a soluciones más equitativas y justas en la aplicación del derecho. Esta perspectiva resulta obligatoria tanto para magistrados/as, como para el resto de las y los operadores del

---

(10) DEZA, S., "Juicio oportuno para las mujeres víctimas de violencia", DPyC 2014 (abril), 179, AR/DOC/2194/2013.

(11) Modelo de Incorporación de la Perspectiva de Género en las Sentencias. Comisión Permanente de Género y Acceso a la Justicia. Cumbre Judicial Iberoamericana, 2015.

sistema judicial, y no es privativa del campo del derecho, sino que debe aplicarse desde el abordaje interdisciplinario.

### IV. Algunos fallos y experiencias innovadoras

En los últimos años, a raíz de los avances tecnológicos, se han comenzado a implementar dispositivos tendientes a garantizar el cumplimiento de las medidas de prohibición de acercamiento. Entre estos dispositivos encontramos el llamado botón antipánico que consta de un aparato o bien una aplicación que se instala en el teléfono celular de la persona protegida con la medida. Si bien tiende a mejorar la eficacia de la medida ordenada, no garantiza la protección ya que depende del accionamiento de este por parte de la persona en situación de violencia.

Otra tecnología aplicada al control efectivo de cumplimiento de este tipo de medidas perimetrales es el dispositivo dual o geolocalización. Se trata de un dispositivo o pulsera colocada al agresor y otra a la persona protegida, con sistema de rastreo satelital controlada por la autoridad de aplicación que además emite una alarma para alertar sobre el acercamiento de ambas partes (12).

Existen jurisdicciones que comenzaron a ordenar este tipo de medidas en casos graves de situaciones de denuncias reiteradas, pero aun los tribunales no han adoptado masivamente estos dispositivos. Claro está que no se trata solo de una decisión judicial, sino que esta depende de la existencia y provisión de aquellos por parte de las autoridades gubernamentales.

Es el caso de la Sala II de la Cámara Civil y Comercial del Departamento Judicial de Morón: “..Este tipo de dispositivos tecnológicos —cuyo uso incluso está previsto en varias leyes provinciales para casos de violencia (ver, por caso Código Procesal de Familia del Chaco, art. 165 inc. 12) y al que hemos acudido desde la Sala en casos en los que fue necesario (C. Civ. y Com.

---

(12) QUADRI, G., "Las nuevas tecnologías y su contribución para proteger a las víctimas de violencia", E-Procesal 3 febrero 2019, <http://e-procesal.com/las-nuevas-tecnologias-y-su-contribucion-para-proteger-a-las-victimas-de-violencia-1976>

Morón, sala 2°, 13/12/2018, 'P. S. L. c. P. C. M. s/ protección contra la violencia familiar')—nos permite, así, corroborar el acatamiento, o no, de las medidas, constituyéndose en elemento fundamental —y muy objetivo— en tal sentido (Vaninetti, Hugo, El empleo de tecnologías de geoposicionamiento en medidas restrictivas para casos de violencia, LL 2018-E, 1236); esto sin perjuicio de las aclaraciones, o indagaciones, que posteriormente pudieran efectuarse en el curso de los procesos judiciales a fin de determinar en cada caso qué es lo que sucedió..." (13).

Otra de las medidas que podrían resultar más eficaces son las que imponen al agresor la realización o asistencia a dispositivos para varones que ejercen violencia, es decir, tratamientos focalizados en trabajar directamente en desaprender las conductas, referencias y patrones socioculturales que reproducen violencias machistas. Estos dispositivos suelen ser sugeridos en las resoluciones judiciales que ordenan medidas de protección, sin embargo, pocas veces se establecen como medidas obligatorias para el agresor. Este tipo de medidas, como complementarias de otras que establezcan restricciones de acercamiento y cese de actos violentos, pueden resultar superadoras de situaciones reiteradas en el tiempo e intentar cortar con el ciclo de violencia en el cual se encuentre inmersa una mujer.

Existen dispositivos para varones que ejercen violencia en las dependencias gubernamentales locales como así también hay organismos no gubernamentales que los ofrecen. Por supuesto que no en todas las jurisdicciones existen y en las que si los hay dependen de un determinado cupo ya que se trata de varios encuentros y cada tratamiento puede durar varios meses. Por este motivo para poder ordenarlos judicialmente dependerá de la existencia de ellos. Esto evidencia la necesidad, al igual que en las herramientas tecnológicas referidas antes, de políticas públicas orientadas a su creación, fortalecimiento y sostenimiento.

(13) CCyC Sala II Departamento Judicial de Morón, "C. M. L. C/ L. S. O. s/ protección contra la violencia familiar (ley 12569)", 18/11/2021, [https://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=48896&n=Ver%20sentencia%20\(causa%20N%AA34.516\).pdf](https://www.scba.gov.ar/includes/descarga.asp?id=48896&n=Ver%20sentencia%20(causa%20N%AA34.516).pdf)

Sin perjuicio de encontrarse contempladas estas medidas como sanciones en el art. 32 de la ley 26.485, las y los magistrados suelen limitarse a ofrecerlas como tratamientos voluntarios en el marco de audiencias con los agresores o en sus propias resoluciones, entendiendo que se trata de una decisión voluntaria que debe ser tomada libremente y no coactivamente.

Respecto de ello ha dicho la Dra. Marisa Herrera: "...no siempre la ausencia de un pedido de ayuda se identifica con la falta de motivación o de deseo para un cambio de comportamiento. Por otra parte, la aspiración de contar con la aquiescencia del autor de estos hechos de maltrato es, con frecuencia, improbable, ya que resulta muy difícil que el agresor demande ayuda externa ya que ello implicaría reconocer la comisión de hechos que merecen la desaprobación social y legal e, incluso, la posibilidad de que se le apliquen sanciones penales..." (14).

Sin embargo, el Poder Judicial ha incursionado en este tipo de medidas como obligatorias en algunos casos particulares, "...toda vez que la solución en casos como el presente, pasa por transformar las referencias culturales que hacen de la sociedad un espacio de convivencia sin igualdad, objetivo que se logra mediante la reeducación, sensibilización, y la concienciación (cfr. Luis Bonino, Hombres y violencias de género. Más allá de los maltratadores y de los factores de riesgo, Madrid, 2008), deviene necesario que el Sr. T. G. O. inicie y acredite un recorrido terapéutico, específicamente bajo la modalidad de hombres que ejercen violencia, a los fines de complementar los mecanismos protectorios, con un abordaje integral, y de revisión subjetiva, disponiendo la asistencia obligatoria del mismo a programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de conductas violencias..." (15). "...En el caso concreto de autos, analizados los hechos llevados a cabo por el Sr. ..., los que constituyen actos de violencia contra la Mujer —conforme los términos desarrollados en el acápite anterior—,

(14) HERRERA, M., "Manual de Derecho de las Familias", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015, 1ª ed. 1ª reimp., p., 741.

(15) Juzg. Fam. N° 8, La Plata, "F. D. L. vs. T. G. O. s. Protección contra la violencia familiar", 10/08/2021, Rubinzal Online; RC J 5596/21.

entendiendo pertinente ordenarle al mismo la realización de un tratamiento psicoterapéutico, con especial abordaje de la violencia económica y patrimonial contra la mujer, ello con la finalidad de revertir tal conducta. Asimismo, deberá acreditar su inicio en el término de 5 días, y oportunamente acompañar constancia que indique su terminación y su resultado favorable..." (16).

El art. 26 de la ley 26.485 en su inc. a.7. deja abierta la posibilidad a la magistratura de "...ordenar toda otra medida necesaria para garantizar la seguridad de la mujer que padece violencia, hacer cesar la situación de violencia y evitar la repetición de todo acto de perturbación o intimidación, agresión y maltrato del agresor hacia la mujer..."

Esta herramienta legal permite a los operadores judiciales, tanto en su carácter de jueces o juezas o bien abogados o abogadas patrocinantes, ordenar o hacer peticiones originales e innovadoras aplicables a cada caso particular. Es en este punto en el cual se debe trabajar, cada caso presenta sus características propias de acuerdo con las circunstancias particulares vividas, y por ello cada solución debe ser individual.

En este sentido encontramos algunos fallos que han intentado tomar ese camino: "...Por todo esto y con la convicción de que existen actos de violencia de tipo económica y patrimonial, en los términos establecidos en el art. 5° inc. 4) de la ley 26.485 (me limito en este análisis a este tipo de violencia, pero no descarto que también existan actos que configuren la violencia psicológica), dispongo las medidas cautelares con la finalidad de restituir los derechos vulnerados a la Sra. R. Por estas razones, en calidad de medida cautelar, dispongo que la Sra. R. sea la única administradora de los bienes que componen el acervo ganancial a quien faculto, también, para hacer uso de estos bienes de manera exclusiva, todo ello hasta que se realice la partición definitiva" (17).

---

(16) Juz. Fam. N° 5, Cipolletti, "N. N. s. Ley 26485 — Violencia contra la mujer", 14/10/2021, <https://victoriafamafamilias.blogspot.com/2021/11/alimentos-incumplimiento-deber.html>

(17) Unidad Procesal N° 11 (ex Juz. Fam. N° 11), General Roca, "R., V. L. vs. B., J. C. s. Incidente", 15/11/2021, Rubinzal Online; RC J 9207/21.

## V. Palabras finales

Tal como referí antes, nuestro país cuenta con herramientas normativas de gran valor tanto a nivel internacional, regional, nacional y provincial, que brindan un abanico de posibilidades respecto de las medidas de protección contra la violencia de género que las y los magistradas/os pueden ordenar. Sin embargo, la realidad actual demuestra que ello no es suficiente para abordar la problemática cotidiana de las mujeres que atraviesan estas situaciones.

Para que dichas medidas de protección resulten efectivas, el abordaje de las situaciones denunciadas por las mujeres en contexto de violencia debe ser adecuado y con perspectiva de género en todas las instancias, para lograr soluciones justas y equitativas en cada caso particular.

En ese sentido, resulta fundamental otra herramienta normativa que es la ley 27.499 (Ley Micaela) (18).

Esta norma, sancionada como consecuencia del femicidio de Micaela García, tiene la finalidad de capacitar en género y violencia de género de forma obligatoria a todas las personas que integren los tres poderes del Estado. Dichas capacitaciones son primordiales si pretendemos universalizar la perspectiva en derechos humanos y en género.

Pero, estas capacitaciones deben traducirse en una formación permanente y periódica. Solo así lograremos derribar el viejo paradigma del único ser humano universal y neutral, y los estereotipos y roles de género que generan las asimetrías y discriminaciones que históricamente afectan a las mujeres y disidencias.

Por otra parte, para que las medidas de protección contra las violencias de género resulten efectivas, deben ir de la mano de políticas públicas que las sostengan. De nada sirve un

---

(18) Ley 27.499 "Ley Micaela de capacitación obligatoria en género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado", 19/12/2018.

sistema judicial innovador y con mirada de género si no es acompañado por programas y dispositivos que se orienten a la modificación de los patrones socioculturales y estereotipos patriarcales.

Es esencial contar en cada jurisdicción con dispositivos terapéuticos y de reeducación para varones violentos, como también dispositivos para mujeres que atraviesan contextos de violencia, orientados al fortalecimiento y superación. Asimismo, es necesario utilizar los adelantos tecnológicos, como los dispositivos de geolocalización, que han demostrado cabalmente su funcionamiento.

Recordemos que como Estado hemos asumido compromisos internacionales con el objeto de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres; por ello, tomando las palabras de la antropóloga Rita Segato: "...Así, a pesar de que el derecho puede no ser capaz de tocar la esfera de la moral ni, por sí solo, transformar el orden vigente, puede, de todas formas, interpelar y convocar a una deliberación ética, dando origen a nuevas sensibilidades..." (19).

---

(19) SEGATO, R., "Las estructuras elementales de la violencia", Universidad Nacional de Quilmes, Bernal, 2003, 1ª ed., p., 260.

# Medidas efectivas en la ejecución de sentencias de los procesos de familia relativos al ejercicio de la responsabilidad parental

María Laura Lucchini Minuzzi (\*)

**Sumario:** I. Consideraciones preliminares.— II. Enfoque de los principios involucrados en las ejecuciones de sentencia de los procesos de familia y normas procesales civiles relacionadas.— III. La diversidad de ejecuciones en el derecho de familia. Cuestiones en la ejecución de sentencia relacionadas con el ejercicio de la responsabilidad parental.— IV. Conclusión.

## I. Consideraciones preliminares

El derecho de familia es uno de los derechos que se encuentra en constante evolución toda vez que debe adaptarse a los cambios sociales que se producen en las personas y en las familias. Son las prácticas diarias las que van marcando las pautas del derecho de familia, pues se debe buscar soluciones jurídicas a cuestiones que no tienen su reflejo en las leyes sustantivas y procesales. Lo importante es acercar el derecho a la realidad social.

La ejecución de sentencia, en el proceso civil, despliega sus efectos cuando el condenado en la sentencia no cumple voluntariamente la obligación que se le ha impuesto. De ahí que el órgano jurisdiccional no pueda actuar de oficio sino a instancia de parte.

En cambio, en el proceso de familia, si bien se le asemeja al proceso civil al utilizar las mismas reglas procesales, se diferencia porque el conflicto familiar exige, además, una visión más humanizada, siendo soporte de ello el marco jurídico, pero no se agota en este. Pues en las

sentencias que dictan los jueces de familia, no siempre existe un condenado a una obligación de hacer o de no hacer, aunque en algunas circunstancias, se dan este tipo de situaciones. Sin embargo, la ejecutabilidad de dichas sentencias tienen características complejas por los conflictos que se encuentran involucrados. En virtud de ello, no siempre la ejecución coactiva resulta eficaz, generando efectos perjudiciales al interés familiar y agravando aún más el desacuerdo entre las partes.

Es precisamente en la etapa de ejecución en la que podemos ver la cronicidad del conflicto familiar, y la incertidumbre e impotencia que aflige a la parte que pretende el cumplimiento de un derecho subjetivo familiar reconocido en la sentencia, y el correlativo deber jurídico impuesto a la contraparte desobediente.

Sabido es que todo proceso de conocimiento termina, formalmente, con la sentencia. Tarde o temprano, las etapas de constitución de la litis (demanda y contestación), probatoria (audiencia preliminar, apertura a prueba y vista de causa) y decisoria (alegato y sentencia), se van cumpliendo hasta llegar a su conclusión. Pero su ejecución, no siempre tiene un fin. Es como un proceso continuo. En el derecho de fami-

---

(\*) Abogada egresada de la Universidad de Morón. Especialista en Magistratura y en Derecho de Familia. Jueza de familia en la Provincia de Bs. As.

lia, las denuncias de incumplimiento se suceden unas a otras, sin tiempo a sustanciarse, ello por los continuos cambios y por su versatilidad, requiriéndose adaptación a las nuevas circunstancias familiares, no contando el juez, en ciertas ocasiones, con las herramientas necesarias o porque las partes solo quieren que la judicatura les dé la razón (ganar-ganar) y esto empeora la situación aún más, ante la inexistencia de un procedimiento claro de ejecución respecto de resoluciones que imponen deberes jurídicos personalísimos familiares.

En ese sentido, se puede destacar el carácter sistémico que debe guiar la intervención judicial, entendiéndose por esta, la concepción de que ningún conflicto podrá solucionarse en el ámbito de los procesos de familia privilegiando los derechos de uno, y al mismo tiempo, atendiendo contra el interés de todos. Ante esta realidad se requieren normas específicas que tomen en cuenta su especial objeto, debiendo el derecho de familia ser una rama autónoma que brinde a los magistrados del fuero reglas propias para su intervención en esta temática tan sensible (1).

Finalmente, frente a un incumplimiento los jueces poseen una función tuitiva que le impone participar activamente acompañando a las partes en la búsqueda de la mejor solución de su conflicto (2).

Así la eficacia de la sentencia, entendida como cumplimiento o ejecución, no debe distanciarse de su efectividad, esto es del cumplimiento de los objetivos tenidos en mira al tiempo de su dictado (3).

(1) SAN JUAN, A., "La ejecución y el cumplimiento de las decisiones judiciales", en *Procesos de Familia*, GALLO QUINTIAN, G. J. y QUADRI, G. H. (dirs.) La Ley, Buenos Aires, 2019, t. II, p. 891.

(2) CULACIATTI, M., "Comentario al art. 705 del C.C.C.N, en *Código Civil y Comercial comentado*", LORENZETTI R. L. (dir.) Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. IV, p. 558.

(3) BALLARÍN, S., "Ejecución de sentencia en el proceso de familia: Incorporación de una normativa específica en relación con la sentencia que prescribe obligaciones de hacer de carácter personalísimo", comisión N° 12, en *XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*.

Pues la ejecución requerirá para su eficacia no solo de una participación activa, mediante la aplicación de medidas razonables (art. 557 y cc. del Cód. Civ. y Com.) por parte del juez, sino que su eficacia sea en un plazo razonable, vinculado ello, con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 706 del Cód. Civ. y Com.). Ello, en virtud de que si una de las partes en condición de vulnerabilidad requería del reconocimiento de un derecho a través del dictado de una resolución judicial y cuando llega esa resolución variaron las circunstancias que llevaron a pedir a esa persona ese requerimiento, la ejecución importaría perseguir una eficacia que estaría alejada de su efectividad, pues no tendría sentido invocar la estabilidad de la cosa juzgada, cuando han variado las circunstancias tenidas en mira al tiempo de la sentencia (4).

Las limitaciones de las normas procesales, que encontramos en el Código procesal de la provincia de Buenos Aires, para resolver todas las cuestiones que se plantean en las ejecuciones del derecho de familia, las cuales son casi nulas, en la práctica ha motivado que cada Juzgado, y cada sala de la Cámara de apelaciones, ofrezca una determinada solución, manteniendo criterios dispares y creando inseguridad jurídica para los profesionales del derecho y especialmente para los justiciables (5).

En materia de cumplimiento de resoluciones judiciales en el fuero de familia, no podemos separar las normas de quien decide y la manera de decidir, pues lo que hace a la eficacia de la decisión es que todos los mecanismos procesales disponibles para ejercer los derechos se sensibilicen con la vida real de quienes estén involucrados, y no haga a la sentencia una simple declaración abstracta.

Desde una mirada puramente constitucional sobre el derecho procesal, tenemos como elementos que se entrelazan para dar cumplimiento a sus postulados, el derecho de acceso a la jurisdicción, el derecho de oposición o defensa propiamente dicho, el derecho a la prueba, el derecho al plazo razonable, el derecho a una

(4) *Ibidem*.

(5) ALESI, M., "El verdadero litigio está en la ejecución de sentencia", en *Martin Alesi-Abogado de Familia* (Facebook Fan Page).

sentencia motivada, el derecho a recurrir, el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales; pero nada sobre el último derecho que aparece en orden cronológico en el proceso familiar, y que tiene en vilo a gran parte de la doctrina argentina (6).

En ese entendimiento, el derecho de acceso significa acceder a los jueces (derecho a la jurisdicción), advirtiendo así la desigualdad que sufre cuando los derechos se ponen en práctica. La diferencia surge de los requisitos que ponen los códigos procesales. El establecimiento de condiciones individuales que permitan el trámite, así como la acreditación de razones y exigencias personales, da cuenta de cierto aislamiento con el acceso a la justicia sin restricciones que se prefiere como mensaje global (7).

De este modo, aparece un estándar de protección anterior al conflicto, que ubica entre los deberes de la autoridad competente suprimir toda disposición contraria al acceso a la justicia. Es una garantía previa, porque actúa en la etapa de las promesas que tiene el derecho de defensa, *lato sensu*, y que encuentra en el art. 1.1 de la CADH el deber judicial de abstención ante normativas que contrarrestan el derecho a ser oído (8).

En similar sentido, el autor Osvaldo Gozaini expresa que no se puede dejar de resaltar que la tutela judicial efectiva posee como contenido principal "el de lograr de los órganos judiciales una respuesta a todas las pretensiones planteadas, so riesgo de provocar el 'desamparo procesal'".

La eficacia de las sentencias judiciales en un plazo razonable constituye uno de los presupuestos del debido proceso o proceso justo, pues se vincula directamente con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

Tampoco se puede soslayar, como afirma Alexy, que los derechos a procedimientos judiciales

son esencialmente derechos a una "protección jurídica efectiva", la que involucra que el proceso garantice "los derechos materiales del respectivo titular del derecho" (9).

En esa misma línea de pensamiento, cabe recordar que Couture fue de los primeros en destacar la relación entre Constitución, derecho material y proceso, al puntualizar que la ley procesal, tomada en su conjunto, constituye una ley reglamentaria de los preceptos constitucionales que aseguran la justicia (10).

Parte de la doctrina entiende que la positivización del principio de la tutela judicial efectiva y del acceso a la justicia especialmente tratándose de personas vulnerables, es un gran avance en la materia, más allá de que es necesario la disposición de mecanismos e instrumentos de ejecución, puesto que el simple postulado no opera directamente sobre la realidad cotidiana.

Agrega que "se reconoce la existencia de diferencias fundamentales entre algunos de los miembros que componen una familia y que eventualmente, por esa condición, podrían verse alejados del valor 'justicia' —comprendiendo su participación en los procesos en los que pueden verse afectados sus intereses—, por lo que del modo propuesto por el artículo se trata de garantizar tal acceso a grupos de personas con alguna desventaja en las relaciones de poder intrafamiliar, como pueden ser, por ejemplo, las personas menores de edad, personas con padecimientos mentales, las personas víctimas de violencias, los ancianos, en concordancia con las previsiones del art. 75, inc. 23 de la Constitución" (11).

(9) MARINONI, L. G., "Derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva", Palestra, Lima, 2007, p. 234, con cita de ALEXY, Robert, Teoría de los derechos fundamentales, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997, p. 472.

(10) COUTURE, E. J., "Introducción al estudio del proceso civil", texto que recoge la versión taquigráfica de un cursillo dictado en la Facultad de Derecho de París en 1949, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 22.

(11) GUAHNON, S. V., "Comentario al art. 706 C.C.C.N., en Código Civil y Comercial de la Nación" Comentado, director Curá J. C., La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 626.

(6) BALLARÍN, S., ob. cit.

(7) GOZAÍNI, O. A., "Capacidad, representación y legitimación", Revista de Derecho Procesal, RC D 1227/2017, Tomo: 2016- 1.

(8) Ibidem.



Es decir, que la garantía de la tutela judicial no se limita a la posibilidad de acceder a la justicia para exigir el cumplimiento o reconocimiento de un derecho, sino que solo podrá considerarse satisfecha la pretensión una vez que se haya cumplido o ejecutado la resolución. Por ello, se ha señalado que "el sistema judicial se debe configurar para la defensa efectiva de los derechos de las personas en condición de vulnerabilidad. Poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder en forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho" (12).

Teniendo en cuenta el escenario constitucional analizado, hoy forma parte del Código Civil y Comercial la necesidad de garantizar el principio de tutela judicial efectiva en los procesos de familia, comprendiendo el acceso a la justicia, el de economía y el de celeridad procesal, recogiendo así el valor y entidad que se otorga a este principio en las cien Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia en condiciones de vulnerabilidad, todo en relación directa con los principios de intermediación, buena fe, lealtad procesal, oficiosidad y oralidad (art. 706 del Cód. Civ. y Com.).

Sintetizando, la tutela judicial efectiva se define como la posibilidad de iniciar un proceso, proseguir con su desarrollo hasta llegar a su finalización con una sentencia fundada en el ordenamiento jurídico que tenga como fin otorgar una solución acorde al conflicto planteado, todo ello realizado en un tiempo razonable.

Es así como, la ejecución de la sentencia forma parte de ese proceso y, por consiguiente, este no puede considerarse culminado hasta tanto se materialice el fin perseguido por quien accionó y obtuvo una sentencia favorable. El tiempo necesario para hacer efectiva la etapa de ejecución de la sentencia judicial hace parte del proceso y debe tomarse en cuenta para analizar el plazo razonable y similares consideraciones son aplicables al cumplimiento de todo mandato judicial. Asegurar efectividad en la ejecución involucra no solo que las sentencias sean

cumplidas en un plazo razonable, sino también evitar la frustración de los derechos por el transcurso del tiempo y obtener el cumplimiento in natura de los mandatos de dar, hacer y no hacer (13).

## II. Enfoque de los principios involucrados en las ejecuciones de sentencia de los procesos de familia y normas procesales civiles relacionadas

Garantizar la tutela judicial efectiva no implica únicamente remover los obstáculos y barreras para permitir el acceso a la jurisdicción o llevar a cabo procesos en la debida forma, sino que a ello deberá sumarse la efectividad de las sentencias que se dicten. Resulta imprescindible concretar el derecho que se reconoce mediante el dictado de una resolución, para lo cual frente al incumplimiento deberá recurrirse a las herramientas que nos brinda el derecho procesal a fin de proceder a la ejecución de dicha medida (14).

Un Estado que pretende lograr el valor justicia mediante la tutela de los derechos y a través de un proceso con reglas claras y garantías, debe conferirle al Poder Judicial las herramientas idóneas para obtener el fin perseguido. Aquí cobra importancia el derecho procesal. Este ha sido definido como el conjunto de normas que regulan la actividad jurisdiccional del Estado para la aplicación de las leyes de fondo.

Las normas procesales establecen los medios jurisdiccionales y extra jurisdiccionales orientados a la solución de conflictos intersubjetivos o colectivos y el modo de hacer efectivos los derechos consagrados por el ordenamiento jurídico (15).

(13) DE LOS SANTOS, M., "El Código Procesal modelo para la justicia de familia y la garantía de la tutela judicial efectiva", Revista de Derecho Procesal, RC D 1398/2017-Tomo: 2015 2.

(14) SAN JUAN, A., ob. cit.

(15) ALSINA, H., "Tratado teórico práctico de Derecho procesal civil y comercial", Ediar, Buenos Aires, 1963, cit. en GUAHNON, S. V., "Medidas cautelares y provisionales en los procesos de familia", La Rocca, Buenos Aires, 2016, p. 38/39.

(12) XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales Adhirió la Corte Suprema de Justicia Nacional por Acordada 5/2009, 24-II-2009.

La ejecución de la sentencia en los procesos de familia presenta particularidades especiales que las diferencia en muchos aspectos del resto de las ejecuciones dictadas en materia civil, dentro de las cuales podemos destacar:

a) La ausencia de cosa juzgada, debido a que la dinámica en los problemas familiares es tan cambiante que, aunque se haya dictado sentencia adoptando una serie de medidas, es posible que, por el cambio de circunstancias, todos los elementos que justificaron la adopción de tales medidas se hayan alterado, hasta el punto de resultar contradictorias con la situación vigente. Por ejemplo, la madre requiere a la judicatura el reintegro de hijo porque el padre se lo llevó y cuando se dicta la medida de reintegro, el niño ya se encuentra con la madre; o una mujer solicita la exclusión del ex cónyuge del hogar conyugal y se dicta dicha resolución y el exesposo ya se había retirado por sus propios medios.

b) Ejecución de distintas resoluciones dentro de una misma crisis familiar. Por ejemplo, puede darse el caso que se esté ejecutando al mismo tiempo una exclusión del hogar conyugal y atribuyendo el hogar a quien esté a cargo del cuidado de los hijos.

c) Especialidades de la ejecución en determinados pronunciamientos, como el incumplimiento del régimen de comunicación, que pueden motivar la suspensión del cumplimiento de la medida o la adopción de otra diferente.

d) Aparición de numerosos incidentes y otras cuestiones que, sin ser incidentales, necesitan una respuesta judicial fundamentada.

e) Inexistencia de jurisprudencia uniforme en esta materia, ya que a cuestiones similares se brindan soluciones distintas (16).

En virtud de ello y a la ausencia de un procedimiento de ejecución de resoluciones que imponen deberes jurídicos familiares no patrimoniales queda al descubierto con la simple lectura de los distintos códigos procesales civiles vigentes en nuestro país, que al tener sus normas enfocadas en los aspectos patrimonia-

les de la ejecución procesal forzada (arts. 499 a 516 y 648, Cód. Proc. Civ. y Com.), dificulta o impide, lisa y llanamente, la aplicación de sus disposiciones a los incumplimientos registrados en el proceso de familia.

Para ejemplificar, se puede citar la resolución que prohíbe el acercamiento del presunto agresor al lugar de residencia, trabajo, estudio, esparcimiento o a los lugares de habitual concurrencia de la mujer que padece violencia; o que le ordena el cese en los actos de perturbación o intimidación que, directa o indirectamente, realice hacia ella (art. 4º, ley 24.417; art. 7º de la ley 12.569 y su mod. 14.509; art. 26, inc. a, ap. a.1 y a.2, ley 26.485), aunque resulte ser un deber de abstención, es evidente que ante su incumplimiento el juez no podrá aplicar el art. 512, Cód. Proc. Civ. y Com., que sostiene firmemente desde la perspectiva única del derecho de obligaciones, que “si la sentencia condenare a no hacer alguna cosa, y el obligado la quebrantase, el acreedor tendrá opción para pedir que se repongan las cosas en el estado en que se hallaban, si fuese posible, y a costa del deudor, o que se le indemnicen los daños y perjuicios...”. En cambio, si podrá imponer las sanciones previstas por el art. 32 de la Ley de Protección Integral a las Mujeres, como por ejemplo modificar o ampliar las medidas ordenadas, comunicar al lugar del trabajo del agresor, hacerlo asistir a programas reflexivos, imponerle trabajos comunitarios, remitir las actuaciones al fuero penal por la comisión del delito de desobediencia, y aplicar astreintes (arts. 37, Cód. Proc. Civ. y Com., 804 del Cód. Civ. y Com. y 32 ley 26.485).

Sin embargo, en otros casos sí se podrá solicitar la reposición de una determinada situación en el estado en que se encontraba, como puede ser cuando el progenitor custodio modifica unilateralmente el lugar de residencia del hijo, quebrantando el deber jurídico de abstención impuesto por un anticipo jurisdiccional o sentencia definitiva, lo que dará lugar a que el juez conceda prudencialmente un plazo breve para que se restituya al niño/a o adolescente a su centro de vida, bajo apercibimiento de atribuir la custodia al progenitor afectado por el traslado (art. 3º, inc. f, ley 26.061) (17).

(16) <https://casesdedret.com/las-ejecuciones-en-los-procesos-de-familia/>

(17) ALESI, M., ob. cit.

La misma dificultad acontece cuando el deber jurídico radica en una obligación de hacer, como, por ejemplo, facilitar la comunicación entre el hijo y el progenitor no conviviente, cuyo incumplimiento no admite íntegramente la modalidad de ejecución establecida por el art. 511, Cód. Proc. Civ. y Com., en cuanto prescribe que “en caso de que la sentencia contuviese condena a hacer alguna cosa, si la parte no cumpliera con lo que se le ordenó para su ejecución dentro del plazo señalado por el juez, se hará a su costa o se le obligará a resarcir los daños y perjuicios provenientes de la inejecución, a elección del acreedor”, admitiendo la imposición de astreintes en su parte final, al remitirse al art. 37 del mismo cuerpo legal.

Como puede advertirse, ante el incumplimiento de las resoluciones que fijan medidas de naturaleza personal, y que son las más trascendentes en el sistema de relaciones familiares, como el cuidado personal o el régimen de comunicación de los hijos, es difícil dar una respuesta por parte del ordenamiento, ya que por su naturaleza no pueden convertirse en una indemnización de daños y perjuicios al no representar una medida satisfactiva. Más aún, consistiendo los deberes y derechos inherentes a la autoridad parental en prestaciones infungibles de tracto sucesivo, y en ocasiones de arduo control, no siempre es posible conferir intervención a auxiliares del juez a fin de que garanticen su observancia (18).

Por eso, independientemente de lo dificultoso que resulte, los jueces deben observar las ventajas y desventajas de cada una de las medidas de ejecución de sentencia que se reclamen de acuerdo con el proceso de que se trate, y con lo que el ordenamiento le permita adoptar, resguardando a su vez, la satisfacción del interés familiar.

Frente a la naturaleza compleja que pueden asumir los conflictos familiares, el Código Civil y Comercial ha introducido una fórmula abierta, que permite a los magistrados adoptar diferentes medidas según la realidad de cada grupo familiar. El límite a la discrecionalidad judicial está dado por la razonabilidad que deberá tener dicha medida. El beneficio de esta fórmula

abierta es que permite acudir a diferentes estrategias ante el incumplimiento de las resoluciones, y que autorizan a la jurisdicción a evaluar la herramienta que resulte más adecuada a cada caso en concreto.

Así, ya se han observado en la jurisprudencia, la aplicación de medidas tales como astreintes, inscripción en registros oficiales y la prohibición de salir del país o de concurrir a ciertos espacios, frente al incumplimiento de la cuota alimentaria fijada, o la posible derivación a espacios terapéuticos en forma coactiva, ante el incumplimiento del régimen de comunicación (19).

En línea con lo expuesto, resulta difícil que los deberes familiares sean factibles de ejecución forzada en caso de incumplimiento, como sí es la regla general en materia patrimonial. Pues no se puede obligar a los hijos a obedecer a los padres o a quererlos, resultando innegable que su consagración y cumplimiento depende, de consideraciones de índole moral y en consecuencia no existe mecanismo jurídico que permita su cumplimiento compulsivo en naturaleza. En el mismo sentido, el autor René Ramos Pazos señaló: “El derecho de familia es de contenido eminentemente ético. Ello explica que en él se puedan encontrar preceptos sin sanción o con sanción atenuada, obligaciones incoercibles, porque el derecho o es por sí mismo incapaz de provocar mediante la coerción la observancia de dichos preceptos, o cree más convenientemente confiar su observancia al sentimiento ético, a la costumbre, a otras fuerzas que actúan en el ambiente social” (20).

Es así que, ante la carencia de normas especiales, los jueces deben adaptar las reglas comunes del proceso de ejecución de sentencia previsto en los ordenamientos procesales, y armonizarlas con las disposiciones sustanciales del derecho de familia y de la garantía de defensa en juicio (art. 8°, Convención Americana sobre Derechos Humanos; art. 18, Const. Nacional), lo que trae aparejado un enorme componente de discrecionalidad judicial en la decisión

(19) Ibidem.

(20) RAMOS PAZOS, R., "Derecho de familia", en TAPIA RODRÍGUEZ, M., Principios, reglas y sanciones, TR, LA LEY, AR/DOC/3158/2018.

(18) Ibidem.

del caso concreto, pudiendo ello afectar en cierto punto el principio de seguridad jurídica (21).

En este orden, la premisa sobre la cual debe fundarse la ejecución de la sentencia radica en que sus modalidades y resultado no pueden ejercerse más allá de los límites que determina la propia sentencia. De ese modo entra en juego la cosa juzgada, impidiendo al juez apartarse del contenido del fallo para su ejecución (22).

De ahí que resulta necesario la inclusión expresa, en los códigos procesales, de una normativa que aluda a ello, para que el juez efectúe de oficio sus facultades de seguimiento de la sentencia a los efectos de compulsar su cumplimiento. Ello, de acuerdo con qué tipos de procesos correspondería ese seguimiento. En realidad, debería haber un código procesal que se encuentre en consonancia con la ley de fondo. Si lo que se pretende es lograr el valor justicia, el Estado se encuentra obligado a proveer a los magistrados los medios necesarios para que puedan desarrollar su función y alcanzar mediante un proceso con reglas claras, la paz social y la seguridad jurídica que se busca.

### **III. La diversidad de ejecuciones en el derecho de familia. Cuestiones en la ejecución de sentencia relacionadas con el ejercicio de la responsabilidad parental**

Cuando hay un quiebre en el matrimonio y se inicia el divorcio, los excónyuges (partes en el proceso) pueden estar de acuerdo en lo que respecta a los efectos de dicha disolución, respecto de los hijos habidos en el matrimonio, lo que hace al ejercicio de la responsabilidad parental, entonces según lo que dispone el art. 438/439 del Cód. Civ. y Com., junto con la petición de divorcio, deben acompañar una propuesta que regule los efectos derivados de este.

Ahora bien, el hecho de que los progenitores decidan poner fin a su convivencia, no tendría por qué afectar en principio a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, ya que lo que resulta evidente es que ese progenitor lo que pretende es separarse del otro y no de los

hijos habidos en el matrimonio, pero lo cierto es que la crisis matrimonial trae aparejada ciertas consecuencias en el ejercicio de la responsabilidad parental, porque al dejar de convivir, algunas de las funciones que hacen a la vida diaria no podrán ejercerlas conjuntamente.

Es así que, existen casos en los que las partes acuerdan y se procede a la homologación del acuerdo, pero pasado un tiempo empiezan los problemas, ya sea porque los hijos crecieron y tienen distintos horarios escolares, se los anota en actividades extracurriculares, los padres cambiaron de trabajo y no coinciden los horarios, o simplemente el acuerdo que en esa oportunidad les convenía, luego se dieron cuenta que no era de practicidad para la dinámica familiar, o quizá puede pasar que una de las partes o ambas formen nuevas familias, complicándose aún más las situaciones existentes o simplemente porque todavía no elaboraron la separación y utilizan a los hijos como botín de guerra, comenzando los reclamos respecto al cuidado personal y/o régimen de comunicación con el padre no conviviente.

Generalmente en las cuestiones de familia, más precisamente en lo que respecta al régimen de comunicación y cuidado personal, los hechos acontecidos después de la sentencia modifican la plataforma fáctica que tuvo en cuenta el juez para dictarla y cuando se denuncian incumplimientos, previo a derivar a las partes y/o al grupo familiar con el equipo técnico del juzgado, se fija audiencia con el consejero de familia, en la provincia de Buenos Aires, conforme el art. 833 del Cód. Proc. Civ. y Com. y si no llegan a acuerdos, entonces recién ahí se intima al otro progenitor al cumplimiento del acuerdo bajo algún apercibimiento, que puede ir desde astreintes (arts. 37 del Cód. Proc. Civ. y Com. y 804 del Cód. Civ. y Com.) hasta resolver conforme el mejor interés del niño/a, y/o adolescente, como, por ejemplo, el cambio de cuidado personal unilateral a uno de ellos.

La controversia que se plantea es si comenzaría la etapa de ejecución o simplemente una modificación del acuerdo homologado o la modificación de una sentencia otorgando un cuidado personal o un régimen de comunicación, toda vez que, si se dictó una sentencia atendiendo a circunstancias que han variado en el

(21) ALESI, M., ob. cit.

(22) GROSSO, R. R., "Ejecución de Sentencias en el fuero de Familia", Alveroni, Córdoba, 2006, p. 20.

tiempo, la ejecución importaría perseguir una eficacia que se distanciaría de su efectividad. En consecuencia, la estabilidad propia de la cosa juzgada no podrá invocarse cuando han variado las circunstancias tenidas en miras al tiempo de la sentencia.

En nuestro Código de forma si bien encontramos las ejecuciones de sentencia en los arts. 497 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com. nada dice de las ejecuciones de sentencias respecto a derechos personalísimos. En nuestro Código de fondo existen pautas para tener en cuenta en lo que respecta a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental (Título VII, capítulo 2, 3 y 4, arts. 641 y ss. del Cód. Civ. y Com.), pero no establece procedimiento específico para la ejecución de sentencia en la materia. Por ejemplo, en el art. 557 que establece medidas para asegurar el cumplimiento se dispone que el juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado del régimen de comunicación establecido por sentencia o convenio homologado, medidas razonables para asegurar su eficacia. Seguramente en la práctica habrá situaciones que exijan un pronunciamiento que obligue a buscar soluciones para ello.

Así pues, ante un incumplimiento de un régimen de comunicación acordado por las partes, se lo puede asimilar a una obligación de hacer. El art. 773 establece: "La obligación de hacer es aquella cuyo objeto consiste en la prestación de un servicio o en la realización de un hecho, en el tiempo, lugar y modo acordados por las partes".

Dicho artículo prevé que la realización del hecho debe ser efectuada "en el tiempo, lugar y modo acordado por las partes". Por tiempo, debe entenderse el plazo fijado expresa o tácitamente por las partes para el cumplimiento de la obligación. Respecto al modo, comprende todas las particularidades, ya sean sustanciales o circunstanciales de la ejecución, convenidas por las partes. En definitiva, el deudor debe cumplir la obligación en tiempo propio y en la forma en que las partes lo entendieron o verosímelmente pudieron entenderlo obrando con diligencia y lealtad (arts. 958, 961, 1061 y 1063, Cód. Civ. y Com.) (23).

(23) LORENZETTI, R. L., "Derechos Personales", en Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, LO-

Asimismo, el art. 775 del mismo cuerpo legal, establece sobre las obligaciones de hacer respecto a un hecho: "El obligado a realizar un hecho debe cumplirlo en tiempo y modo acordes con la intención de las partes o con la índole de la obligación. Si lo hace de otra manera, la prestación se tiene por incumplida, y el acreedor puede exigir la destrucción de lo mal hecho, siempre que tal exigencia no sea abusiva".

Aquí tenemos un deudor-progenitor que ejerce el cuidado personal del niño/a y/o adolescente que se encuentra obligado a efectivizar y viabilizar en tiempo y modo un régimen de contacto con el progenitor no conviviente, y en caso de no hacerlo, es decir, frente a la inejecución total de la obligación o a la declaración de incumplimiento, si el hecho se realizó de manera defectuosa, el acreedor (progenitor no conviviente) podría solicitar la ejecución forzada de la obligación, que en la práctica es poco efectiva ya que resulta violenta fijar un régimen de comunicación por medio de la fuerza pública. Por ello se podría solicitar que el régimen de contacto se efectivice en los estrados del juzgado u obtener el cumplimiento por parte de un tercero a costa del deudor, es decir, designar un perito asistente social de oficio a costa de la parte incumplidora para que efectúe el retiro y reintegro del niño/a o designar un familiar que haga de mediador entre las partes, etc. Cuando de ejecución de derechos personalísimos se trata, y aún más, cuando se encuentran involucrados los intereses de personas en condición de vulnerabilidad, el cumplimiento de la sentencia debe lograrse con el menor empleo posible de coacción, propiciando la solución pacífica de los conflictos familiares a la que alude el art. 706, inc. a del Cód. Civ. y Com.

Es por ello por lo que tanto la fijación de audiencia como la intimación propuesta constituyen recursos ligados a la efectividad de la sentencia cuyo objeto resulta altamente sensible al empleo de la fuerza, confrontándose la violencia de la ejecución con la violencia ejercida por el incumplidor (24).

RENZETTI R. L. (dir.) Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. III, p. 64.

(24) BALLARIN, S., "La eficacia de la sentencia en el sistema de comunicación entre padres e hijos", Librería Editora Platense, La Plata, 2013, p. 251.

En los casos que uno de los progenitores ejerce unilateralmente el cuidado personal de los hijos no implica que el otro progenitor quede ajeno a las cuestiones cotidianas referidas al desarrollo del hijo, desde las cuestiones de salud, como ser consulta médica, intervenciones quirúrgicas; escolares como por ejemplo cambio de establecimiento, actos, reuniones de padres, actividades extracurriculares, o de esparcimiento como ser viajes de egresados, vacaciones, ya que ambos tienen la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental.

Pero como es sabido, en la práctica cuando hay conflicto entre los progenitores surgen desavenencias entre ellos respecto de estas cuestiones cotidianas también. Sin duda me atrevo a decir que unos de los mayores conflictos que se presentan en los Juzgados de Familia resulta ser el cambio o la elección del colegio, ya sea cuando inicia la escolarización o porque simplemente se pretende un cambio de colegio. En estos supuestos podemos encontrar distintas problemáticas, como ser que ya estamos frente a un hecho consumado y el niño/a y/o adolescente se encuentra cursando sus estudios en el nuevo establecimiento escolar o bien ya se realizó la preinscripción y no fue consultado con el progenitor que no ejerce la custodia. Este último es quien trae generalmente el debate, pero también hay veces que es el progenitor que ejerce el cuidado quien pide autorización para el cambio o una medida de no innovar para que no suceda tal hecho.

Aclaremos que el progenitor que ejerce el cuidado unilateral de los hijos solo tiene a su hijo residiendo con él, pero en cuanto a tomar decisiones a su respecto, debe consultarlo con el progenitor no conviviente, sin perjuicio de lo que establece el art. 641, inc. b) y los factores que influyen en el otorgamiento judicial a uno u otro de ellos, respecto de la facultad de decidir que colegio sería el más adecuado, a saber: el arraigo del niño/a y/o adolescente en el colegio donde está o estaba cursando, sus preferencias, distancia existente entre el lugar donde tiene su residencia habitual y el colegio al que se encuentra concurriendo, situación económica de los progenitores, perspectivas de futuro, siempre y cuando no lo hubiesen incluido en el acuerdo regulador.

Igualmente resulta ser muy común la falta de información sobre cualquier tema respecto de los hijos/as al progenitor no conviviente, situación que es cuestión de litigio. Por ejemplo, el hijo/a estuvo internado por un dolor abdominal, para realizar una serie de estudios clínicos y descartar apendicitis y luego fue dado de alta y el progenitor no conviviente, no se entera hasta tener contacto con él.

También otro de los problemas que se presentan es cuando el progenitor que ejerce el cuidado quiere mudarse e irse a otra ciudad, o incluso a otro país. En este sentido existe variada jurisprudencia (25).

Todas estas cuestiones resultan ser obligaciones de hacer. En estos casos en los que se trata sobre informar o requerir la opinión del otro, cuando el conflicto se presenta, es de difícil ejecución en la práctica, pero no imposible. Dependerá de cómo maneje el conflicto el abogado de la parte y lo que resuelva en consecuencia el juez, pidiendo una medida de no innovar, cuando se lo quiere cambiar de colegio, por ejemplo, o que se tenga en cuenta la conducta de quien ejerce el cuidado unilateral por falta de información de las cuestiones cotidianas respecto del hijo, o por impedimento de contacto, respecto del progenitor no conviviente en virtud de lo que establece el art. 653 del Cód. Civ. y Com.

Aquí no quiero dejar de señalar que en estos tipos de casos además se ponen en juego —por lo menos— tres directrices receptadas por la Convención de los Derechos del Niño que integran nuestro bloque de constitucionalidad desde el año 1994: a) el predominio del superior interés del niño (art. 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño); b) el respeto de su capacidad progresiva (arts. 5°, 12 y 14 de la CDN); y c) su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta (art. 12.1 de la CDN).

Estos lineamientos han sido recogidos por nuestro ordenamiento interno en la ley 26.061 (y a nivel provincial en la ley 13.928) y en el Código Civil y Comercial de la Nación como principios rectores de la responsabilidad parental

(25) CNCiv., sala B, "L., N. A. c/ G. R.", 31/10/13, expte. 54.120.

en su art. 639 y como pautas para el ejercicio de la capacidad y participación en los procesos en los arts. 26 y 707 del ordenamiento citado, norma esta última que establece que la opinión del niño “debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

Igualmente, resulta de suma importancia al momento de resolver la ejecución que “...los efectos del asunto en el niño también deben tenerse en consideración...” (26). Debe prestarse atención primordial al “interés superior del niño” al que alude el art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño que constituye el principio que orienta nuestra legislación en materia de menores.

Por otra parte, y continuando con el proceso de ejecución, una vez verificada la concurrencia de los presupuestos procesales de la pretensión, es decir, los requisitos indispensables para lograr una relación procesal válida, como la competencia, la legitimación, la capacidad procesal de las partes y una demanda admisible, le sigue una etapa de cognición limitada y sumarásima dentro del proceso de ejecución de sentencia, debiendo el juez correr traslado del escrito que lo promueve al progenitor custodio por el plazo de cinco días (arg. arts. 150 y 505, Cód. Proc. Civ. y Com.) a fin de que oponga las defensas que tuviere contra la facultad ejecutoria del peticionante (27).

El progenitor conviviente contra quien se dirige la denuncia de incumplimiento puede plantear defensas susceptibles de limitar o suspender provisoriamente el régimen de comunicación fijado en la resolución judicial, aunque no debe ser admisible que introduzca cuestiones que ya fueron materia de decisión en el anticipo jurisdiccional o sentencia que determinó el contenido y modalidades de ejercicio del derecho de comunicación, salvo que se funden en hechos posteriores al dictado de ese pronunciamiento (arg. art. 505, Cód. Proc. Civ. y Com.), o inclusive anteriores, siempre que no hayan

sido conocidos por el juez al momento de resolver (28).

Pero no cualquier situación es suficiente para fundar la oposición a la pretensión ejecutoria, sino que ha de tratarse de hechos actuales y graves que signifiquen una alteración sustancial de las circunstancias existentes al establecer el régimen de comunicación, valorados en función del niño que pueda verse afectado y siempre teniendo en consideración el principio de su interés superior (art. 3°, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 3°, ley 26.061) (29).

Dicha oposición, del progenitor que ejerce el cuidado unilateral del hijo/a, en el trámite de ejecución del régimen de comunicación, quien pretende que sea revisada la resolución que lo estableció, sin alegar hechos de envergadura, graves que sirvan para limitar o suspender la comunicación, debe ser rechazada in limine por ser objetivamente improponible (art. 179, Cód. Proc. Civ. y Com.).

Generalmente, en las ejecuciones de regímenes de comunicación, se actúa sin la firmeza que desea la parte requirente, permitiendo que el progenitor custodio introduzca toda clase de planteos a la hora de contestar la denuncia de incumplimiento pese a las significativas restricciones que impone el reducidísimo ámbito cognitivo del proceso de ejecución, llevando ello a demoras innecesarias en el desarrollo del trámite, con la consiguiente ansiedad e impotencia del progenitor no conviviente y la correlativa frustración del interés del hijo/a.

Por otro lado, hay que destacar que en muchos casos aparecen acontecimientos relacionados con los hijos, como exámenes, viajes por motivos culturales o deportivos con su grupo de pares, enfermedades, etc., que al no estar previstos en la resolución o acuerdo que fija el régimen comunicacional impide la ejecución en sus propios términos.

Una vez producida la prueba y escuchadas las partes y el niño, el juez admitirá o desestimará la oposición a la pretensión ejecutoria del régimen de comunicación.

(26) Observación Gral. 12 (2009), El Derecho del Niño a ser escuchado, ptos. 28/31.

(27) ALESI, M., ob. cit.

(28) Ibidem.

(29) Ibidem.

Si la admite, seguramente se traducirá en una limitación o suspensión del régimen comunicacional que perdurará hasta que se acredite la modificación de las causas graves imputables al progenitor no conviviente, o la desaparición de la imposibilidad material de cumplir con el contacto dentro de los términos en que se lo fijó.

Cabe aclarar que, toda restricción en el derecho de comunicación es excepcional y de aplicación restrictiva, haciéndose necesaria una nueva resolución judicial que declare superado el hecho impeditivo que la originó y acuerde la reanudación del mismo régimen u otro distinto adaptado a la nueva situación familiar (30).

En el mismo decreto que hace lugar a la oposición por causas imputables al progenitor no conviviente, se le puede imponer la realización de un tratamiento psicológico o psiquiátrico a fin de que modifique la disfunción parental perjudicial al interés del hijo y que obste al pleno ejercicio del derecho de comunicación, debiendo acreditar periódicamente el cumplimiento de la medida mediante un informe elaborado por el profesional a cargo de la terapia. O bien la comunicación puede llevarse a cabo dentro de un marco terapéutico, debiendo también remitir al Juzgado la evolución de este.

Ahora bien, de rechazarse, el régimen de comunicación deberá cumplirse, en principio, en los mismos términos en que fuera establecido, sin perjuicio de que el juez derive a uno o ambos progenitores, e incluso al hijo/a, a un tratamiento psicológico individual y/o familiar para remover las tensiones que dificultan las relaciones personales entre ambos padres y el niño (31).

Puede suceder que en determinadas situaciones resulte perjudicial para el niño el cumplimiento del régimen de comunicación en las condiciones previstas en el acuerdo o resolución que lo fijó, por lo que el magistrado reajustará la frecuencia y/o las particularidades de ejercicio del derecho de comunicación por aplicación del instituto de la adecuación de la ejecución de sentencia, receptado por el art. 509, Cód. Proc. Civ. y Com., en cuanto permite que

establezca las modalidades de la ejecución, o amplíe o adecue las que contenga la sentencia, dentro de los límites de esta (32).

Dicha herramienta procesal es empleada por lo general cuando la relación del niño/a con su padre o madre no conviviente se encuentra deteriorada y consecuentemente debe recomponérsela a través de un contacto limitado en su duración, con o sin la presencia de profesionales y/o familiares del niño, que se irá ampliando en forma progresiva, de acuerdo con la evaluación de su estado psicológico. Siendo posible decretar que la vinculación se lleve a cabo en un espacio terapéutico, para lo cual será indispensable que el terapeuta interviniente se focalice exclusivamente en el restablecimiento de las relaciones paternofiliales, y llegado el caso, se comunique con el cuerpo auxiliar interdisciplinario del juzgado para aunar criterios (33).

No cabe duda que el juzgador ante ese incumplimiento debe encontrar mecanismos y soluciones para abordar pacíficamente el problema vincular del grupo familiar involucrado, advirtiendo que no se puede estandarizar dichas soluciones, sino que en cada caso en concreto deberá ensayar una serie de medidas tendientes al restablecimiento del vínculo paterno o materno filial, teniendo como objetivo primordial el interés superior del niño/a y/o adolescente, posibilitando el restablecimiento de los derechos que están siendo vulnerados.

Por eso con acierto se sostuvo que, una vez establecido el régimen, este debe ser protegido, de lo contrario se tendrá que admitir el fracaso del derecho como instrumento de organización social y de justicia. Claro está que los jueces —en los pronunciamientos que dicten al respecto— deberán respetar el principio de proporcionalidad y de no lesión a otros bienes e intereses superiores que los que se pretende salvaguardar, pero las medidas a adoptar —sobre todo cuando se acude a medios indirectos— tienen que tener el peso y envergadura necesarias para lograr que sus consecuencias importen, para el renuente recalcitrante, efectos menos deseables

---

(30) Ibidem.

(31) Ibidem.

---

(32) Ibidem.

(33) Ibidem.



que los que signifiquen para él dar cumplimiento con lo que se ha dispuesto (34).

En resumidas cuentas, las medidas judiciales para lograr la efectividad de la sentencia del régimen de comunicación que he mencionado dependerán en su aplicación de lo que surja del análisis de cada trama familiar y ello no significa que deban ser aplicadas indiscriminadamente, en cualquier caso.

#### IV. Conclusión

Lo expuesto no es más que un enfoque especialmente jurídico respecto de los medios para lograr el ejercicio de los derechos familiares reconocidos en la sentencia que se pretende ejecutar.

Queda claro que no es misión del derecho de familia coaccionar conciencias, ni suplantar personalidades, y que no alcanza con persuadir en una sentencia aportando valores como la solidaridad familiar, la responsabilidad parental, o la protección al vulnerable, si no se encuentra implementado con una visión interdisciplinaria y actualizada de estos preceptos éticos (35).

La razonabilidad debe partir del ejercicio regular de las atribuciones que corresponden al juez de familia dentro del marco normativo legal y convencional, y que exige que se encuentre acreditada una conducta incumplidora la cual se pretende revertir con la conminación. Dicha conducta no debe ser aceptada, y menos cuando se encuentran involucradas personas menores de edad.

(34) MIZRAHI, M. L., Responsabilidad Parental Cap. XI "Medidas judiciales para la efectividad de la comunicación Materno o Paterno filial", Astrea, Buenos Aires, 2018, p. 670.

(35) GROSSO, R. R., ob. cit.

Por su parte, la proporcionalidad requiere evaluar la gravedad de la resistencia y sus consecuencias, y ajustar las medidas que se adopten a la conducta que se quiere lograr. Por eso entiendo que aquellas que están orientadas a la esfera económica del renuente, son las que en la práctica dan algún resultado, porque el incumplimiento a una orden judicial es apreciable en esos términos; solo ante el fracaso y en la medida en que tengan virtualidad para instar al cambio, serán legítimas otras restricciones.

Lo cierto es que los conflictos familiares no pueden ser solucionados de acuerdo con reglas clásicas cuya estructura tradicional solo permite asignar culpas y castigos, tornándose ineficaz para solucionar conflictos familiares. De allí que es menester, para el derecho de familia, tener una adecuada herramienta procesal para hacerlo efectivo. Pues es necesario que el juez no se ajuste a principios rígidos, y tenga en cuenta que tales principios deben interpretarse con criterio amplio para que los derechos fundamentales de las personas tengan vigencia real y concreta (36).

Así pues, nos encontramos ante un importante desafío que exige consensos básicos y creatividad en estos nuevos tiempos; pues, como señala la Exposición de Motivos de las 100 Reglas de Brasilia, "poca utilidad tiene que el Estado reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de ese derecho". Quienes nos desempeñamos en la Justicia de Familia procuramos responder a ese desafío.

(36) MEDINA, G., "El Proceso de Familia en el Código Unificado", Revista Reformas Legislativas. Debates doctrinarios. Código Civil y Comercial, Año I, N° 3, 2015, Id SAJ: DACF150456, p. 25.

# Procesos de familia: la etapa previa

Edgardo P. Molins (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Procesos de familia.— III. Procesos sumarios (plenarios abreviados).— IV. La etapa previa.— V. Principios de la etapa previa.— VI. Plazo de duración de la etapa previa.— VII. Prohibición de mediación.— VIII. Opinión de niños y adolescentes.— IX. Funciones del consejero de Familia.— X. Atribuciones del consejero de Familia.

## I. Introducción

Este artículo tendrá como objetivo la descripción de los lineamientos generales del proceso, particularmente de la etapa previa, ante el fuero especializado de familia de la provincia de Buenos Aires. Estas breves líneas ofrecen también un somero análisis de las dificultades cotidianas que se presentan en la práctica y algunos consejos útiles para sobrellevarlas.

## II. Procesos de familia

El proceso judicial entendido como un medio instrumental o herramienta que se utiliza con la finalidad de obtener una declaración de derecho material está organizado desde su inicio por una vasta singularidad de reglas, que imponen el cumplimiento de diversas formalidades en oportunidades y espacios concretos. En materia de familia tenemos un modelo típico o clásico de proceso —plenario abreviado—, más una amplia variedad de trámites o procesos especiales.

A su vez hay que tener en cuenta la prerrogativa que concede el art. 838 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la provincia de Buenos Aires, que posibilita al juez en atención a la complejidad de la cuestión a cambiar el tipo de proceso mediante resolución fundada. Se halla aquí sin dudas, la válvula o franquicia procesal que le permite al juez *aggiornar* efectivamente el espíritu de los principios generales del proceso de familia que instituyó el art. 706 del Cód. Civ. y Com.

Abreviando, en la provincia de Buenos Aires, en materia de derecho de familia, tenemos un modelo de proceso clásico —proceso sumario— que se divide en dos etapas: etapa previa y etapa de conocimiento.

A su vez nos encontramos con varios procesos que tienen un trámite especial, tales como los de declaración de incapacidad e inhabilitación, alimentos y litis expensas, beneficios de litigar sin gastos, autorización para contraer matrimonio, tutela y curatela que están regulados dentro del cuerpo normativo del propio código de procedimientos de la provincia de Buenos Aires (arts. 78, 618, 635, 812, 814 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Por último, bajo la misma fuente legal, el parlamento provincial sancionó diversos procedimientos judiciales en leyes de protección de la niñez (13.298), inscripciones tardías de nacimiento (14.078), protección contra la violencia familiar (12.569), adopción (14.528), entre otros.

Finalmente nos topamos con una multiplicidad de procedimientos que se desprenden de las leyes nacionales 26.061, 26.413, 26.485, 26.657, como del propio Código Civil y Comercial Unificado de la República Argentina —ley 26.994—. Si se realiza un repaso del articulado de este último, se evidencia una vez más, la prolífera tendencia regulatoria de institutos procesales imbricados en normas sustanciales. A sabiendas de lo fútil que resulta la siguiente crítica, no por ello hay que dejar de decir que testimonio nuevamente una flagrante infracción de los arts. 121 y 75, inc. 12 de la Constitución Nacional, recordando que el primero de ellos dis-

---

(\*) Defensor Oficial en lo Civil, Comercial y de Familia de la provincia de Buenos Aires. Exconsejero de Familia.

pone: “Las provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno federal”, en tanto el segundo, precisa, que las provincias no han incluido entre los poderes delegados al Congreso de la Nación, el de dictar los códigos de procedimiento. Sentado ello, conviene admitir que la realidad siempre se impone, y la realidad jurídica no es una excepción. Se tolera con parsimoniosa pasividad la apropiación del Congreso nacional en el dictado de disposiciones formales, muchas veces avalada por reiterada doctrina de la Corte Suprema (1), que desalienta cualquier aventura de inconstitucionalidad de las normas formales contenidas en leyes de fondo. Por cierto, sobreabundantes en materia de familia en el código civil y comercial (ver arts. 33 y sig., 80 y sig., 87 a 89, 103, 437 y sig., 466, 483, 492, 512, 543 y sig., 555, 557, 607, 612 a 614, 615).

Dicho eso, a esta última categoría la denominaré de “procedimiento especial” al provenir de fuentes legales externas y al solo efecto diferenciarla de los procesos especiales regulados dentro del propio código procesal, sin pretender entrar en la absurda disquisición entre procesos y procedimientos, y según su órgano de emisión, de origen local o nacional.

En resumen, contamos con los procesos sumarios que se dividen en dos etapas —etapa previa y etapa de conocimiento—, con los procesos especiales —ambos regulados en el Código de Procedimientos Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires—; y con los procedimientos especiales que se desprenden de diversas leyes, tanto de orden provincial como nacional.

### III. Procesos sumarios (plenarios abreviados)

Haciendo tributo a la expresión “la excepción hace la regla”, el art. 838 del Cód. Proc. Civ. y Com. dispone que, salvo proceso con trámite especial, en cuanto a sus formas, regirán las disposiciones previstas por ese código para los procesos sumarios. Esto también tiene ciertas particularidades, ya que como se mencionó, el juez posee prerrogativas que le permiten cambiar el tipo de proceso mediante resolución fundada.

(1) Fallos 138:157; 190:124; 200:203; 244:527, entre otros.

A su vez, este proceso estándar se divide en dos etapas: etapa previa y etapa de conocimiento, que se pueden suceder únicamente en ese orden, o puede ocurrir que se inicie un proceso en cualquiera de las dos etapas y se concluya íntegramente en esta, e incluso, conforme las facultades de delegación del juez y las funciones asignadas al consejero de familia por los arts. 34 inc. 1), 36 inc. 4) y 833 del Cód. Proc. Civ. y Com., se podría afirmar que puede retrotraerse de etapa. Demás esta aclarar que esta última afirmación va en sentido figurado, ya que técnicamente no está previsto, considerando siempre la preclusión de actos y etapas realizadas en un proceso.

Se trataría entonces, de una prerrogativa convencional, una suspensión procesal —art. 157 del Cód. Proc. Civ. y Com.— que, al percibir escenarios propicios al avenimiento de las partes en el proceso que se estaría desarrollando en la etapa de conocimiento, el juez puede volver a convocar la intervención del consejero de familia para conformar las pautas y términos de un acuerdo definitivo que ponga fin al proceso.

En todos los supuestos habrá siempre media una decisión del juez, tanto sea de admitir una etapa u otra de manera inicial, sea de pasar de la etapa previa a la de conocimiento o, de suspender los plazos procesales en esta última etapa del juicio para reabrir una instancia de mediación (arts. 828, 831 y 837 del Cód. Proc. Civ. y Com.). En resumen, el proceso sumario cuenta con dos etapas autónomas para resolver el conflicto familiar en curso.

### IV. La etapa previa

El procedimiento de inicio es sencillo y rápido. Actualmente se realiza por medio del portal de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas de la Suprema Corte, que constituye el modelo de expediente electrónico implementado para interactuar en el proceso desde la red Internet.

En dicha presentación inicial no se debería requerir más que un breve sumario que contenga el nombre de las partes, el objeto/materia y la acreditación de vínculos mediante la incorporación por archivo adjunto de los documentos escaneados (art. 829 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

En cuanto a los hechos, cabe señalar que en ningún caso corresponde realizar un relato pormenorizado de ellos, ya que lo que se deje asentado por escrito puede condicionar indefectiblemente el desarrollo de la etapa, donde se debe priorizar y propiciar una atmósfera favorable para trabajar progresivamente en los puntos de encuentro entre los participantes, lo más distante posible a los escenarios de acusaciones recíprocas. Lo recomendable siempre es no relatar hecho alguno, excepto que se desee ineludiblemente expresar hechos que por su calidad objetiva sean de naturaleza en principio “incontrovertible”, tales como la alusión de que con la señora “x” mantuvimos una relación de pareja desde el año ..., fruto de la cual nació nuestro hijo ..., separándonos de manera definitiva en el año ..., manteniendo desde entonces dificultades para acordar los tiempos de cuidado de nuestro hijo.

Ingresada la solicitud —expediente electrónico— al juzgado, el juez dará inmediata intervención al consejero, quien efectuará un somero análisis de conveniencia y oportunidad para dar curso a la etapa previa, informando su estimación al juzgado dentro de las siguientes veinticuatro horas.

Si la considera admisible, inmediatamente sustanciará lo que corresponda. Sería inusual, pero puede suceder que, pese al informe positivo del consejero sobre la conveniencia de la etapa, el juzgado, no obstante, la desestime. Contra esta resolución el consejero podrá interponer reposición. Se origina aquí un particular recurso procesal, algo así como una especie “auto recurso” de reposición, solo en cabeza del consejero de familia y ante el propio juez que denegó la tramitación de la etapa previa, cuando a su criterio, insista que ella es necesariamente apropiada (art. 831 *in fine* del Cód. Proc. Civ. y Com.), resolviendo el juzgado, en definitiva.

De considerarla inadmisibile, deberá fundar su posición y devolver las actuaciones al juez, quien resolverá en definitiva (arts. 830 y 831 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

En síntesis, ingresa al juzgado una solicitud de trámite de etapa previa —expediente electrónico—, pasa inmediatamente al examen de admisibilidad del consejero. En caso positivo,

informa al juzgado y sustancia el caso. En caso negativo, fundamenta los motivos por los cuales a su criterio resulta inviable. En ambos casos, resuelve el juez. Solo en el primer supuesto —informe de admisión positiva—, pero no avalada por el juzgado, puede el consejero insistir interponiendo reposición.

Abierta la etapa, normalmente el consejero cita a ambas partes a una primera audiencia. Ya en presencia de estas, el consejero deberá considerar que probablemente sea la primera exposición pública que las partes hacen del conflicto familiar que los atraviesa. Es de estimarse entonces, que los participantes no cuenten aún con experiencia alguna ante los estrados judiciales, que estén transitando por un momento de inestabilidad emocional y ansiedad por resolver un conflicto familiar de quiebre.

Por ello, en este primer contacto del sistema con las partes, es esencial que el consejero de familia reúna a la totalidad de estas —generalmente padres/madres— junto a sus letrados y dedique unos minutos a desarrollar un prólogo de rutina que sintetice las reglas de la etapa —su objetivo y finalidad—, el rol del consejero y, la cohesión y el comportamiento esperable de las partes para transitar la etapa, procurando así el empoderamiento de los protagonistas, reforzando su seguridad, confianza, compromiso y responsabilidad para la toma de decisiones de consenso destinada a autocomponer los conflictos que los atañe. Para ello será necesario, siguiendo siempre los postulados de la ley 15.184, “la deconstrucción de los tecnicismos jurídicos y su reemplazo por términos coloquiales, desde que en general, el lenguaje jurídico se presenta como incomprensible para el común de la gente y principalmente para la población vulnerable...” (2).

Finalmente cabe señalar, para despejar cualquier confusión, que la etapa previa es jurisdiccional, ya que está instituida dentro del proceso, ámbito y estructura judicial especializada en el fuero de familia. Ciertamente que es preliminar a la etapa contenciosa y que goza de la flexibilidad de formas con gran ausencia del ritual debate.

(2) PAULONI, V. S. y otros, “Construyendo confianza...”, I.J. Editores Fondo Editorial, 2021, <https://t.co/VY3VzRDrQ9>

## V. Principios de la etapa previa

En cuanto a los principios, entendidos estos como ideas que singularizan la esencia de la etapa previa, se pueden proclamar el principio de no formalidad o más bien directamente de informalidad y, el de intervención mancomunada con el equipo técnico auxiliar interdisciplinario.

### *V.1. Principio de informalidad y flexibilidad normativa*

El art. 828 del Cód. Proc. Civ. y Com. en su última parte indica: “En esta etapa todas las actuaciones serán sin formalidades, con excepción de las resoluciones que dicte el magistrado”.

Una de las características esenciales de esta etapa del proceso es la de su informalidad. Ello no significa que la etapa se encuentre desprovista de toda técnica u oficio de procedimiento, sino por el contrario. Es una etapa procesal más y, como tal, está profundamente impregnada de toda compostura y práctica judicial. Sería muy osado esperar que la complejidad judicial abdicara de sus ritualismos. Así entendido pareciera que estamos frente a un oxímoron, frente a una flagrante contradicción. ¿Cómo sería regular una etapa procesal sin formalidades?

En realidad, a lo que apunta esta disposición es a la función propia del consejero dentro de esa etapa procesal. Es que, admitida la etapa previa y hasta su conclusión, el consejero es el director del proceso. Este papel, siempre signado al juez por sus atributos y facultades procesales, en el marco de la etapa previa, es trasladado exclusivamente al consejero de familia.

Y es aquí, en el ejercicio de su función, que no debe someterse a mayores formalismos que condicionen su actuación, su obrar. Para ello, con lo único que siempre debe contar el consejero interviniente es con la comprensión, voluntad y acompañamiento de las partes que se someten a su accionar, quienes desde luego siempre cuentan con la posibilidad de peticionar la conclusión de la etapa (art. 836 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

Es decir, la informalidad declamada por el legislador no es de la etapa en sí, que tiene sus

consabidas reglas, sino más bien de la actuación del consejero como director del proceso dentro de la etapa previa (arts. 833 y 834 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Y en su despliegue, el consejero puede, solo por citar algunos ejemplos prácticos, convocar a las partes, hablar con vecinos y familia ampliada, consultar con autoridades, referentes y gabinetes escolares, religiosos, laborales, consulares, etc. Todo cuanto sea necesario para formarse del conocimiento sobre el entorno y desenvolvimiento familiar con el objeto de que todas estas diligencias contribuyan a la misión de converger en las mejores opciones de recomposición familiar. La informalidad de todo este activismo jurisdiccional importa que no necesariamente deba dejarse constancia en el expediente, desde que ello podría contravenir con la celeridad y el dinamismo deseado.

A su vez, esta licencia de formalidades coadyuva evitando planteos nulitivos y toda aquella actividad recursiva que muchas veces se utiliza persiguiendo fines dilatorios. Todo aquel arsenal procesal, resulta en esencia ajeno a esta etapa y, por tanto, improcedente (arts. 835, 837 y 852 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

En relación con la flexibilidad normativa, se puede decir que es una idea que se mencionó en el punto VIII del Título preliminar del Proyecto de ley (actualmente archivado por caducidad en el senado provincial) del Código Procesal en lo Civil, Comercial y de Familia de la provincia de Buenos Aires (3) que estipulaba, como uno de los principios aplicables al proceso: “La adaptabilidad de las formas implica favorecer la flexibilidad en la aplicación de las normas procesales tendiente a la consecución efectiva de la meta del proceso. Las partes tienen derecho someter a la consideración del juez propuestas relativas al trámite del proceso. El juez podrá adaptar las formas sin vulnerar el debido proceso legal”.

De cualquier manera, este aporte que era elevado a la categoría de principio general aplicable a los procesos de familia no contribuye más que a reforzar las prerrogativas concedidas por el actual art. 838 del Cód. Procesal que le per-

(3) Puede consultarse en el sitio web del Senado de la Pcia. De Bs. As. Secretaría Legislativa (senado-ba.gov.ar), sección "proyectos de ley" nro. de expte. "LETRA: A NUMERO: 1 PERIODO: 2019 — 2020".

miten al juez aplicar el proceso que resulte más conveniente al interés familiar y a la resolución del conflicto planteado.

### V.2. Principio de interdisciplinariedad

Este principio básicamente funcional, que hace a una de las características distintivas de esta etapa, se desprende del art. 834 del Cód. Proc. Civ. y Com., cuyo epígrafe “atribuciones” de los consejeros de familia, determina en líneas generales un horizonte operativo de su accionar. En tal sentido el artículo mencionado señala que el consejero puede requerir de la colaboración del cuerpo técnico auxiliar o de la oficina pericial según sea el caso.

Esto claramente se condice con la premisa de desenmascarar a tiempo, conflictos familiares cuyo origen responda a antecedentes más emocionales que racionales o lógicos, donde el derecho con sus normas jurídicas no cuente con el mejor repertorio de soluciones posibles.

Los equipos técnicos de los juzgados de familia cuentan en sus plantas funcionales con médicos psiquiatras, licenciados en psicología y trabajadores sociales, los que sumados al consejero de familia —cuyo título base es abogado— y siempre liderados por este último, permiten un abordaje trasversal y multifacético, desde el punto de vista académico, del conflicto familiar que se despliega. En lo operativo esta interacción multidisciplinaria debe ir despejando las dudas diagnósticas del conflicto presentado, como administrar el camino más adecuado que las familias han de transitar para superarlo, lo que puede incluir, derivaciones a tratamientos y programas externos, con el consiguiente control y seguimiento de estos.

De esta interoperatividad interdisciplinaria debidamente liderada por el consejero de familia, con la debida cooperación de las direcciones jurídicas de las partes y, aprovechando las ventajas del marco procesal no formal, dependerá en buena medida el éxito de la etapa previa.

#### V.2.a. Informes reservados y secretos

¿Un mal hábito judicial? Se observa en la praxis judicial —cada vez menos— una errante práctica de presentar informes por parte de los

miembros del equipo técnico. Y más desacertada aun, la disposición del consejero de familia, cuando le otorga carácter secreto al informe y lo manda a reservar.

Esta costumbre judicial —probablemente en extinción— puede ser objetada desde distintos enfoques. Todos ellos tienen en común la nota de atentar directamente contra la naturaleza y esencia misma de la etapa previa. Por un lado, presentar un informe, importa por sí, someterse a ciertos métodos provenientes del ámbito de convención forense, donde el integrante del equipo técnico se posiciona como un perito oficial y, guardando ciertas formalidades metodológicas, presenta su informe. Esto de mínima es una burla al principio de informalidad que guía a la etapa.

Recordemos nuevamente la prevención del art. 828 *in fine* del Cód. Proc. Civ. y Com.: “En esta etapa todas las actuaciones serán sin formalidades, con excepción de las resoluciones que dicte el magistrado”.

Por otro lado, cabe preguntarse: ¿secreto y reservado para quién?, ¿justamente para las partes?, ¿quién más podría tener interés en el conflicto familiar? Estas preguntas no podrían hallar respuestas lógicas si se parte de las premisas que las partes se someten voluntariamente al concurso de la etapa previa, si se sabe que el consejero no tiene poder de decisión, si la misión plausible es la autocomposición. Entonces, ¿para qué guardar secreto del informe del equipo técnico si justamente ello contribuiría a reflexionar y analizar en conjunto las alternativas terapéuticas que posibiliten modificar los patrones de conductas o comportamientos que generan disfunción y horadan la recomposición familiar? Desde ya que no existe la posibilidad, en esta etapa, de formular observaciones o impugnaciones al informe, pero naturalmente es necesario abrirlo al coloquio de las partes para evacuar cualquier duda e interés que contribuya a proyectar un mejor horizonte familiar. Claro está que el secretismo y la reserva limita todas estas posibilidades.

Puede ocurrir que por temor a que se cuestione la objetividad e idoneidad de los colaboradores del equipo técnico se reserven los informes. Pero esta preservación sigue siendo injustifica-

ble. Una práctica superadora para la cuestión y en sintonía con el principio de informalidad, sería que el equipo técnico exponga sus apreciaciones y recomendaciones apuntadas abiertamente y de forma verbal.

## VI. Plazo de duración de la etapa previa

La ley no ha establecido un plazo temporal de duración de la etapa, lo que es naturalmente correcto. Lo contrario atentaría nuevamente contra la esencia misma de la etapa, que persigue la autocomposición y enfrenta crisis familiares de diversa complejidad, íntimamente relacionados con la subjetividad y los tiempos de cada uno de los individuos que encaran el conflicto familiar y que habrá que ir desentrañando.

Sucede que muchas veces los tiempos se extienden, incluso por años, y ello no necesariamente significa que se esté trabajando mal. En ocasiones se sostienen acuerdos mínimos y provisionales, que se van ampliando paulatinamente al compás de los avances y retrocesos de las terapias individuales derivadas a espacios externos. Es decir, no es un interés principal los tiempos procesales en esta etapa, sino las condiciones y garantías de que las partes sostengan un piso mínimo de acuerdos que beneficien el interés superior de los niños y, una expectativa superadora de progreso.

Ahora bien, tampoco es recomendable su obstinada prolongación, más si se ha perdido el curso y horizonte de acción. El prudente arbitrio del consejero acompañado de la mirada del equipo técnico debe advertir a tiempo la esterilidad de su continuación y declarar su agotamiento (art. 835 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Ello, sin perjuicio de la capacidad que tienen las partes de solicitar el cierre de la etapa previa, cuantas veces lo consideren necesario, debiéndose analizar y expedirse en cada oportunidad que sea planteado (art. 836 del Cód. Proc. Civ. y Com.).

## VII. Prohibición de mediación

¿Otro mal hábito tribunalicio dentro del fuero? De la parte procedimental de la ley nacional 26.485 en el último párrafo de su art. 28 proviene la regulación que prohíbe las audiencias de mediación o conciliación. Reproduce de mane-

ra literal el precepto la legislación provincial con la modificación del art. 11 de la ley 12.569 introducida por ley 14.509, que en su último párrafo expresamente dice: “Quedan prohibidas las audiencias de mediación o conciliación”.

Si bien el objeto y objetivo de una y otra legislación son diferentes, en tanto la primera persigue prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales y, la segunda promueve acciones de protección contra la violencia en el ámbito familiar, la prohibición es idéntica. Ambas legislaciones comparten un área en común.

Un sujeto y una modalidad de violencia en común. Esto es, la mujer víctima de violencia en el ámbito familiar. Se reitera que en cuestiones procedimentales en el territorio provincial no rigen los postulados de las leyes nacionales, salvo remisión o adhesión expresa de la ley provincial a la nacional.

Volviendo al punto y tal como se señaló, ambas prohibiciones son exactas. Aplica entonces por analogía la doctrina que indica: “La disposición del art. 28 de la mencionada Ley 26.485 está dirigida a todos los operadores del derecho, entre otros a los jueces, quienes tienen la función de rechazar las solicitudes de mediación en situaciones de violencia familiar. A su vez, los abogados no deben peticionar lo que está prohibido por ley y los mediadores no pueden mediar en este tipo de situaciones” (4).

Por otra parte, tengamos presente que la mediación es un método o técnicas que se aplican para resolver un conflicto y, que la conciliación es un resultado posible de la aplicación de esos métodos o técnicas (art. 309 del Cód. Proc. Civ. y Com.), aunque en la disposición citada se las mencione como sinónimos.

Se ha dicho: “El consejero que por algo no ha sido llamado ‘mediador’ no tiene solo la función de procurar una conciliación, sino también, ayudado por el equipo técnico, de entrevistarse con los miembros de la familia y sus

(4) ORTIZ, D. O., “El compromiso de no mediar en el procedimiento de violencia familiar”, *Microjuris*, 2017, cita: MJ-DOC-10683-AR / MJD10683

abogados a fin de brindarles asesoramiento y orientación” (5).

En similar sentido y en oportunidad de argumentarse contra la Resolución n° 3766 de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, de fecha 15 de julio de 2015, que dispuso la derivación en materias de familia a la instancia prejudicial de Mediación Previa Obligatoria (MPO) instituida por ley 13.951, que tuvo vigencia por unos pocos días hasta su suspensión definitiva, se dijo: “Es por ello que cuando las familias entran en crisis, el Estado tiene el deber de poner a su disposición las mejores herramientas con las que cuenta para lograr recomponer la armonía mínima necesaria para no lamentar después las nocivas e irreversibles consecuencias que se generan por no intervenir adecuadamente y en tiempo oportuno. E indudablemente, en este estado de situación, la derivación de estos conflictos al sistema de Mediación Previa Obligatoria no se condice con los estándares deseados de brindar una protección integral a las familias, toda vez que se condiciona y pospone a las resultados de la mediación prejudicial, el mejor instrumento con que cuenta el Estado para dar efectiva respuesta a esta problemática y, que es la intervención judicial del Consejero de Familia (arts. 833 y sgtes. del Código de Procedimientos)” (6).

Dicho esto, conviene refrescar que la función del consejero de familia dentro de la etapa previa no se reduce a la mediación. Va mucho más lejos. En los fundamentos de la ley 11.453 de creación del fuero especializado de familia de la provincia de Buenos Aires se expresó: “Es necesario entonces, crear una etapa preliminar, donde la intención manifiesta, es la de qué el órgano judicial brinde una estructura especializada, con flexibilidad de formas, con gran ausencia del ritual debate, y en donde se busque sustancialmente, a través de quienes gozan del

---

(5) FERNÁNDEZ, S. L. y otra, “Abordaje de conflictos en mediación familiar o en etapa previa judicial. Similitudes y diferencias de las funciones del mediador familiar y del consejero familiar”, TR LALEY AR/DOC/2446/2018.

(6) MOLINS, P., “Una resolución administrativa de la Suprema Corte puede traer indeseadas consecuencias en las relaciones de familia. Primeras dificultades en la aplicación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, SAJJ, 2015, <http://www.sajj.gob.ar/>

aval científico inherente, las causas que generan estos conflictos, dando adecuada solución y en caso de no poder brindarla en esa instancia, plasme con nitidez el camino a seguir para arribar a la misma. Tratándose de situaciones irreversibles, debe educar a los partícipes sobre la forma de conducirse en el futuro para evitar males mayores, para obtener la paz individual de cada uno de sus componentes y, en suma, la del grupo afectado” (7).

Allí también se agregó: “Como abogado que es... el consejero de Familia debe preservar la igualdad de los concurrentes interesados, el debido anoticiamiento de audiencias, comparencias ante el cuerpo técnico auxiliar, etc., y por sí solo puede convocar a las partes, a toda persona vinculada que beneficie o perjudique a su entender la situación, solicitar informes, interrogar, requerir la presencia de ministros del culto que profesen los interesados si mediare conformidad de ellos ..., provocar reuniones deliberativas del cuerpo técnico auxiliar con la presencia o no del asesor de incapaces ..., efectuar oficiosamente reconocimientos de lugares y/o personas a fin de constatar hechos o desecher por inexactos los mismos y formarse acerca del concepto y desenvolvimiento del grupo familiar y en fin, todas aquellas diligencias que tiendan a su misión específica: el sustento de la realidad concreta, el logro de la conciliación recomposición, advenimiento, entre los componente, aconsejando los tratamientos a seguir, pautas de conducta para mantener la solución o preservar su futura existencia, etc., y de no darse ella, será el indicado consejero del juez durante la contienda judicial ...” (8).

Sentado ello, es más sencillo concertar que la intervención del consejero en el marco de la etapa previa no entra en colisión con la regulación aludida que prohíbe la mediación mediante medidas de protección contra la violencia familiar vigentes. No obstante, suele observarse en la praxis tribunalicia una reticencia y cierta obstrucción al despliegue del conflicto familiar en la etapa previa cuando existen esas medidas

---

(7) Puede consultarse en Sistema de Información Normativa y Documental del Gobierno de la Provincia de Buenos Aires: <https://normas.gba.gob.ar/ar-b/ley/1993/11453/5365>

(8) Ibidem.



de protección contra la violencia familiar y se encuentran vigentes. Incluso se ha llegado hasta la suspensión del proceso con fundamento en la mencionada disposición.

Cuando los órganos jurisdiccionales dan este tipo de respuestas, paradójicamente se auto-limitan. Obturan la posibilidad de brindar un recurso tan amplio y completo, justamente a familias que atraviesan una compleja problemática y que muchas veces provienen de los sectores más vulnerables con elementales recursos intelectuales. Con ello, optan por encapsular un conflicto latente, una potencial olla a presión, aplazando el abordaje al vencimiento de las medidas, que en muchos casos suelen prorrogarse, con plazos que comúnmente se estipulan entre los 120 y 180 días y, que con una sola prórroga de por medio, equivaldría a un año sin abordaje jurisdiccional.

Esta praxis no resulta tolerable a los intereses familiares, aparte de ser contraria a la ley, que claramente no prohíbe la apertura de la etapa previa. La restricción legal se refiere a la prohibición de someter a las partes a una mediación obligatoria como método alternativo de resolución de conflictos, en la presunción de que una de ellas —en este caso la mujer, víctima de violencia de género—, por razones de vulnerabilidad y en su protección, no estaría en condiciones y posición de adoptar decisiones frente a su agresor. Dicho una vez más, la etapa previa no es una audiencia de mediación o conciliación. Como se explicó, en el despliegue de la etapa previa, el consejero puede y debe ir, conforme el caso lo amerite, a las profundidades del conflicto familiar. Lo que prohíbe la ley no es el despliegue de la etapa previa con todos sus recursos, sino la imposición de un abordaje superficial en una audiencia de mediación mediando medidas de protección contra la violencia familiar vigentes y donde la víctima o denunciante sea una mujer.

Aparte de ello, las partes que participan en la etapa previa cuentan, en principio, necesariamente con la asistencia de un abogado (arts. 56 y 829 del Cód. Proc. Civ. y Com.). Es decir, la mujer —víctima de violencia familiar— nunca estaría sola frente a los estrados judiciales. Siempre sería asistida y acompañada jurídicamente por un abogado. Además, la ausencia o renuencia de

participación en la etapa no trae aparejada otra consecuencia jurídica que no sea la conclusión de esta, es decir, no existe la imposición de comparendos forzados, multas y/o apercibimientos de rebeldía. Es, por tanto, la participación en la etapa previa netamente de carácter voluntaria, en virtud de que solo y bajo esa premisa, podría avanzarse hacia un resultado positivo.

Entendido así, queda claro que el órgano jurisdiccional, brindando la apertura de la etapa previa, no afecta el postulado legal. Ya que no impone. No impone una audiencia de mediación o conciliación. Y no impone tampoco, porque no apareja consecuencias jurídicas que graven la situación de quien decida no participar de ella.

Finalmente, el segundo párrafo del art. 6° ter de la ley 12.569 remite a los derechos y garantías mínimas de procedimiento enumeradas en el art. 16 de la ley nacional 26.485, que por su inciso d) prevé que los organismos del Estado garanticen a las mujeres en cualquier procedimiento judicial a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de arribar a una decisión que la afecte. Por tanto y, pese a todo lo afirmado en el sentido de no confundir la restricción legal de imponer audiencias de conciliación con el despliegue de la etapa previa, llegado el supuesto de enfrentarse el órgano jurisdiccional ante la solicitud de apertura de etapa previa mediante medidas de protección contra la violencia familiar vigente, deberá por lo menos, consultar —si se quiere por intermedio del equipo técnico— la opinión de la mujer víctima de violencia, para no infringir con esta última disposición legal, socavando la autonomía de la voluntad.

### VIII. Opinión de niños y adolescentes

Los niños y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afecten directamente y el trámite que se desarrolla en la etapa previa no ha de ser su excepción. Se ha dicho que su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada “según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso” (art. 707 del Cód. Civ. y Com.). Empero, desde que no se está frente a un eventual pronunciamiento de la jurisdicción, como sería el dictado de una sentencia de mérito, sino que se está trabajando en alternativas conciliatorias (art. 833 del Cód.

Proc. Civ. y Com.), en principio devendría prematura su convocatoria, a no ser que se advierta, siempre con suma prudencia, que su opinión ante el consejero de familia contribuya determinantemente a destrabar el conflicto que sostienen los adultos, asegurando no transpolar excesivos costos emocionales al niño.

### **IX. Funciones del consejero de Familia**

Según el art. 833 del Cód. Proc. Civ. y Com., en el desarrollo del trámite, el consejero de familia, como director y máximo responsable de la etapa previa, debe procurar por todos los medios posibles hasta su agotamiento, acompañar a las partes en conflicto a alcanzar un marco autorregulatorio compatible con un equilibrio familiar sostenible que garantice el superior interés de los niños que estuviere comprometido. A cuyo efecto aconsejará y orientará a las partes en conflicto, según sus saberes/deberes jurídicos, los criterios del juzgado, los antecedentes jurisprudenciales, los postulados socioculturales de la ética, promoviendo la autocomposición del conflicto, garantizando la plena libertad de las partes en la toma de decisiones, que consenso mediante, superen el conflicto que los atraviesa, respetando incólume la voluntad de consenso, en tanto y en cuanto, no afecte de forma evidente el superior interés del niño.

Siempre es útil recordar que el acuerdo no es del consejero ni del juez que eventualmente lo ha de homologar sino propio de las partes. Por tanto, el erudito conocimiento y actualización de las ciencias jurídicas y su particular cosmovisión del mundo y de la vida del consejero y eventualmente del juez no debe nunca colonizar, subestimar o trastocar la independencia intelectual de las partes, no obstante contar con letrados que los asistan y aconsejen. No existe el prototipo o parámetro universal de familia, ni una realidad homogeneizable. Es decir, no se trata de imponer un “deber ser”, ideal típico de una sentencia, sino de reconocer el esfuerzo comprometido por las partes plasmado en un acuerdo.

Esto tampoco puede ser entendido como un límite a sus funciones, en el sentido de quedar silenciosamente expectante al acuerdo de las partes. Muy por el contrario. El consejero no es un mero moderador de la palabra, no es un au-

diencista que se limita a consultar a los letrados si llegaron a un acuerdo para transcribirlo en un acta. Como se ha dicho, se espera mucho más de él. Se espera por ejemplo una actitud proactiva, cuando en un régimen de comunicación de hijos, detecta, por un lado, que hay tiempo, interés y deseo de parte del progenitor no conviviente de pasar más tiempo con sus hijos, y por el otro, una resistencia absurda e irreductible, que busca satisfacer egos y situaciones no resueltas del pasado entre los adultos. Frente a estas hipótesis, donde hay condiciones de evidente desequilibrio, no habrá coyuntura que posibilite alcanzar un acuerdo ecuaníme. De aceptar un acuerdo en esas circunstancias de desventajas, estaría legitimando espurios deseos de venganza y probablemente aplazando un conflicto de mayor envergadura. Apercebido entonces de la hipotética situación señalada y, contando con las prerrogativas que le otorga la invocación del estándar que consagra el superior interés del niño, el consejero podrá aceptar el acuerdo solo en carácter provisorio y desplegar una estrategia de intervención interdisciplinaria con el equipo técnico que progresivamente permita contrarrestar la arbitraria resistencia.

### **X. Atribuciones del consejero de Familia**

El art. 833 del Cód. Proc. Civ. y Com. finaliza con el siguiente agregado: “Ello, sin perjuicio de la actuación que las leyes confieren a los Asesores de Incapaces”, dando pie así, a las atribuciones de los consejeros de familia instituida en el subsiguiente art. 834 del Cód. Proc. Civ. y Com. Aunque lo podría haber dicho con mayor claridad el legislador, se advierte en este agregado final un metamensaje de funciones yuxtapuestas entre las del Asesor de incapaces y del consejero de familia, cual sería velar por los intereses de los niños e incapaces representados por los adultos en conflicto.

Particularmente el art. 38 de la ley provincial 14.442 “Ley del Ministerio Público” en su inciso 4º, señala que corresponde al Asesor de Incapaces, entre otras funciones, las de: “Petitionar en nombre de ellos, por propia iniciativa, cuando carezcan de representantes o existan entre estos y los incapaces conflicto personal u oposición de intereses o resulte necesario para impedir la frustración de los derechos a la vida, salud, identidad, y de ser oídos por el juez de la

causa”, o tal como lo plantea el art. 103 del Cód. Civ. y Com.: “...en todos los procesos en los que se encuentran comprometidos intereses de personas menores de edad, incapaces...” (inc. a), “...cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes...” (inc. b). He ahí el punto neurálgico de corresponsabilidad funcional y área compartida de gestión entre la figura del consejero de familia y el asesor de incapaces que postula el artículo en su párrafo final.

El art. 834 del Cód. Proc. Civ. y Com. estipula una amplia gama de iniciativas con las que

cuenta el consejero para la consecución de sus fines y solo nombra algunas de manera enunciativa. Así puede convocar a los interesados como a cuanta persona vinculada que beneficie la situación, solicitar informes externos a cualquier entidad vinculada, articular con instituciones, programas o profesionales vinculados, convocar al equipo técnico interdisciplinario o apersonarse fuera de sede para reconocimiento de personas o lugares. Y fundamentalmente cuenta con la posibilidad de peticionar al juez, cualquier medida, incluso las cautelares e innovativas, para el mejor cumplimiento de sus funciones.

# Hablemos de poliamor: pautas para su protección legal

Virginia Pauloni <sup>(\*)</sup>

Javier Frías <sup>(\*\*)</sup>

Jonathan Cascallares <sup>(\*\*\*)</sup>

**Sumario:** I. El poliamor y sus formas.— II. Las uniones convivenciales en el régimen legal argentino.— III. El poliamor como unión convivencial.— IV. El poliamor y sus efectos jurídicos.— V. Breve reseña jurisprudencial del poliamor en las uniones convivenciales.— VI. A modo de conclusión.

## I. El poliamor y sus formas

La Real Academia Española define al “poliamor” como “relación erótica y estable entre varias personas con el consentimiento de todas ellas” **(1)**. Su par inglés lo define como la práctica de tener relaciones sexuales o románticas entre más de dos personas al mismo tiempo **(2)**. Por su parte, desde la sexología se explica que es un neologismo donde más de dos personas mantienen relaciones amorosas y/o sexuales, de manera simultánea, pero donde todos los involucrados se conocen.

El modelo poliamoroso cuestiona el amor monógamo y lo que resulta de la exclusividad vincular: celos, posesión, traiciones, infidelidades y, sobre todo, el imperativo religioso de que el amor debe ser para toda la vida. Para el polia-

mor los vínculos son flexibles y el único regente de estos es el deseo amoroso de estar con otros. La libertad que deviene en sentimiento de bienestar, despojadas de las reglas del control y exigencia **(3)**.

El poliamor tiene distintas formas desde que se pueden formar diferentes tipos de vínculos. “Trieja” o “tríada” son las relaciones amorosas entre tres personas, encontrándose dentro de ellas a la conocida como “triángulo”, donde los tres participantes se involucran sentimental y sexualmente y “V”, que es cuando dos miembros no están involucrados sexual o afectivamente, sino que la conexión la tienen con un miembro en común conocido como “hinge” o “pívor” (eje/bisagra) **(4)**. Por otro lado, la “anarquía relacional” se da cuando hay personas que mantienen relaciones sexoafectivas múltiples a la vez y no jerarquizan tales vínculos, todos están a la par.

Más allá de estas formas conocidas, no hay un guion que delimite cuántas parejas pueden existir dentro de una relación poliamorosa, todo depende del grupo y de su organización **(5)**.

---

(\*) Abogada, egresada UNR, auxiliar letrada de la Defensoría Civil del Departamento Judicial Moreno - Gral. Rodríguez.

(\*\*) Abogado, egresado UNLP, secretario de la Defensoría Civil del Departamento Judicial Moreno - Gral. Rodríguez.

(\*\*\*) Abogado, egresado UNLaM, secretario de la Defensoría Civil del Departamento Judicial Moreno - Gral. Rodríguez.

(1) <https://dle.rae.es/poliamor?m=form>

(2) <https://dictionary.cambridge.org/es/diccionario/ingles/polyamory>

---

(3) GHEDÍN, W., en: [https://www.clarin.com/entre-mujeres/pareja/poliamor-relacion-florenia-pena-mantiene-pareja\\_0\\_IEtUMv8V7.html](https://www.clarin.com/entre-mujeres/pareja/poliamor-relacion-florenia-pena-mantiene-pareja_0_IEtUMv8V7.html)

(4) “Poliamor, una ‘nueva’ forma de relación”, Microtendencias, de la Riva Group, enero 2019.

(5) Ibidem.

El poliamor a veces puede significar tener una relación primaria con una persona y secundaria y casual con otra, es decir, tener un vínculo primario y central con el que se proyecta la vida en común y relaciones amorosas o sexuales simultáneas con otra, pero que se presenta como algo secundario. Mientras que otras veces implica sumar a otra persona en la relación como un miembro más en la construcción de la estructura familiar.

Es esta última hipótesis la que se tomará como base de análisis en el presente artículo desde que de la interacción con los presupuestos normativos de las uniones convivenciales surgen similitudes que abren el debate en entorno a la protección jurídica de tales relaciones plurales.

## II. Las uniones convivenciales en el régimen legal argentino

Una de las novedades que trajo consigo la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación fue la regulación legal de las “uniones convivenciales”. Es que, antes de la unificación, el Código Civil Argentino no amparaba esta figura como instituto jurídico, puesto que solo se reconocía a la familia como aquella surgida con el matrimonio, sin perjuicio de la existencia de algunas leyes especiales que reconocían determinados derechos.

El problema era que la realidad social iba más allá de la captación legal, dejando sin previsión normativa aquellas uniones de personas que elegían una forma de convivencia no formalizada. La convivencia de parejas que decidían no casarse era (y es) una práctica generalizada y aceptada, pero que carecía de protección jurídica específica.

De tal forma, principios basales de nuestro derecho como ser el principio de la realidad, la autonomía de la voluntad, el principio de la igualdad y la no discriminación, y el principio de la seguridad jurídica como mecanismo de protección, motivaron que con la reforma se regularan las uniones convivenciales en el Título III del Libro Segundo del Código Civil y Comercial de la Nación definiéndola en su art. 509 como “la unión basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente de dos personas que conviven y

comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo”.

A partir de tal conceptualización se desprenden sus requisitos: unidad, afectividad, convivencia, publicidad, estabilidad, permanencia y singularidad.

*Unidad*, en cuanto se refiere a compartir un proyecto de vida en común.

*Afectividad*, en tanto que el vínculo que los une debe ser el afecto.

*Convivencia*, porque deben habitar un mismo hogar compartiendo tareas y responsabilidades.

*Publicidad*, desde que la unión debe ser conocida por toda la comunidad.

*Notoriedad*, porque debe ser evidente.

*Permanencia*, desde que no debe ser algo circunstancial, sino que debe ser una relación duradera con vocación a proyectarse en el tiempo.

*Singularidad*, implica que los elementos constitutivos antes descriptos se tienen que dar solo entre dos personas.

Es entonces la “singularidad” la que condiciona a la figura como un binomio, conformada exclusivamente por dos personas, ya sea del mismo o diferente sexo, respondiendo a un modelo monogámico.

La consecuencia es la exclusión de relaciones plurales poliamorosas o poliafectivas; es decir, aquellas relaciones de más de dos personas unidas por el afecto que conviven de manera permanente, pública y notoria.

Surge entonces el interrogante de si, con esta exclusión, la reforma normativa ahora no peca de aquello que trato de solucionar: en lugar de incluir, marginar a personas que optan por una organización familiar cuantitativamente distinta a la tradicional.

Es que por aquel entonces, como se dijo, uno de los motivos que fuertemente impulsó la incorporación de la figura fue que en el plano social eran cada vez más las parejas que elegían una vida en común sin optar por el matrimo-

nio y que dicho vacío dejaba sin protección jurídica a un considerable número de personas. Seguramente existían relaciones afectivas plurales, pero en aquella época no eran comunes ni aceptadas como lo son ahora; o por lo menos eran algo más privado de los miembros de la unión.

Sin embargo, en el transcurso de pocos años, muchos se animaron a compartir públicamente su decisión de apartarse de la monogamia y de conformar tríos amorosos, mientras que otros comenzaron a replicar esos vínculos, a tal punto que irrumpió en la opinión pública la noción del “poliamor” generando que el común de la gente ya tenga representada una idea de lo que se trata.

Con esto no queremos decir que sea una costumbre generalizada, sino que parecería ser una práctica que va creciendo en las diferentes sociedades y que, si bien no constituye una mayoría, si es una minoría que existe y que merece regulación y protección con un piso mínimo de derechos.

### **III. El poliamor como unión convivencial**

#### *III.1. Protección legal de la unión convivencial poliamorosa*

Como hemos observado, los presupuestos normativos de las uniones convivenciales son unidad, afectividad, convivencia, publicidad, estabilidad, permanencia y singularidad.

Salvando la singularidad, que es precisamente la que obstaría la incorporación de las relaciones poliamorosas en la figura de análisis, nos concentraremos en aquellos vínculos plurales que contengan los demás requisitos.

Creemos que no cualquier relación pluriafectiva merece protección legal, sino aquellas que se constituyen como una familia; aquellas que tienen una vocación de permanencia y estabilidad donde prima la idea de unión familiar, porque, en definitiva, de lo que se trata es de proteger a la familia en su noción amplia, dejando de lado las meras relaciones circunstanciales y/o accidentales.

Entonces, al igual que todo proyecto familiar debe tratarse de un vínculo donde, indepen-

dientemente de la cantidad de sus integrantes, estos elijan estar unidos por el amor y el afecto entre todos los miembros, mediando una convivencia en la que comparten y distribuyen las tareas y responsabilidades del hogar, y que se desarrolla a la vista de todos.

Estando frente a una relación convivencial fundada en el amor, respeto y solidaridad la composición numérica no es argumento suficiente como para privar de la protección legal porque con la exclusión solo se logra desnaturalizar el sentido de la norma que no es más que reconciliar el derecho con la realidad social.

#### *III.2. Inconstitucionalidad del art. 509, Cód. Civ. y Com.*

Regulándose a las uniones convivenciales como vínculos singulares, las relaciones poliamorosas organizadas familiarmente quedaron fuera del encuadre normativo. Por tal razón el planteo de inconstitucionalidad del art. 509 del Cód. Civ. y Com. se presenta como el instrumento habilitante para que esta forma pluralista de organización familiar pueda producir efectos jurídicos.

El planteo tiene por objeto atacar el número cerrado de composición familiar para ampliar el concepto de unión convivencial a todas las formas de familias no matrimonializadas independientemente de lo cuantitativo, logrando con ello reconocer la existencia de las relaciones pluriafectivas, equiparándolas jurídicamente al resto de las relaciones convivenciales monogámicas. Claramente será un pedido que deberá ser formulado frente a cada caso concreto, con la mirada del juez puesta en verificar si, fuera de la singularidad, se encuentran presentes los demás presupuestos legales.

Son las mismas razones y principios que en su momento justificaron regular expresamente las uniones convivenciales las que ahora evidencian la inconstitucionalidad de la figura, en cuanto a su conformación binaria. Siguiendo esta línea, entendemos que el principio de la realidad, la autonomía de la voluntad, el principio de la igualdad y la no discriminación, y el principio de la seguridad jurídica como mecanismo de protección, hoy justifican ampliar la regulación de las uniones convivenciales para

incorporar las relaciones pluriamorosas en miras a superar el test de constitucionalidad dentro del contexto de internacionalización de los derechos humanos.

Uno de los principios que históricamente se lo consideró como propio del derecho laboral es el principio de la primacía de la realidad según el cual los hechos deben prevalecer sobre las formalidades, prestando atención a lo que sucede en el plano de la realidad social; sin embargo, el postulado dejó de ser exclusivo del fuero laboral para extenderse a otras ramas del derecho.

Ello aconteció con la sanción del Código Civil y Comercial, encontrándose presente en la regulación civil y particularmente en las relaciones de familia de su Libro Segundo. En efecto, uno de los fundamentos del anteproyecto que motivó la sanción del Código Civil y Comercial fue “[e]l progresivo incremento del número de personas que optan por organizar su vida familiar a partir de una unión convivencial constituye una constante de todos los sectores sociales y ámbitos geográficos. Desde la obligada perspectiva de Derechos Humanos, encontrándose involucrados el derecho a la vida familiar, la dignidad de la persona, la igualdad, la libertad, la intimidad y la solidaridad familiar, la regulación, aunque sea mínima, de las convivencias en pareja, constituye una manda que el anteproyecto debe cumplir” (6).

Si bien el principio de la realidad no está regulado expresamente en la Constitución nacional deviene implícito del art. 14 bis, como consecuencia de la protección especial que gozan las familias. Aceptar el dinamismo de las relaciones familiares es una expresión del mencionado principio como también entender que con el tiempo surgen formas plurales de organización familiar que, aunque constituyan una minoría merecen ser protegidas. Protección que también se impone desde el principio de igualdad, desde que marginar una organización familiar solo por su composición numérica es una distinción arbitraria que entra en crisis con el art. 16 CN. Si la finalidad, originalmente, ha

sido proteger a las uniones que existían por fuera del matrimonio, cerrar la convivencia solo a dos personas es dar un trato diferencial por el solo hecho de responder a la estructura monogámica; es excluir a unos de lo que se reconoce a otros sin otro argumento más que la cultura dominante.

Otro de los principios fundamentales en los que se centra la regulación de las uniones convivenciales es la autonomía de la voluntad (en general presente a lo largo de toda la codificación), corolario del principio de la libertad consagrado constitucionalmente por el art. 19 de la carta magna. Precisamente la incorporación del instituto se motivó en el reconocimiento de la libertad de los individuos de convivir sin contraer nupcias. Pero entonces, si hablamos del derecho humano a no casarse, también tenemos que hablar del derecho a amar (y ser amado) a más (y por más) de una persona simultáneamente, como reconocimiento de la libertad de elegir la integración familiar. En tal sentido, Andrés Gil Domínguez entiende que “la protección efectiva de las familias poliamorosas es una forma de hacer posible una normatividad y un orden simbólico donde el amor se hace derecho, verbo y existencia” (7).

El carácter plural de las familias y su protección integral es también uno de los bastiones en lo que se edifica el actual cuestionamiento constitucional al art. 509 del Cód. Civ. y Com. El concepto plural de las familias ha sido afirmado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por lo que tal interpretación constituye una directriz obligatoria para nuestro orden legal. Recordemos que con la constitucionalización de los tratados internacionales de derechos humanos se conformó un “bloque de constitucionalidad federal” formado por la Constitución Nacional, los tratados con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22 C), y las Sentencias y Opiniones Consultivas que emite la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De tal forma no solo existe un control de constitucionalidad que debe ser ejercido por parte de los órganos judiciales sino también un control de convencionalidad donde el Estado Argentino puede ser pasible de responsabilidad inter-

(6) Fundamentos del Anteproyecto, en Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto presidencial 191/2011.

(7) GIL DOMÍNGUEZ, A., “Poliamor y seguridad social”, RDF 2020-I, 220, TR LALEY AR/DOC/3986/2019.

nacional cuando su normativa interna contraríe lo estipulado por los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

El art. 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Al no distinguir o conceptualizar la Convención a qué tipo de familia se refiere, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso "Atala Riffo contra Chile", del 24/02/2012, dio luz a la cuestión interpretando que "[l]a Corte constata que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege solo un modelo 'tradicional' de la misma. Al respecto, el Tribunal reitera que el concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio". Este criterio luego fue reforzado por tal tribunal internacional en su Opinión Consultiva OC-24/17 del 24 de noviembre de 2017 al dictaminar que "el vínculo afectivo que la Convención protege es imposible de cuantificar o codificar, motivo por el cual, desde su jurisprudencia más temprana, esta Corte ha entendido el concepto de familia de una manera flexible y amplia" y que "la riqueza y diversidad de la región se han visto reflejadas en los casos sometidos a la competencia contenciosa de la Corte, y ello ha dado cuenta de las diversas configuraciones familiares que pueden ser protegidas, incluyendo familias poligámicas".

Entonces, si la normativa interamericana garantiza la protección general de todas las familias, la legislación interna no puede hacer distinciones, restricciones o exclusiones porque estas se presentarían como una discriminación contraria al estándar convencional. Es ello lo que sucede con el esquema cerrado binario de convivientes del art. 509 del Cód. Civ. y Com.

Interpretado el concepto amplio de familias, sabemos que estas gozan de protección integral, conforme lo establecido por el art. 14 bis de la CN. Dicha forma de protección tiene que ser entendida a la luz de la noción de tutela judicial efectiva, consagrado como garantía constitucional por los arts. 8 y 25 en el Pacto de San José de Costa Rica, y regulado como principio general de los procesos de familia en el art. 706 del Cód.

Civ. y Com., el cual pretende que la intervención de la justicia cumpla con el fin de garantizar la satisfacción del derecho llevado a su conocimiento, pero no de cualquier forma sino de manera efectiva, esto es, debiendo resolver con respuestas que se adecúen y atiendan las características especiales que tienen los conflictos de familia, para la mejor satisfacción de los intereses de los justiciables. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho: "Queda totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales de familia si se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente a valorar" (8).

Una intervención judicial armoniosa con dicha forma de protección integral impone incluir dentro del art. 509 del Cód. Civ. y Com. a todas las uniones convivenciales, incluidas las poliamorosas. Porque, en definitiva, como enseña Marisa Herrera, un escenario familiar más complejo necesita de un régimen legal más amplio, flexible y plural (9).

#### IV. El poliamor y sus efectos jurídicos

A poco que vayamos profundizando en la configuración de la relación poliamorosa vamos a ir viendo los profundos cambios que sus efectos generan. Vamos a mencionar al menos dos que hoy entendemos gravitantes pues se proyectan tanto en su faz procreacional como en su faz alimenticia. Nos referimos al emplazamiento de vínculos filiales, lo cual implica abordar el fenómeno de la pluriparentalidad o triple filiación y al acceso a beneficios de seguridad social como pensiones derivadas de fallecimiento.

##### IV.1. Poliamor y pluriparentalidad

Sabido es que nuestro Código Civil y Comercial recepta la antigua regla del binarismo en materia filiatoria (art. 558, tercer párrafo), por la cual, en caso de querer emplazar a un "tercer" integrante parental, se debe inexorablemente desplazar a alguno de los anteriores (art. 578).

---

(8) CS, "S. C. s/Adopción", 02/08/2005.

(9) HERRERA, M., "Manual de Derecho de las Familias", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2015.



Pero la realidad se está encargando año a año de derribar esta concepción, dando lugar a terceros vínculos parentales que es necesario “emplazar sin desplazar”. El punto de partida para ello es el reconocimiento de un vínculo socioafectivo no biológico.

Como enfatiza Gil Domínguez, “el poliamor es una realidad socioafectiva familiar que no puede ser ignorada por el discurso jurídico civil por cuanto está contenida en los derechos fundamentales y humanos consagrados en la regla de reconocimiento constitucional y convencional argentina” (10).

El fenómeno de la pluriparentalidad viene siendo analizado mayormente en situaciones de emplazamientos de vínculos filiales por medio de técnicas de reproducción asistida, debido a la disociación biológica entre quien aporta el material genético y/o quien aporta el vientre para el embarazo y principalmente quien presta la indefectible voluntad procreacional.

Pero no solo ello, sino que la triple filiación se ha constituido en casos de filiaciones biológicas (11) y adoptivas (12), en dos precedentes jurisprudenciales de los cuales podemos desprender tres notas comunes: En primer lugar, se refieren a vínculos legales conformados en los que la aparición de otro vínculo socioafectivo viene a poner en duda el mantenimiento de la díada padre y madre para hacer lugar a este tercer vínculo parental que ya forma parte de la vida del niño o niña.

En segundo lugar, ante este panorama, las judicantes que resuelven el caso deciden hacer lugar a la incorporación de una tercera figura parental y para ello deben derribar el cerco impuesto por el tercer párrafo del art. 558 del Cód.

(10) GIL DOMÍNGUEZ, A., "La filiación por poliamor (o múltiple filiación): una mirada Constitucional y Convencional", Grosman Cecilia P., Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1: Derecho de Familia-1: relaciones entre padres e hijos, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, 1ª ed. revisada, p. 115.

(11) Juzgado Civil en Familia y Sucesiones, Única Nominación del Centro Judicial Monteros, 07/02/2020.

(12) Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género, 3ª Nom., Córdoba, 18/02/2020.

Civ. y Com., por lo que declaran su inconstitucionalidad.

Y por último se refieren a casos de parejas singulares o biamorosas en las que el vínculo biológico o adoptivo se ve cuestionado por una tercera persona que pretende también ser emplazada a causa del vínculo socioafectivo que mantiene con el hijo o la hija de esta pareja, pero que esta tercera persona no forma parte de la pareja ni es integrante de esta, no formando una relación poliamorosa.

Tal vez estos precedentes nos puedan brindar la línea de análisis para la configuración de los vínculos filiatorios generados en relaciones poliamorosas (13).

En esa vía, a los fines de este artículo, encontramos un importante fallo extranjero, emanado de la Corte Suprema del Condado de Suffolk, New York, Estados Unidos (14). Se trata de una pareja hombre (Michael) y mujer (Dawn) que comienzan a tener relaciones íntimas con otra mujer (Audria) que finalmente se incorpora formando una relación poliamorosa. Deciden tener un hijo y criarlo entre los tres, aunque biológicamente fue fruto de dos de sus integrantes. El problema sobrevino cuando la mujer que biológicamente no había parido al niño se separa de la pareja poliamorosa y el padre decide que, al no ser ella madre biológica, no puede pretender un vínculo parental.

La Corte de Suffolk, acudiendo a la existencia del vínculo socioafectivo decide otorgar el cuidado del niño tanto a Michael y Audria, como a Dawn, D., convirtiéndose en un cuidado tripartito o de triple custodia. A su vez le otorga derecho de comunicación exclusivo a Audria los días miércoles por la noche a fin de compartir la cena y una semana de vacaciones durante el

(13) Para analizar precedentes jurisprudenciales sobre pluriparentalidad en países de tradición anglosajona y en países latinoamericanos, recurrir a GALPERIN, G. N., "Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la magistratura. Primera parte" 4/9/2018, en MJ-DOC-13675-AR.

(14) Corte Suprema del Condado de Suffolk, New York, "Dawn M. v Michael M.", 08/03/2017, se puede leer con traducción al español en <https://law.justia.com/cases/new-york/other-courts/2017/2017-ny-slip-op-27073.html>

receso escolar de invierno y quince días durante el receso de verano.

Para que veamos en el caso lo que significó la socioafectividad, basta citar al niño cuando se le preguntó quién era su madre, respondiendo que Audria es “mi mami con la camioneta naranja” y Dawn “mi mami con la camioneta gris”.

Señala la Corte de Suffolk que “[c]omo resultado de las elecciones que hicieran los tres padres, este niño de diez años considera, hasta el día de hoy, que tanto Dawn cuanto Audria son sus madres, ordenar algo distinto a la tenencia compartida tal vez podría facilitar que se retire a Dawn de la vida de J. M. y eso tendría consecuencias devastadoras para el niño”.

La pluriparentalidad en el marco de una relación poliamorosa abre estas aristas que deberá el derecho comenzar a dar acogida, al tiempo que abre nuevos interrogantes. Como evidencia De la Torre: “De cara al derecho de las familias más amplio, la responsabilidad parental, sin lugar a duda, es uno de los espacios especialmente comprometidos (...) Además, como es harto conocido, la relación filiatoria produce efectos en ambas direcciones. Así, cabría indagar: ¿qué sucedería si los tres progenitores le solicitan alimentos al hijo en simultáneo? ¿Ello devendría una sobrecarga en cabeza de quien se presenta como el más beneficiado en el reconocimiento de la pluriparentalidad? Similares dudas se replican en otras áreas jurídicas, siendo una de ellas el derecho sucesorio. Es claro que el hijo heredaría a los tres progenitores, pero la cuestión no es tan simple a la inversa. ¿Qué ocurriría si el hijo falleciera antes y sin dejar descendientes? ¿Cómo se distribuye la herencia?” (15).

#### *IV.2. Poliamor y seguridad social*

Otro de los efectos importantes señalados se presenta en materia de seguridad social, concretamente en el derecho a pensión para la persona conviviente, reconocido en la ley 24.241. En caso de una relación poliamorosa convivencial, dicho derecho debería asegurarse a ambos convivientes por partes iguales.

Cabe recordar un fallo de la Suprema Corte de Justicia bonaerense (16) que reconoció el derecho de mujeres convivientes a coparticipar en el goce de la pensión derivada del fallecimiento del causante. En el resolutorio se sostiene que “ambas interesadas acreditaron esa circunstancia en la esfera administrativa. A las dos el causante dispensó el trato de tales. A una la impuso como beneficiaria en su seguro de vida y con ella, exhibiéndose cual pareja estable, compartió amigos y reuniones. La otra compañera estuvo presente en su vida con similar presencia; la utilización de sus servicios sociales y el trato de ‘esposa’ que se le daba frente a su familia, entre otros datos objetivos, así lo revelan”.

No es precisamente un precedente de poliamor, ya que el hombre mantenía dos relaciones convivenciales con dos mujeres en forma paralela sin conocimiento de estas, pero puede ser útil como antecedente para el otorgamiento en partes iguales de pensión a dos convivientes del fallecido o fallecida.

Asimismo, encontramos en la jurisprudencia comparada un antecedente de la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, que confirma un fallo de la jueza Séptima Laboral del Circuito de Medellín, Colombia, que reconoce la unión convivencial como “una relación poliamorosa que tiene los componentes de permanencia y comunidad, supone el acoplamiento de una identidad como familia que se sustenta en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en el apoyo moral, y en la realización de un proyecto compartido que redunde en el bienestar de cada uno de los integrantes de esa familia y en el logro de su felicidad, lo que puede ser claramente experimentado por los miembros de una relación poliamorosa, cualquiera que sea el género de sus integrantes. Desde esa perspectiva, la unión entre Manuel José, John Alejandro y Alex Esneyder constituye una modalidad de familia constitucionalmente protegida, titular de las prerrogativas, derechos y deberes que la Constitución y la ley le reconocen a la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad, y como beneficiarios de la pensión de sobrevi-

---

(15) DE LA TORRE, N. y SILVA, S. A., “Ampliando el campo de la pluriparentalidad: poliamor, socioafectividad y biología”, *La Ley*, 13/12/2017, 4.

---

(16) SC Buenos Aires, “G., M. F. contra Provincia de Buenos Aires (Instituto de Previsión Social). Demanda contencioso-administrativa”, 18/3/2009, B. 56.739.

vientes a cargo del Sistema General de Pensiones” (17).

### *IV.3. La unión convivencial poliamorosa y el trato diferencial respecto al matrimonio*

La configuración de una relación poliamorosa en unión convivencial debería gozar de todos los derechos reconocidos hacia esta. Así como también debería padecer todas las limitaciones que la diferencian del trato que el legislador ha dado al matrimonio. No es objetivo de este artículo ahondar en ello, pero no podemos dejar de marcar que derechos laborales como ser la indemnización laboral por fallecimiento del trabajador, el régimen de licencias y las pensiones a derechohabientes del trabajador fallecido, se encuentran con el trato diferencial de dudosa constitucionalidad que revisten las uniones convivenciales en cuanto a los plazos exigidos de convivencia o el impedimento de ligamen. En relación con lo anterior, un reciente artículo señala que “el interrogante más difícil de desentrañar cuando se analiza en profundidad la regulación o cómo regular las parejas que no se casan gira en torno al dilema en torno a qué derechos se les debería reconocer con total independencia de haber o no pasado por el registro civil. En otras palabras, qué es lo igual y lo diferente de estar o no casado” (18).

### **V. Breve reseña jurisprudencial del poliamor en las uniones convivenciales**

En el año 2021 en la Ciudad de San Ramón de la Nueva Orán, provincia de Salta, se dictó un interesante fallo respecto a la temática tratada (19). Allí la jueza de primera instancia de Personas y Familia de Segunda Nominación de Orán resolvió rechazar una información suma-

ria que pretendía reconocer una relación poliamorosa.

En mayo del 2021, el Sr. J. se presentó ante la justicia con el fin de acreditar la convivencia desde 1983 con el Sr. M., quien falleciera en noviembre del 2020. En agosto del mismo año la jueza hizo lugar al pedido de J. y dictó sentencia haciendo lugar a la información sumaria y acreditando una relación monógama del actor. Sin embargo, posteriormente, el Sr. J. en septiembre del 2021, se presentó nuevamente ante la justicia solicitando una nueva información sumaria pero ahora a fines de acreditar la convivencia continuada, ininterrumpida con el Sr. D., quien falleciera en julio del 2021 —es decir, queriendo ahora acreditar una relación poliamorosa—. Planteó directamente la inconstitucionalidad del art. 509 del Cód. Civ. y Com. en lo relativo al número cerrado de dos convivientes, cuestión que ya hemos tratado en el presente artículo, cuando cuestionamos el requisito de singularidad.

El actor argumentó que en la primera información sumaria no referenció su relación poliamorosa con D. temiendo ser discriminado o que se silencie la figura. Refirió que la sociedad no estaba preparada para aceptar este tipo de unión convivencial, lo cual a nuestro criterio resulta entendible, teniendo en cuenta que nos encontramos ante una sociedad muchas veces retrógrada y discriminante que solo reconoce las relaciones monogámicas y heterosexuales.

Luego de un análisis de la prueba ofrecida por la actora, la magistrada resolvió rechazar el pedido, en tanto no se pudo acreditar lo manifestado por J., pero sin perjuicio de lo resuelto, en el desarrollo del fallo, se han dejado interesantes argumentos para avanzar en la ampliación de derechos a las parejas poliamorosas.

La magistrada reconoce la existencia plural del término familia y deja de lado la binaria y arcaica definición que abarca una gran parte del común denominador social: “Sin dudas que, en el lógico devenir de los fallos dictados por este Tribunal, la Suscripta se inclina por el reconocimiento de todos los tipos de familia, incluso respecto de los vínculos basados en relaciones poliamorosas. Es que una mirada de derechos humanos, con fuerte apego a los Tra-

(17) Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín, Recursos de Apelación de Protección S.A. y de la Sra. Elvira Rosa Luján Pineda (madre), enero 2019.

(18) HERRERA, M., DE LA TORRE, N. y SILVA, S. A., “El efecto dominó: impacto de las relaciones de familia del Código Civil y Comercial en el derecho del trabajo”, DT 2022 (enero), 59.

(19) Juzgado de primera Instancia de Personas y Familia de la Segunda Nominación de Orán “L. J. s/información sumaria”, 18/11/2021.

tados Internacionales y efectuado un control de convencionalidad, resultaría posible arribar al reconocimiento de este tipo de familias”.

Durante una parte del análisis, también se trae a colación el ya reconocido antecedente de la República de Colombia de la jueza Séptima Laboral del Circuito de Medellín, que reconoce la unión convivencial poliamorosa de los Sres. John Alejandro Rodríguez Ramírez (J. A. R. R.), Manuel José Bermúdez Andrade (M. J. B. A.) y Alex Esneyder Zabala Luján (A. E. Z. L.). Sentencia que luego fue confirmada por la sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Medellín. El caso difiere del nacional, en tanto allí, los Sres. J. A. R. R. y M. J. B. A., solicitan ser beneficiarios proporcionales de la pensión de sobrevivientes luego del fallecimiento de A. E. Z. L., excluyendo del beneficio a la madre de este último.

La sala sexta, a través de sus considerandos, define qué es el poliamor y Gil Domínguez los diagrama de forma muy clara: “¿Qué es el poliamor? la sala Sexta invoca distintos aportes que responden el interrogante de la siguiente manera: a) son las relaciones que comprenden más de dos partícipes simultáneos y que, en principio, no persiguen ritos matrimoniales —como sí lo hacen las relaciones bigámicas y poligámicas— que busquen unir a los partícipes entre ellos (a pesar de que estas relaciones pueden incluir claramente a una o más parejas que están casadas entre sí); b) las personas poliamorosas prefieren estar en más de una relación íntima a la vez, en relaciones amorosas estables y a largo plazo de dos o más personas; c) una de las estructuras de las relaciones poliamorosas es la tríada en la que tres miembros que conforman una familia están involucrados de manera amorosa o romántica” (20).

Otra expresión interesante del fallo de Colombia y que hemos explicado en el presente trabajo, es que se da una primacía a la realidad con fin de ampliar derechos: “La decisión adoptada en primera instancia, ratifica la posición que defiende esta Sala en el sentido de que los jueces debemos actuar con conciencia de inclusión, ratificando el rol fundamental de la justicia para reconciliar nuestras aspiraciones por una socie-

dad más justa con las realidades de un país que, como toda sociedad, se encuentra en constante evolución. Afirmar la calidad de beneficiarios de los demandantes a la pensión de sobrevivientes del causante...”

En resumen y volviendo al caso de Orán, podemos concluir que la magistrada esgrime todos los elementos necesarios a fin de reconocer nuevos derechos a las familias poliamorosas y habría hecho lugar al pedido realizado, seguramente en idéntica sintonía que el caso de Medellín, es decir ampliando derechos. Pero en el caso en concreto, J. no pudo probar la relación con D.

Para ir finalizado y de forma sucinta, sería importante destacar una nota del diario *New York Times* mediante la cual se explica una reciente y precursora ordenanza municipal encabezada por el concejal Lance Davis que surgió en medio de la pandemia por el COVID-19, en la ciudad de Somerville, estado de Massachusetts, Estados Unidos.

Por primera vez en el país del norte, a partir de dicha normativa, se reconocieron derechos a las familias poliamorosas: “Bajo su nueva ordenanza de pareja doméstica, la ciudad de Somerville ahora otorga a los grupos poliamorosos los derechos que tienen los cónyuges en el matrimonio, como el derecho a otorgar beneficios de seguro médico o hacer visitas al hospital” (21). Asimismo, se puso en crisis algo que ya hemos estado desmenuzando y es lo referido al concepto de familia, dejando plasmado que una cuestión que afecta a todo el mundo del norte al sur y del este al oeste: “Definir familias es algo en lo que históricamente nos hemos equivocado bastante como sociedad, y no deberíamos seguir intentando y comprometiéndonos a hacerlo”.

## VI. A modo de conclusión

El dinamismo en las relaciones de familia enseña cómo los cambios legislativos, al poco tiempo de su sanción, se muestran como insuficientes para captar la compleja realidad de

---

(21) Ellen Barry, “Una ciudad de Massachusetts decide reconocer las relaciones poliamorosas” en: <https://www.nytimes.com/2020/07/01/us/somerville-polyamorous-domestic-partnership.html>

---

(20) GIL DOMÍNGUEZ, A., ob. cit.

los tiempos que corren. Ello fue lo que aconteció con las relaciones poliamorosas, las que, en pocos años, vinieron a poner en crisis un cuerpo normativo que, a pesar de estar de estreno, no llega a dar una solución a los interrogantes que plantean los vínculos plurales; solución exigida desde la perspectiva constitucional y con-

vencional del derecho de las familias desde que se entrelazan derechos inherentes al ser humano. Adaptar la norma a los nuevos cambios, incluso desde el ejercicio de la judicatura (a falta de reforma legislativa) no solo nos coloca en la vanguardia del derecho, sino que también nos convierte en una sociedad más justa y plural.



# DOCTRINA EXTRANJERA

---





# Autonomía progresiva en el proyecto cubano de Código de las Familias (2021)

## Bajo el prisma de la CIDN y la experiencia jurisprudencial contemporánea

Neylia L. Abboud Castillo (\*)

**Sumario:** I. Breve, pero obligada contextualización.— II. ¿Con qué lógica recepta la autonomía progresiva el proyecto de Código cubano?— III. Autonomía progresiva en sede notarial. Importante novedad del proyecto cubano.— IV. Mapeo de la autonomía progresiva en el proyecto de Código de las Familias de Cuba.

### I. Breve, pero obligada contextualización

Me refiero al proyecto cubano de Código de las Familias del año 2021 (1). Como su nombre lo indica, se trata de un proyecto que espera convertirse en ley para el año 2022. A la fecha de este escrito se encuentra en versión n.º 23 e inicia un período de consulta popular, luego de haber concluido un proceso de consultas especializadas con distintos sectores jurídicos del país; en lo adelante, indistinta o simplemente proyecto de Código cubano, o proyecto (2).

---

(\*) Doctora en Derecho por la Universidad de La Habana. Abogada y notaria en Nicaragua. Profesora catedrática de Derecho Civil y de las Familias, Universidad Americana (UAM) Nicaragua. Corredactora del primer Código de Familia de Nicaragua (2014).

(1) Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, "Anteproyecto de Código de las familias", 15/9/2021, <https://www.parlamentocubano.gob.cu/index.php/disponible-anteproyecto-del-codigo-de-las-familias-pdf/>

(2) Ibidem. Los antecedentes de este proyecto se indican así: "Desde el 16 de julio de 2019 se constituyó el Grupo de Trabajo Temporal coordinado por el Ministerio de Justicia e integrado por reconocidos expertos del Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República, el Ministerio de Salud Pública, el Ministerio de

No creo ser la primera voz que afirme que el inminente Código de las Familias de Cuba es desde ya un referente obligado en la región iberoamericana. Esto no es profecía, sino fehaciente realidad.

El vanguardismo jurídico que caracteriza a este proyecto normativo es inspirador y un claro ejemplo de cuánto puede hacerse desde el derecho familiar para reconocer y hacer viables los derechos humanos.

El proyecto en comentario nos muestra las bondades de legislar con base en un diálogo interdisciplinar e intradisciplinar. Al leerlo, es claro que se han construido consensos intra-

---

Relaciones Exteriores, la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, la Unión Nacional de Juristas de Cuba, la Federación de Mujeres Cubanas, el Centro Nacional de Educación Sexual, la Oficina Nacional de Estadísticas e Información y la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, que elaboró las propuestas de Políticas y 20 versiones del anteproyecto del Código de las Familias. El 22 de marzo de 2021, por Acuerdo No. 149, el Consejo de Estado aprobó la Comisión encargada de elaborar el proyecto del Código de las Familias integrada por diputadas, diputados y representantes de varias instituciones y organizaciones sociales y de masas."

disciplinarios. Así, se nota la correlación entre el derecho familiar y el constitucional, el derecho civil en su parte general, las sucesiones, derechos reales, registral, notarial, procesal, entre otras.

También muestra el diálogo con disciplinas afines al Derecho, la llamada interdisciplinariedad simple (3); así, con la psicología y sociología familiar, la demografía, la perspectiva de género, la bioética, entre otros.

En muestra de lo anterior se desataca las novísimas regulaciones que ofrece para las técnicas de reproducción humana asistida, toma partido entre otros temas sobre el anonimato de donantes y la fecundación *post mortem* (Cfr. arts. 18.2, 50, 115-127, 466), abuelidad (Cfr. arts. 111, 134, 156, 165, 279, 289, 417-438), discapacidad (Cfr. arts. 3 i), 26, 39, 45, 46, 54, 112, 113, 268, 417 - 438), multiparentalidad con base en la socioafectividad (Cfr. arts. 56. 57, 93, 101, 119) y la gestación solidaria (Cfr. arts. 128-131) término, que, a mi modo de ver, es innovador y superador de otras denominaciones que han sido menos fieles a su sentido, como son: vientres de alquiler, o maternidad subrogada.

Siento que este proyecto de Código cubano ha sido elaborado en un tiempo privilegiado. Por una parte, la Constitución cubana de 2019 (4) marcó un derrotero para renovar normas infra constitucionales y evidenció la necesaria superación del Código de familia de 1975. Y, por otra

---

(3) REMOLINA, G., SJ., "Del Big Bang de las ciencias a la integración del saber", Ponencia dictada en Lección Inaugural de la Universidad Centroamericana, Managua, 2012, ps. 4, 5 y 13 "... ante el fenómeno del 'big bang' y la 'babelización' surge con fuerza no menor, la necesidad y el deseo de buscar la unidad y la integración entre las diversas disciplinas y el saber [...] lo interdisciplinario no es una cuestión de modas, sino una necesidad ineludible para la solución de los complejos problemas de las ciencias naturales, sociales y humanas [...] interdisciplinariedad simple: una disciplina se apoya en algún elemento de otra (teoría, técnica, método, una información, un concepto) pero cada una conserva sus límites y dinámicas. Interdisciplinariedad de hibridación: Tanto la disciplina 1 como la disciplina 2 se afectan y cambian recíprocamente. Hay interacción, intercambio y cooperación".

(4) Constitución de la República de Cuba, publicada en la Gaceta Oficial No. 5 Extraordinaria de 10/04/2019, [https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2019-ex5\\_0.pdf](https://www.gacetaoficial.gob.cu/sites/default/files/goc-2019-ex5_0.pdf)

parte, lo siento privilegiado porque asistimos a una época en el que el derecho familiar latinoamericano ha alcanzado una madurez incuestionable. Se ha producido mucho pensamiento científico familiar a favor de los derechos humanos de los miembros de las familias. La riqueza de ese pensamiento, a la que también ha contribuido la escuela cubana de derecho, con valiosos aportes, la he visto felizmente capitalizada en este proyecto.

No se trata de hacer leña del árbol caído, ni juzgarse a destiempo. Las normas legales son espejos de su época, con alguna dosis aspiracional, más o menos lograda; pero, espejo al fin. El Código de Familia de Cuba de 1975 (5) tuvo su misión y fue cumplida. Este de hoy tendrá la suya y el próximo superará a este porque así funciona la dialéctica del desarrollo. Creo que este siglo XXI ha sido para el derecho familiar lo que el siglo de las luces para literatura.

El proyecto de Código cubano receta con el mejor suceso la pluralidad de relaciones de familias que afirma el pensamiento jurídico de la región iberoamericana, a lo que ha contribuido notablemente la labor desarrollada por las Salas, Cortes o Tribunales constitucionales en países como Brasil, Argentina, Colombia, Perú y España (6). Toda esta riqueza del pensar puesta a disposición del razonamiento y la obra de notables juristas (7) resultó en la combustión perfecta para un Código de las Familias icónico en nuestra región.

---

(5) Código de familia de Cuba, Ley No. 1289, de 14 de febrero de 1975, en: [https://oig.cepal.org/sites/default/files/cub\\_1975\\_ley\\_1289\\_codfamilia.pdf](https://oig.cepal.org/sites/default/files/cub_1975_ley_1289_codfamilia.pdf)

(6) Vid. PÉREZ GALLARDO, L. B., "Las nuevas construcciones familiares en la jurisprudencia constitucional Iberoamericana", en Leonardo B. Pérez Gallardo, Carlos Manuel Villabella Armengol y German Molina Carrillo (coords.), *Derecho Familiar Constitucional*, Mariel, Puebla, 2016, ps. 530-560.

(7) Treinta y un miembros integran la Comisión redactora del anteproyecto del Código de las Familias de Cuba, profesionales de distintos sectores del país. Por la academia destacan los profesores: Leonardo Pérez Gallardo, Ana María Álvarez—Tabío y Yamila González Ferrer. <http://www.cubadebate.cu/noticias/2021/05/03/aprueban-comision-que-elaborara-el-proyecto-de-codigo-de-las-familias/>

En suma, y aquí dejo una primera idea conclusiva, valoro que este proyecto expresa pluralidad e inclusión social. Respeto a la diversidad humana y a las múltiples formas de constituir familias. Es clara su opción hacia la horizontalidad en las relaciones humanas y la democratización en las familias. Evoca un pensamiento jurídico contemporáneo, agudo, renovador e innovador y muy latinoamericano.

También, y sobre todo, es un proyecto humanista. Es evidente que no solo quiso incluir a todas las personas, sino que dentro de esos “todos” puso los énfasis (justos y necesarios) en derechos a colectivos humanos vulnerables, tradicionalmente invisibilizados, o tímidamente atendidos.

Dentro de esas vulnerabilidades en las familias rescato, a los fines del tema central de este escrito, los derechos de la niñez y la adolescencia (NNA), a los que este proyecto de Código concede una merecida prevalencia, como no podría ser de otra forma en pleno fervor del siglo XXI. Y quede aquí, una segunda idea conclusiva.

## II. ¿Con qué lógica recepta la autonomía progresiva el proyecto de Código cubano?

El proyecto en cuestión, a mi modo de ver, logra incorporar de manera ejemplificante la lógica con que se ha concebido la autonomía progresiva (AP) desde la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) y órgano de este tratado, como en lo que a mi juicio son, líneas jurisprudenciales sobre AP en la región iberoamericana. Y, esta es una tercera idea conclusiva.

Esta incorporación de la autonomía progresiva y que he llamado ejemplificante la veo en dos momentos: El primero, cuando ocupa el término autonomía progresiva sin ambages y con tino. Lo distingue de la capacidad jurídica. Y esta voz terminológica se mantiene uniforme en todo su articulado. Una revisión transversal del proyecto reporta que al menos en 10 grandes temas y 25 artículos se ocupa el proyecto de la AP. Y de evidenciarlo me ocupo en el acápite IV de este escrito.

El segundo momento, lo veo en el desarrollo normativo del proyecto. Está impregnado de tendencias actuales sobre AP. Para constatarlo baste repasar el glosario de términos (punto 10) que se ubica al final del proyecto.

En el punto 10 del glosario se encuentra una definición de avanzada sobre AP que luego filtra o se inoculara en cada situación familiar en la que la AP debe aparecer; así en adopción, responsabilidad parental, divorcios, tutela y en breve veremos más.

Esta técnica/lógica legislativa, que no es asunto de forma sino de fondo, lo aprecio como un meritorio trabajo de orfebrería jurídica de sus redactores, al haber logrado hilar la AP en los múltiples escenarios de relaciones familiares en las que debe ser considerada.

Vale citar textualmente la definición dada en el glosario de términos del proyecto cubano (2021), punto 10: “Autonomía progresiva: Aptitud de NNA para tomar decisiones, asumir responsabilidades y ejercer derechos, que se adquiere de manera gradual en función de su grado de madurez y desarrollo en relación con las particularidades de la decisión de que se trate; a medida que sus competencias son cada vez mayores, disminuye su necesidad de dirección y orientación y aumenta su capacidad de asumir responsabilidades, tomando decisiones que afectan su vida. Implica que no se establezcan edades fijas pues el proceso de madurez no es lineal y aplicable a todos las NNA por igual y está estrechamente vinculada a su consideración como sujetos de derechos y a las funciones parentales de orientación y dirección para que ellos y ellas conozcan tales derechos y las formas de ejercitarlos y exigirlos”.

De la anterior definición rescato 5 elementos claves que, a mi modo de ver, declaran la lógica de su regulación:

1. La AP es una aptitud, no una actitud. Es estar apto para...

2. AP debe ser evaluada en atención a las particularidades de la decisión que se ventila. Esto es, tomar en cuenta el escenario o el conflicto familiar en el que la AP deba ser considerada.

3. Significa que a mayor madurez de la persona menor de edad disminuye la necesidad de dirección y orientación de los padres, respecto a decisiones que afectan la vida de sus hijos.

4. El proceso de madurez psicológica no es lineal, ni se puede aplicar a todos por igual. Su evaluación debe estar necesariamente vinculada a considerar a NNA como sujetos de derechos.

5. La AP es correlativa y presupone un deber de los padres: orientar y dirigir a sus hijos para que conozcan sus derechos y las formas de ejercerlos y exigirlos.

### *II.1. Somero cotejo con la CIDN*

Los 5 puntos antes referidos, establecidos en el proyecto de Código cubano, se condicen con lo normado en los arts. 5°, 12 y 14 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CIDN) **(8)** y con lo desarrollado sobre AP en las Observaciones Generales 12, 14 y 17 del Comité de los derechos del Niño **(9)**.

En estos instrumentos supranacionales y del órgano de este tratado se alude a la AP con empleo de estos términos:

- conforme la evolución de sus facultades (art. 14, CIDN),

- opiniones en función de su edad y madurez (art. 12, CIDN),

- oportunidad para ser escuchado (art. 12, CIDN),

- formarse un juicio propio para expresarse libremente (art. 12, CIDN),

---

(8) Convención internacional de los derechos del niño, Asamblea General de las Naciones Unidas, 20/11/1989, <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

(9) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, de 20/7/2009, "Derecho del niño a ser escuchado"; Observación General No. 14, de 29/5/2013, "Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3 párrafo 1)"; Observación General No. 17, de 17/4/2013, "Sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31)", <https://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/>

- responsabilidades parentales sí, pero en consonancia con la evolución de las facultades de NNA (art. 5°, CIDN); y,

- responsabilidad parental es función de orientación y dirección ¿para qué? para que NNA ejerciten por sí sus derechos (arts. 5°, 9°). Por tanto, es atribución legal (no derecho subjetivo) para acompañar ese proceso de crecimiento biológico.

El cotejo que he realizado entre las normas de la CIDN/Observaciones generales referidas y el proyecto de Código cubano, reporta que dicho proyecto integra la AP con la misma lógica que lo asumen estos instrumentos supranacionales.

En apoyo a la idea expresada y en muestra de todo se citan dos párrafos de la Observación General No. 14: "[...] La realización del derecho del niño a expresar sus opiniones exige que los responsables de escuchar al niño y los padres o tutores informen al niño de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que pueden adoptarse y sus consecuencias. El niño también debe estar informado sobre las condiciones en que se le pedirá que exprese sus opiniones. El derecho a la información es fundamental, porque es condición imprescindible para que existan decisiones claras por parte del niño [...] Los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Se ha demostrado en estudios que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que evaluarse mediante un examen caso por caso" **(10)**.

Hasta aquí un resumen de la lógica normativa de la AP en el proyecto cubano, a la luz de la CIDN.

### *II.2. Líneas jurisprudenciales que recepta*

Por otra parte, la autonomía progresiva también ha sido desarrollada en múltiples decisiones judiciales de Iberoamérica y en decisiones

---

(10) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, cit., párr. 25, 29. Véase también, párr. 30 y 31.

de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) (11). A este tiempo es posible afirmar que existe una línea jurisprudencial sobre la AP y que esa línea se lee sintetizada en el proyecto de Código cubano. Dicha línea la fijo en dos ejes:

Iro. A mayor autonomía de las personas menores de edad, menor será el margen de representación legal de sus padres o cuidadores. Y 2do., la participación y escucha activa de NNA en los procesos de su incumbencia es una regla procesal y un derecho que debe ser inexorablemente observado. Hago el énfasis en que además de regla procesal es también un derecho y como derecho al fin cabe la posibilidad de su renuncia por parte de su titular. ¿Es obligación del NNA ser escuchado en atención a su AP? ¿Y si no quiere? R/ Habrá que respetar todos los términos en que se ejerza ese derecho.

Lo que se ha sintetizado anteriormente (en dos puntos) como línea jurisprudencial se ejemplifica seguidamente, en muestra de todos y por razón de espacio, con 3 casos judiciales representativos de 3 regiones diferentes: América del Sur, Centroamérica y Europa.

Caso 1. Argentina, Corrientes, año 2020. Una joven de 13 años ejerce el derecho a no conocer sus orígenes biológicos. En proceso de impugnación de paternidad por el presunto padre biológico la joven se opone al examen de ADN alegando violación a su vida privada y familiar.

(11) Vid. CIDH, Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de febrero de 2011, párr. 129. "[...] En el caso de los niños y niñas, si bien son sujetos titulares de derechos humanos, aquéllos ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal, por lo que en su primera infancia actúan en este sentido por conducto de sus familiares. En consecuencia, la separación de un niño de sus familiares implica, necesariamente, un menoscabo en el ejercicio de su libertad."; Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012, párr. 68, "[...] se tuvo en cuenta que las tres niñas tienen en este momento 12, 13 y 17 años de edad y, por tanto, podrían existir diferencias en sus opiniones y en el nivel de autonomía personal para el ejercicio de los derechos de cada una."; Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2012, párr. 183; Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 230.

La autoridad judicial accede a reconocerle este derecho, asumiendo que su decisión es autónoma y válida acorde a su grado de madurez (12).

Caso 2. Costa Rica, año 2015. Trata de un conflicto sobre ejercicio de la autoridad parental. Una joven de 13 años y su madre se oponen a la petición del progenitor para ser cambiada de centro escolar y también se oponen a que la joven sea sometida a un examen de médico para determinar una posible enfermedad genética. El Juez falla a favor de la adolescente, razonando sobre su AP (13).

Caso 3. España, año 2013. Se relaciona AP con violencia intrafamiliar. Se trata de una resolución judicial que confía al hijo de 17 años la decisión de relacionarse o no con su padre, quien ha cumplido sanción penal por malos tratos al propio hijo. En los autos reza que la guarda y custodia quedó conferida a la madre y el padre recurre aduciendo que le han sido vulnerados sus derechos de relacionarse con su hijo y el ejercicio de la autoridad parental. El tribunal superior resuelve "[...] no imponer ninguna medida rígida de comunicación, sino que entiende que el hijo tiene edad suficiente para determinar por sí solo el sistema de comunicación que quiere con su padre, tomando en cuenta la experiencia negativa que ha vivido de malos tratos" (14).

Los casos judiciales mencionados, si se dieran en Cuba, podrían ser resueltos perfectamente a la luz del actual proyecto de Código. Y aquí entra una cuarta idea conclusiva. El proyecto de Código de las Familias de Cuba está apto para resolver conflictos familiares complejos donde se debate sobre AP, sin necesidad de acudir a in-

(12) Superior Tribunal de Justicia de Corrientes, Argentina, 18/12/2020, "S., R. M. C/ E., G. D., A., M. I. S/ impugnación de paternidad (18.406/19)", <http://www.juscorrientes.gov.ar/wp-content/uploads/jurisprudencia/fallos-recientes/pdf/2021/2020-S129-Civil-4733.pdf>

(13) Tribunal de Familia del I Circuito Judicial de San José, Costa Rica, sentencia No. 00092-2015, de 27/1/2015, Expte. 13-002000-0364-FA, <https://nexuspj.poder-judicial.go.cr/document/sen-1-0034-624981>

(14) Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sala civil y penal, sentencia de 12/03/2013, recurso 54/2012, Revista de Derecho de familia, reseña de jurisprudencia, No. 8, mayo 2013.

terpretaciones evolutivas de las normas, ni tener que invocar controles de convencionalidad, o controles de constitucionalidad. Las mismas normas que hoy contiene el proyecto dan el espacio para su aplicación directa.

Resumo, lo que a mi modo de ver se ha establecido como línea jurisprudencial en materia de AP, receptada por el proyecto de Código cubano, y lo hago en la voz de dos emblemáticas sentencias; una argentina del año 2019, sobre la que regresaré al final de este escrito, y otra reconocida, dictada por la CIDH:

Sentencia argentina, año 2019: “[...] La opinión del menor debe ser analizada con un criterio amplio y pasada por el rasero que implican la edad y madurez de los niños, para lo cual es imprescindible al juez ponderar cuidadosamente las circunstancias que los rodean, y balancearlas mesuradamente en relación con las restantes connotaciones que presenta el caso, los dictámenes de los profesionales intervinientes, el Ministerio Público, y particularmente con la índole del derecho en juego...” (15).

Del caso “Atala Riffo y Niñas Vs. Chile”: “[...] Por otra parte, la Corte reitera que los niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...]. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en

lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto” (16).

### III. Autonomía progresiva en sede notarial. Importante novedad del proyecto cubano

El proyecto de Código cubano incorpora la escucha activa en sede notarial, como se lee en el art. 148 del proyecto. Con esta regla llega finalmente la AP al ámbito Notarial.

Convengamos que, cuando el acuerdo de cuidado personal se adopta durante el proceso judicial, en alguna de sus audiencias, el tema es más simple porque las autoridades judiciales, en principio, han venido incorporando en su quehacer el cumplimiento de este derecho, además que se auxilian de los equipos técnicos multidisciplinarios.

En cambio, no ocurre lo mismo cuando el acuerdo de cuidado se adopta en las sedes notarial y administrativa. En ellas ese derecho de escucha activa es frágil porque es más invisibilizado. ¿Cómo se garantiza la escucha activa de NNA en sedes notariales y administrativas? ¿En qué momento deben participar los hijos menores de edad en los planes de parentalidad? ¿Cuándo se homologa o desde que se elabora el acuerdo extrajudicialmente?

Pienso que, si abrimos normativamente espacios extrajudiciales para acuerdos parentales, las notarías e instancias administrativas deben estar preparadas para este desafío, que es garantizar el derecho de escucha activa.

Esta regla de ponderación relativa a AP que introduce el proyecto cubano sienta un importante precedente para aquellos países que admiten acuerdos de cuidado personal en sede extrajudicial, aunque luego sean homologados ante la autoridad judicial. Así, por ejemplo, se admiten acuerdos en: España (ley 15/2005, art. 92), Argentina (Cód. Civ. y Com., art. 651), Bolivia (Código de las Familias y del Proceso Familiar, art. 217), Perú (ley 29269/2008, art. 81), Chile (art. 229 del Código Civil tras la reforma de la ley 20.680/2013) y Nicaragua (CFN, arts. 43, 434 y 443).

(16) Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile, cit., párr. 199.

(15) Juzgado de Familia No. 1, de Esquel, 18/10/19 “A I. S/ \*Supresión de apellido”, Expte. N° 467/2019, <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2019/11/FA.-PCIAL.-JUZ.-FLIA.-N%C2%BA1-ESQUEL-CHUBUT.-Derechos-del-ni%C3%B1o.-Apellido.-pdf>.

Para el caso de Cuba y Colombia esta regla de ponderación sobre AP (*Cfr.* art. 148 del proyecto) tiene un valor añadido porque son los únicos de la región iberoamericana que permiten divorcios notariales con acuerdos de cuidado personal (17).

Aunque el divorcio notarial ha sido ampliamente reconocido en América Latina (18) solo en estos dos países se admite con hijos menores de edad, en el resto de los países, si hay hijos menores de edad (aun sin litis), el divorcio debe tramitarse en sede judicial.

Sin menoscabo de la similitud normativa apuntada entre Cuba y Colombia hay una diferencia: y es que para el caso cubano los acuerdos de cuidado personal no llevan homologación judicial. Se espera que Notario con su

(17) Colombia lo admite a partir de la Ley 962/2005 de 8/7/2005, en el artículo 34, publicada en el Diario Oficial No. 46023/2005 de 6/9/2005 y el Decreto 4436/2005 de 28/11/2005, del Ministerio de Justicia e Interior, "Sobre el divorcio ante notario y la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos, complementario del artículo 34 de la Ley anterior". Y, Cuba mediante Decreto - Ley 154/1994, de 6/9/94, "Del divorcio notarial", publicado en Gaceta Oficial de la República de Cuba, Ordinaria, No. 13 de 19/9/1994, y su Reglamento, contenido en la Resolución 182/1994 de 10/11/94, del ministro de Justicia (artículos 1, 4, 5 y 6).

(18) La regulación del divorcio notarial inicia en Cuba en el año 1994, luego en México (año 2000), Colombia (año 2005), Ecuador (año 2006), Brasil (año 2008), Perú (año 2008), Nicaragua (año 2014), Bolivia (año 2014) y más recientemente, España (año 2015). Un dato histórico interesante suministra GONZÁLEZ PAGÉS al revelar que "[...] Cuba fue el primer país de Hispanoamérica en lograr una Ley del Divorcio, en el año 1918", vid. GONZÁLEZ PAGÉS, J.C., "Macho, varón, masculino, estudios de masculinidades en Cuba", Ed. de la Mujer, Ciudad de La Habana, 2010, p. 27. Para un acucioso estudio sobre el estado legislativo del divorcio ante notario en América Latina y los pormenores que presenta el divorcio por mutuo acuerdo ante Notario con hijos e hijas menores de edad y discapacidades, vid. PÉREZ GALLARDO, L. B., "Un 'fantasma' recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial", en *El divorcio por mutuo acuerdo en sede notarial: La experiencia latinoamericana*, Leonardo Pérez Gallardo (coord.), BITECSA, 1ra. edición, Managua, 2010, ps. 9-58. También, para un estudio a propósito de la novedad del divorcio en la jurisdicción voluntaria notarial española, vid. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., et al., "Separaciones y divorcios ante notario", Ed. Reus, Madrid, 2016.

alta solvencia intelectual y ética haga esas veces de control. Recuerdo que en ese país el notariado es *numerus clausus*, no *apertus*, a diferencia del modelo notarial en los países de Centroamérica (*apertus*).

En cambio, Colombia, admitiendo el mismo divorcio notarial y con hijos menores de edad hace control de legalidad administrativa, cuando presenta el acuerdo de divorcio al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ante el defensor de familia.

Lo que no dice el proyecto cubano es el cómo: ¿cómo hará el notario para garantizar que ese derecho se cumpla? Lo cierto es que esa escucha debe ser obtenida y evaluada con una *expertise* que excede las competencias del jurista y exige la cooperación de otros saberes.

#### IV. Mapeo de la autonomía progresiva en el proyecto de Código de las Familias de Cuba

Reitero que he visto en el proyecto cubano regulada la autonomía progresiva al menos en 10 grandes temas y estos a su vez, desgajan en 25 artículos. Y lo resumo así:

1. En las disposiciones generales se ubican 2 referencias:

- En el ámbito de aplicación. Cuando conecta al Código con normas de Derecho supranacional en cuyo caso incluye CIDN y jurisprudencia de órganos de tratados (art. 1°).

- También cuando describe, en el art. 5°, los derechos de la infancia y adolescencia, en el ámbito familiar. Aquí se diferencia con tino capacidad jurídica y autonomía progresiva; y, se consagra el derecho a la escucha activa y participar en la toma de decisiones.

2. En materia filiatoria encuentro 3 referencias:

- En el reconocimiento judicial de la multiparentalidad sobrevinida con motivo de la socioafectividad (art. 57).

- En el reconocimiento de la filiación posterior a ser negada. Aquí si el hijo o hija es menor de edad debe ser tomado/a en cuenta para hacer lugar a la filiación que se pide (art. 71).

- Y, cuando se legitima a quienes pueden ejercer la acción de emplazamiento filial. Aunque son titulares los representantes legales el proyecto exige que se considere la AP de las personas menores de edad, cuya filiación se interesa (art. 74).

### 3. En adopción ubico 2 referencias:

- Una es relativamente tradicional: establecer AP en la persona a ser adoptada. Su derecho de escucha activa e información y ser asesorado del alcance y oportunidades del proceso adoptivo. La novedad que aprecio es cómo esta concepción de asesorar y orientar para que NNA ejerzan sus derechos se enfatiza muy bien en el proyecto cubano (art. 89).

- Y la segunda, menos tradicional, más innovadora y justa es que en los procesos de adopción se refrenda el derecho de escuchar el parecer de aquellos hijos propios o comunes de los potenciales adoptantes que con ellos conviven (art. 109). Nótese que aquí se visibiliza a esa persona que tendrá también un cambio en su vida familiar, cuando reciba al hermano o hermana adoptivo. Ese receptor también debe ser escuchado acorde a su madurez psicológica, capacidad y autonomía progresiva; y el proyecto lo ve.

4. En responsabilidad parental. En 10 artículos se inculca la autonomía progresiva y destaco:

- Se define la responsabilidad parental como una atribución legal, pero se le pone el contorno de la AP (art. 132).

- En igual línea, al regular el contenido de la responsabilidad parental refiere a formas de crianza positivas, no violentas y participativas, de acuerdo con la edad, capacidad y autonomía progresiva. Confiere el derecho de los hijos a expresarse, defender criterios, ser oídos y tomar decisiones. Y, cuando haya contradicciones, abordarles desde formas persuasivas, el convencimiento, la razón, los argumentos. Y regresa la lógica del acompañarlos en la construcción de su propia identidad (art. 134).

- En el uso equilibrado y responsable en los entornos digitales. El proyecto reconoce estos

espacios como apropiados, pero los modula con la responsabilidad y la preservación de la dignidad y derechos de NNA (art. 144). El proyecto cubano tuvo la oportunidad de integrar los aspectos principales establecidos en la reciente Observación general No. 25, de marzo de 2021 (19).

- Muy innovador me ha parecido el artículo 145 del proyecto, que refiere a los deberes de las hijas e hijos menores de edad. Dice la norma que estos deben participar y corresponsabilizarse en el trabajo doméstico y de cuidado, de acuerdo con su edad, con su nivel de autonomía progresiva y grado de madurez y con independencia de su sexo. Muy creativo y necesario. Lo que no me queda claro es que pasa cuando este deber jurídico se incumple.

- En los pactos de parentalidad se establece que la autonomía progresiva es:

a) Regla de ponderación en sede notarial y judicial.

b) Finalidad de los pactos para lograr equilibrio emocional y afectivo de los hijos; y,

c) Que los hijos deben intervenir al momento de organizar cuidados unilaterales o compartidos. Se retoma la importancia de esta participación de NNA en sede notarial, razonado en el acápite III de este escrito. Reitero que, pudiendo adoptarse cuidados compartidos o unipersonales ante notario esta norma es más que pertinente. Y es que la escucha activa suele tutelarse con relativo acierto en sede judicial, pero la notarial había quedado desprovista y esta norma del proyecto resuelve, en alguna medida, ese vacío.

- También se relaciona AP en la administración y disposición de bienes de los hijos. Se tiene cómo válido que hijos e hijas en atención a su capacidad y AP celebren contratos válidos de escasa cuantía. Lo que queda por definir, lo que seguro se hará desde las normas civiles, es ¿qué se entiende por escasa cuantía?

(19) Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 25, de 2/3/2021, "Relativa a los derechos de los niños en relación con el entorno digital", <https://plataformadeinfancia.org/derechos-de-infancia/observaciones-generales-comite-derechos-del-nino/>



- Y, por último, en responsabilidad parental aprecio una norma novísima en el art. 196 del proyecto que relaciona AP con la exclusión de derechos parentales y de sucesión intestada. La regla de esta norma es excluir de la RP y de la sucesión intestada al padre y madre que se hayan opuesto, persistente e infundada, a la filiación que se declara judicialmente. Sí se mantiene para estos casos la obligación de alimentos. Esta regla de exclusión tiene una excepción y es aquí donde entra la AP: si el hijo o hija revierte esa exclusión por su voluntad conforme su AP, o bien por testamento. Aprecio un precepto respetuoso de la libertad individual y la intimidad familiar.

5. En el divorcio judicial. Aquí el proyecto de Código cubano asume que, aunque el divorcio es un asunto esencialmente de dos, esa regla sucumbe cuando hay hijos menores de edad cuyos intereses deben quedar resguardados en dicho proceso. Los hijos deben ser escuchados y auxiliados por los equipos multidisciplinarios de acuerdo con su capacidad y AP (*Cfr.* arts. 274 y 291).

6. En guarda de hecho. Indica el proyecto cubano que para establecer una guarda de hecho y para formalizar el acogimiento familiar ha de tomarse en consideración la opinión de la persona menor de edad, siempre en correspondencia con su capacidad y AP (art. 333).

7. En la regulación de las familias solidarias. Para asignar familias de acogida será requisito escuchar la opinión de la persona menor de edad, de acuerdo con su capacidad y autonomía progresiva y este deber de escucha ha de cumplirse antes que la persona se vincule a una familia solidaria (art. 350).

8. En la tutela. El proyecto cubano, sin apartarse de la vocación que tiene la figura de la tutela para la representación legal, delimita con acierto dos temas (art. 393):

- La representación legal para actos personalísimos se modula con la autonomía progresiva. A mayor AP, menor el ámbito de representación legal para estos actos; además,

- se deposita en NNA el derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su autonomía. ¿Cuál autonomía? Responde la norma: La que

este propio proyecto establece, o bien la que se autorice por tribunal competente.

9. El penúltimo tema y la vigésimo cuarta mención normativa a AP en el proyecto cubano es al momento de regular las normas de Derecho internacional privado. Aquí se admite convertir una adopción simple, autorizada en el extranjero, en adopción plena, siempre que medie el parecer de la persona menor de edad (art. 468).

10. Y, por lo último, que fue lo primero, en el punto 10 del glosario de términos que tiene este proyecto hay una clara definición de AP cuya lógica es coherente a lo largo del proyecto, tal y como se ha mapeado en diez puntos. Y es esta la quinta y última idea conclusiva de este escrito.

Concluyo haciendo mención de un caso judicial que a mi modo de ver es una joya jurídica de humanismo y respeto a la AP en procesos judiciales. Es una decisión adoptada en la Provincia de Chubut, Argentina, en el año 2019.

Se trata de un niño que pide cambio de sus apellidos, a pesar de existir vínculos biológicos con su padre registral. La jueza accede en atención a las circunstancias del caso, a la historia de maltratos del padre hacia el niño y a su mamá y a que se ha explorado al niño y que su pedir se correspondía con su genuina voluntad manifestada libremente y en ejercicio de su derecho a la felicidad y a respetar cómo autopercibe socialmente su filiación. Esta fue una sentencia de lectura fácil, muy sensible, donde la jueza le explica al niño sus derechos y le orienta la forma de ejercerlos. Ejemplifica la dimensión en que debe ser atendida la AP. Y cito textual porque lo vale:

“...Con todo eso, llegué a la conclusión que lo que pedís es razonable, porque tus motivos son fuertes y no tienen que ver con lo que te pudieron decir las personas más cercanas, sino con lo que realmente vos querés. Pero también quiero decirte, nuevamente, que ser papá o mamá es una de las tareas más difíciles, y que es un camino que no siempre se hace de la mejor manera, sin tropezar o equivocarse. Mucho tiene que ver lo que aprendimos cuando somos niños o niñas, y creo —al igual que la psicóloga Juliana— que en el caso de tu progenitor algo de eso le pasó. Se

lo hicimos ver a él y esperamos que pueda mejorarlo. Lo que más nos interesa es que vos no sientas que es tu culpa, o que hiciste algo mal o insuficiente, porque no es así en modo alguno. Fueron las cosas que los adultos tramitaron de manera incorrecta, por no poder o no saber hacerlo de otro modo [...] Hay algo que es importante que sepas: este cambio de apellido no significa que tu progenitor deja de ser para la ley la persona que tiene el deber de brindarte lo que necesitas para ser un adulto responsable. El tiempo y la ayuda que te van a dar tu psicóloga y tu mamá, nos mostrarán si va a ser así o de otro modo. Por eso también le vamos a pedir a ellas dos que lean lo que escribimos Juliana y yo, en especial en la parte que se sugiere que se incluya a tu progenitor en el tratamiento, pues de ese modo es posible que superes ese dolor que pudiste mostrar en esto que los abogados llamamos 'juicio'. Voy a despedirme de vos alentándote para que sigas desarrollando esa creatividad que es tu característica, y espero sinceramente

que este pedido que hiciste a una jueza —que te escuchó atentamente— te haga sentir mejor. También quiero decirte que más adelante, si así lo deseas, podés ir al Registro del Estado Civil de las personas y agregarte nuevamente el apellido que a partir de esta decisión no deberás llevar. Estoy a tu disposición para lo que necesites, inclusive si querés que te aclare algo de lo que te escribí” (20). El humanismo de esta decisión se explica por sí.

Concluyo, felicitando el loable proyecto de Código de las Familias cubano. Y, aunque queda el desafío de la consulta popular, aprobación/vigencia y puesta en práctica, siento que la deuda socio-jurídica con el derecho familiar ha quedado saldada. El legado del pensamiento jurídico cubano se ha honrado y superado en este proyecto. Una vez más... Cuba dice para América.

---

(20) Juzgado de Familia No. 1 de Esquel, cit., La sentencia dirigida exclusivamente al niño, ps. 17-18.

# El acceso a la justicia en el cumplimiento del pago de las pensiones de alimentos en Chile y Argentina

Camila Araneda Jofré (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. El acceso a la justicia y los mecanismos de cumplimiento del pago de la pensión de alimentos en Argentina y Chile.— III. El derecho internacional de los derechos humanos y el acceso a la justicia en el ámbito de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.— IV. Conclusiones.

## I. Introducción

Las pensiones de alimentos o pensiones alimentarias han sido definidas por la doctrina chilena como “el derecho que la ley otorga a una persona para pedir lo que necesite para subsistir de un modo correspondiente a su posición social, a otra persona, que cuenta con medios para proporcionárselos y está por ley obligado a hacerlo” (1), la definición da cuenta generalmente de la obligación de una persona de dar sustento económico o material a otra.

La generalidad de las pensiones de alimentos que son decretadas está pensadas para contribuir a la subsistencia y desarrollo de los niños, niñas y adolescentes, por lo cual los países han creado instancias judiciales en las cuales aquellas personas que tienen el cuidado personal del niño, niña o adolescente (que puede ser tanto la madre, padre o tutor) pueda solicitar ante un juez o jueza de familia, a través de un proceso judicial, que se decrete el pago de una cuota

alimentaria mensual que cubra las necesidades para el desarrollo del niño, niña o adolescente.

Esta figura jurídica no solo tiene un sustento legal, sino que es considerado un derecho humano que emana de los derechos a la vida y a la integridad física y psíquica (2), reconocido internacionalmente en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (3) y el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño (4), por lo que la obligación de cumplimiento compete también a los Estados.

---

(2) VALDIVIA, C., CORTEZ-MONROY, F., ESCÁRATE, C., & SALINAS, C., "Pago de pensiones alimenticias: avanzando hacia una real y eficiente tutela de la infancia y la familia", Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, Chile, 2014, p. 308.

(3) Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: "Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos del matrimonio o fuera del matrimonio, tienen derecho a igual protección social".

(4) Art. 27 N° 2 de la Convención del Niño: "A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe

---

(\*) Abogada de la Universidad de Chile, diplomada en Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales de la Universidad de Buenos Aires.

(1) RODRÍGUEZ PINTO, M. S., "Manual de derecho de familia", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2018, 1ª ed., p. 66.

Históricamente en Chile, el cuidado personal ha quedado a cargo de la figura materna, por lo que la mayoría de las pensiones de alimentos decretadas en sede judicial tiene como principal obligado a los papás en relación con sus hijos o hijas. Recientemente, a propósito de la opción del retiro voluntario del 10% de los ahorros de la Administradora de Fondo de Pensiones (AFP), ha quedado en evidencia el nivel de incumplimiento del pago de las cuotas alimentarias, en el que el 84% de los padres no cumplen con su deber, afectando a cerca de 70.000 niños, niñas y adolescentes que no reciben lo que fue decretado por ley a su favor (5).

Este problema ha generado un incumplimiento por parte del Estado a través de la falta de acceso a la justicia para miles de niños, niñas y adolescentes que ven denegado su derecho a alimento durante su desarrollo, ya sea por problemas procesales como la falta de notificación al padre o madre demandado, o la ineficacia de las medidas cautelares o de apremio que obliguen al pago de la pensión debida por ley, lo que deja en manos del deudor alimentario, por un "deber/responsabilidad moral" con su hijo o hija, el pago real de las pensiones de alimentos.

Es por ello que el presente documento pretende analizar las diversas medidas de apremios existentes en el derecho de familia chileno, y cómo estas son un problema a un acceso a la justicia efectivo de un derecho que le corresponde a los niños, niñas y adolescentes. Además, se pretende hacer un análisis comparativo entre las medidas de apremio del derecho chileno, que se presumen más rígidas al estar establecidas por ley, y la del derecho argentino, que permiten una discrecionalidad a los jueces para decretar medidas de apremios que sean más eficaces según el caso a caso, y cuáles de estas medidas de apremios son más efectivas en el acceso a la justicia. Finalmente, me referiré someramente a las obligaciones internacionales tanto del Estado de Chile como de Argentina respecto al pago de las pensiones de alimentos.

la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño".

(5) MINISTERIO DE DESARROLLO SOCIAL Y FAMILIA, "Proyecto de ley Ponte al día con tus hijos", Boletín N° 13.330-07, Cámara de Senadores de Chile, 2020.

## II. El acceso a la justicia y los mecanismos de cumplimiento del pago de la pensión de alimentos en Argentina y Chile

El acceso a la justicia ha sido catalogado como uno de los derechos humanos esenciales para el acceso y ejercicio de otros derechos humanos, teniendo un rol importante dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante SIDH) en los arts. 8 (6) y 25 (7) de la Con-

(6) 1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. 2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal; b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada; c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa; d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor; e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley; f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos; g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior. 3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza. 4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos. 5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

(7) "1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. 2. Los Estados Partes se comprometen: a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso; b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y c) a garantizar el cumplimiento, por

vención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH), y es que se ha considerado como “principio y condición esencial del Estado de Derecho: todos/as los/as ciudadanos/as deben poder conocer y ejercer sus derechos y, además, asegurar que sus conflictos sean tratados y ojalá solucionados, eficaz y oportunamente” (8).

Incluso a nivel regional, la tendencia de los países ha sido consolidar este derecho: “la tendencia clara del constitucionalismo latinoamericano de las últimas décadas, al tiempo que ha expandido el reconocimiento de derechos, ha sido la de dotarlos de la mayor exigibilidad judicial posible, incluso mediante la consagración de procedimientos y garantías jurisdiccionales específicos. En esa tendencia, el acceso a la justicia se ha consolidado como una garantía fundamental en la idea de debido proceso y ha sido una herramienta interpretativa clave para diversos conflictos” (9).

En términos simples podemos entender al acceso a la justicia desde la mirada material como la oportunidad de que las personas puedan resolver sus conflictos o solicitar la protección o respeto de sus derechos en los tribunales de justicia establecidos por ley. En otras palabras, como “el acceso a la administración de justicia [que] debe garantizarse efectivamente en todos esos casos para asegurar que ninguna persona se vea privada de su derecho a exigir justicia” (10). Sin embargo, resulta que el acceso a la justicia muchas veces es un ideal más que una realidad, pues muchas personas día a día se encuentran con obstáculos que menoscaban el ac-

las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

(8) COX, S., “Acceso a la Justicia en Chile: Concepto - Realidades y Propuestas”, ONG Forja, Santiago, Chile, 2007, p. 6.

(9) MAURINO, G. y SUCUNZA, M., “Acceso a la Justicia”, en Gargarella, Roberto y otros (coords.), Constitución de la Nación Argentina Comentada, Tomo N° 1, La Ley, Buenos Aires, 2019, p. 4.

(10) Comité de Derechos Humanos. Observación General N.º 32: El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia. CCPR/C/CG/32, párr. 9.

ceso efectivo a la justicia ya sea como obstáculos legales (11), económicos (12) y fácticos (13).

Hoy en día no podemos afirmar que exista un efectivo acceso a la justicia en materia de alimentos tanto en Chile como en Argentina. Muchas veces nos hemos encontrados con casos en que a pesar de que existan sentencias ejecutoriadas en que se impone la obligación de pagar una suma de dinero, especie o constituir un derecho real a favor del alimentante (14), según sea el caso, han sido incumplidas dejando en indefensión a miles de niños, niñas y adolescentes. Es que “si bien es cierto que la obligación legal impone un deber que tiene que ser comprendido en su alcance moral, no es menos cierto que la realidad sociológica de un país como

(11) En materia de familia en Chile, podemos encontrar con obstáculos legales desde la comparecencia obligatoria con un abogado (aunque existen cosas excepcionales como justamente lo son las causas de alimentos en los cuales se permite pedir autorización por parte del juez para que las personas naturales puedan comparecer personalmente), y también los casos en que se exige la mediación obligatoria como un requisito prejudicial frente a materias de alimentos, regulación directa y regular, entre otros.

(12) Este obstáculo muchas veces se representa en la imposibilidad de poder contratar una asistencia letrada si bien en Chile existen instituciones que prestar asesoría y asistencia jurídica de forma gratuita como lo son las clínicas jurídicas de universidades y la Corporación de Asistencia Judicial, estas muchas veces llegan a ser deficientes al tener problemas internos como la falta de abogados para una alta carga laboral por la cantidad de casos que reciben, por lo que da una sensación de que las personas se encuentran en una indefensión frente a la posibilidad de poder contratar a un abogado particular que puede llevar su caso de forma más rápida y eficiente.

(13) Me gustaría hacer presente, que en los juicios de familia y específicamente en el caso de los juicios de alimentos, se presenta situaciones fácticas que repercuten en la tramitación de estos juicios, como lo son la imposibilidad de encontrar al demandado por alimentos en su domicilio lo que imposibilita la notificación de estos, por lo tanto, quedando en nada algunos juicios al no tener una contraparte en el juicio. Además, como otro ejemplo, muchas veces nos encontramos con la poca o nula comprensión de las herramientas jurídicas con las cuales las personas pueden hacer exigibles sus derechos.

(14) Para los efectos de este trabajo, me referiré como alimentario a la persona activa de la obligación alimentaria, es decir, aquella persona obligada al pago de la pensión alimenticia. En cambio, el alimentante es la persona pasiva o quien recibe el pago de la pensión alimenticia.

Chile influye notablemente en la comprensión algo limitada de la responsabilidad parental sobre todo del padre que implica el deber de dar sustento a los hijos” (15).

Debido a lo anterior, y en relación con el acceso a la justicia, es que el derecho de familia chileno contempla diversos medios para asegurar el pago de las pensiones de alimentos en la ley 14.908 sobre abandono familiar y pago de pensiones de alimentos. Como se verá a continuación la característica principal de estas herramientas judiciales es que son taxativas, por lo que los jueces de familia no pueden ir más allá de lo que legalmente se permite.

Dentro de estas medidas de apremio para asegurar o compeler el pago de las pensiones alimenticias podemos encontrar: el arresto del alimentante (16), arraigo o prohibición de salida del país (17), la retención de la devolución anual de impuesto a la renta (18), la suspensión

---

(15) VALDIVIA, C., CORTEZ-MONROY, F., ESCÁRATE, C., y SALINAS, C., ob. cit., p. 314.

(16) Art. 14. Si decretados los alimentos por resolución que cause ejecutoria en favor del cónyuge, de los padres, de los hijos o del adoptado, el alimentante no hubiere cumplido su obligación en la forma pactada u ordenada o hubiere dejado de pagar una o más de las pensiones decretadas, el tribunal que dictó la resolución deberá, a petición de parte o de oficio y sin más trámite, imponer al deudor como medida de apremio, el arresto nocturno entre las veintidós horas de cada día hasta las seis horas del día siguiente, hasta por quince días. El juez podrá repetir esta medida hasta obtener el íntegro pago de la obligación. (...).

(17) Art. 14 inciso 6: En las situaciones contempladas en este artículo, el juez dictará también orden de arraigo en contra del alimentante, la que permanecerá vigente hasta que se efectúe el pago de lo adeudado. Para estos efectos, las órdenes de apremio y de arraigo expresarán el monto de la deuda, y podrá recibir válidamente el pago la unidad policial que les dé cumplimiento, debiendo entregar comprobante al deudor. Esta disposición se aplicará asimismo en el caso del arraigo a que se refiere el art. 10.

(18) Art. 16. Sin perjuicio de los demás apremios y sanciones previstos en la ley, existiendo una o más pensiones insolutas, el juez adoptará, a petición de parte, las siguientes medidas: 1. Ordenará, en el mes de marzo de cada año, a la Tesorería General de la República, que retenga de la devolución anual de impuestos a la renta que corresponda percibir a deudores de pensiones alimenticias, los montos insolutos y las pensiones que se deven-

de la licencia de conducir de vehículos motorizados (19), la revocación o nulidad de actos ejecutados con el propósito de disminuir su patrimonio y eludir el cumplimiento de su obligación alimenticia (20), la separación judicial de bienes, denegación de la demanda de divorcio deducida por el cónyuge deudor, constitución de cauciones por parte del alimentante, la responsabilidad solidaria de ciertas personas que presten colaboración al alimentante para que este eluda el cumplimiento de su obligación, demanda subsidiaria de alimentos contra los abuelos, penalización de ciertas conductas en que incurre el alimentante o terceros, y finalmente, la posibilidad de accionar un juicio ejecutivo de alimentos. Estas medidas de apremios, en su mayoría, requieren que sean solicitadas por la parte alimentante o su representante y no pueden operar de oficio por el juez. Además, y a pesar de estas medidas, existen debilidades en el sistema que cuenta con casi un 84% de incumplimiento (21), existiendo “una percepción general de la facilidad con que se puede eludir el pago de las pensiones de alimentos, de lo poco eficientes que son las medidas judiciales que se pueden emplear para obtener el cumplimiento y de la lentitud de los órganos del Estado para

---

guen hasta la fecha en que debió haberse verificado la devolución.

(19) Art. 16 N° 2: Suspendirá la licencia para conducir vehículos motorizados por un plazo de hasta seis meses, prorrogables hasta por igual período, si el alimentante persiste en el incumplimiento de su obligación. Dicho término se contará desde que se ponga a disposición del administrador del Tribunal la licencia respectiva. (...)

(20) Art. 5 inciso final: Los actos celebrados por el alimentante con terceros de mala fe, con la finalidad de reducir su patrimonio en perjuicio del alimentario, así como los actos simulados o aparentes ejecutados con el propósito de perjudicar al alimentario, podrán revocarse conforme al art. 2.468 del Código Civil. Para estos efectos, se entenderá que el tercero está de mala fe cuando conozca o deba conocer la intención fraudulenta del alimentante. [...]

(21) Incluso, se han emitido órdenes de arresto para el 88% de los deudores, pero actualmente sólo cumplen arresto nocturno el 0,16%, es decir cerca de 300 deudores. SENADO DE CHILE. Comisión de Asuntos de la Infancia del 7 de mayo de 2020. < <https://tv.senado.cl/tvsenado/comisiones/especiales/asuntos-de-la-infancia/comision-de-asuntos-de-la-infancia/2020-05-07/102511.html> > [En línea: 26 de marzo de 2021]

tramitar las órdenes emanadas de los tribunales de familia" (22).

Recientemente fue aprobada la ley 21.389, cuyo principal propósito es la creación del Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos. Este registro será de cargo del Servicio de Registro Civil e Identificación y en cuál, según el art. 22, estarán inscritas aquellas personas que copulativamente estén obligados a pago de una pensión de alimentos tanto provisoria o definitiva, y adeuden, total o parcialmente, al menos tres mensualidades consecutivas o cinco discontinuas.

El Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos busca ser un documento de consulta para aquellas instituciones públicas o privadas en las que los deudores de las pensiones alimenticias realicen o soliciten alguna operación de dinero, y la cuál se indican obligaciones de retención de estos dineros. Algunas de estas medidas son: la retención de parte de los fondos para pagar la deuda cuando se solicite un crédito bancario por la suma igual o superior a 50 UF (23); la retención, por parte de la Tesorería General de la República, de la devolución de impuestos (24); en el caso de una venta

(22) VALDIVIA, C., CORTEZ-MONROY, F., ESCÁRATE, C., y SALINAS, C., ob. cit., p. 314.

(23) Art. 28: Retención en las operaciones de crédito de dinero. Todo proveedor de servicios financieros que al celebrar con una persona natural una operación de crédito de dinero, entregue o se obligue a entregar una suma igual o superior a cincuenta unidades de fomento, para que sea restituida en cuotas periódicas, a excepción de los productos financieros con créditos disponibles o créditos rotativos, estará obligado a consultar, en la forma y por los medios dispuestos en el art. 23, si el solicitante se encuentra inscrito en el Registro en calidad de deudor de alimentos. Si el solicitante de una operación de crédito tiene inscripción vigente en el Registro, el proveedor de servicios financieros estará obligado a retener el equivalente al cincuenta por ciento del crédito o un monto inferior si éste es suficiente para solucionar el total de los alimentos adeudados y pagar dicha suma al alimentario a través del depósito de los fondos en la cuenta bancaria inscrita en el Registro. [...]

(24) Art. 30: Retención de la devolución de impuestos a la renta. En el mes de marzo de cada año, la Tesorería General de la República, antes del pago de la devolución anual de impuestos a la renta, deberá consultar, en la forma y por los medios dispuestos en el art. 23, si el contribuyente aparece inscrito en el Registro en calidad

de inmuebles o vehículos, tanto el Conservador de Bienes Raíces o el Registro Civil, solo podrán inscribir el traspaso cuando se acredite judicialmente que se pagará la deuda de pensión de alimentos con las ganancias obtenidas de la venta (25); la imposibilidad de renovación de pasaportes (26) y licencias de conducir (27), entre otras medidas. Sin embargo, este registro solo entrará en vigencia un año después de su publicación en el Diario Oficial.

Además, es necesario señalar que esta ley modifica otros cuerpos legales, tales como el código civil al incorporar la deuda de pensión de alimentos como un crédito de primera clase (28), la ley de violencia intrafamiliar al esta-

de deudor de alimentos. Si el contribuyente tiene inscripción vigente en el Registro, la Tesorería General de la República deberá retener de la devolución, con preferencia a otro tipo de deudas que generen retención, una suma equivalente al monto de los alimentos adeudados y pagar dicha suma al alimentario a través del depósito de los fondos en la cuenta bancaria inscrita en el Registro [...]

(25) Art. 31: Traspaso de bienes sujetos a registro. El Servicio de Registro Civil e Identificación deberá rechazar la inscripción de dominio por compraventa de un vehículo motorizado a nombre de una persona con inscripción vigente en el Registro, en calidad de deudor de alimentos [...]. La misma obligación adoptarán los Conservadores de Bienes Raíces ante la presentación de una solicitud de inscripción de dominio de un inmueble por compraventa. [...]

(26) Art. 32: Del pasaporte. Para dar curso a la tramitación de un pasaporte de conformidad con la normativa vigente, al momento de la petición, el Servicio deberá consultar en línea si el solicitante se encuentra inscrito en el Registro a su cargo en calidad de deudor de alimentos. En el evento de aparecer con inscripción vigente en el Registro el Servicio rechazará, sin más trámite y en el acto, la solicitud. [...]

(27) Art. 33: De la licencia de conducir. La municipalidad competente para expedir una licencia de conducir o su duplicado, de conformidad con el art. 5 de la ley N° 18.290, de Tránsito, cuyo texto refundido, coordinado y sistematizado fue fijado por el decreto con fuerza de ley N° 1, de 2007, del Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones, y de Justicia, deberá consultar en línea al Servicio si el solicitante se encuentra inscrito en el Registro en calidad de deudor de alimentos. Si aparece con inscripción vigente en el Registro, lo informará al solicitante y no dará curso a la solicitud. [...]

(28) Se modificó el numeral 5 del art. 2472 del Código Civil: 5. "[...], y los alimentos que se deben por ley a ciertas personas de conformidad con las reglas previstas en el Título XVIII del Libro I, con un límite de ciento veinte

blecer como un delito el no pago reiterado de pensiones de alimentos (29), la ley de adopción al establecer como requisito de idoneidad para la adopción de un niño, niña o adolescente no encontrarse inscrito en el Registro de Deudores de Pensiones de Alimentos (30).

En Argentina nos encontramos con un sistema de cumplimiento de pensiones de alimentos no tan distinto al sistema chileno, salvo por las medidas que pueden tomar los jueces. En los arts. 550 (31) y 553 (32) del Código Civil y Comercial de la Nación se ofrecen las herramientas para impedir el incumplimiento del alimentante en las que "se autoriza a disponer medidas cautelares típicas como el embargo. Buscan asegurar el pago a tiempo, inclusive sirven para los alimen-

tidades de fomento al valor correspondiente al último día del mes anterior a su pago, considerándose valista el exceso si lo hubiere"

(29) Se modificó las la ley N° 20.066 en sus arts. 5 inciso 3°: "Asimismo, constituyen violencia intrafamiliar las conductas ejercidas en el contexto de relaciones afectivas o familiares, que tengan como objeto directo la vulneración de la autonomía económica de la mujer, o la vulneración patrimonial, o de la subsistencia económica de la familia o de los hijos, tal como el incumplimiento reiterado del deber de proveer alimentos, que se lleven a cabo con el propósito de ejercer control sobre ella, o sobre sus recursos económicos o patrimoniales, generar dependencia o generar un menoscabo de dicho patrimonio o el de sus hijos e hijas."; y art. 14 bis: "El que estando obligado al pago de pensiones de alimentos, y con el objeto de menoscabar o controlar la posición económica de la mujer incumpliere reiteradamente el pago de la pensión de alimentos, será sancionado con las penas del art. 14 de esta ley. Se entenderá, en este caso, que existe un incumplimiento reiterado cuando el deudor permanezca por más de 120 días en el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos".

(30) Se modificó el inciso primero del art. 20 de la ley N° 19.620: "Podrá otorgarse la adopción a los cónyuges chilenos o extranjeros, con residencia permanente en el país, que tengan dos o más años de matrimonio, que hayan sido evaluados [...]. Dentro de la evaluación a que se refiere este inciso se verificará que el o los solicitantes no se encuentren inscritos en el Registro Nacional de Deudores de Pensiones de Alimentos".

(31) Puede disponerse la traba de medidas cautelares para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. El obligado puede ofrecer en sustitución otras garantías suficientes.

(32) El juez puede imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia.

tos futuros" (33). Es más, el art. 553 autoriza al juez a decretar las medidas que considere razonables para el aseguramiento del cumplimiento de su sentencia, lo que "ha dado fundamento a una multiplicidad de decisiones que van desde la inscripción en el registro de deudores alimentarios morosos, la aplicación de astreintes, la prohibición de salir del país, la imposición de tareas comunitarias, el arresto, la prohibición de ingresar a un club, etc." (34).

La gran diferencia entre el sistema chileno radica en la medida de flexibilización para decretar medidas: "tanto la doctrina como la jurisprudencia instaron a la creación de diferentes estrategias para asegurar al acreedor alimentario la satisfacción de su derecho, tratando de ofrecer vías rápidas y lo menos complicadas posibles, cuestión que fue zanjada por la reforma, toda vez que estructuró un plexo normativo orientado a la tutela judicial del derecho alimentario (arts. 550 a 553) que empodera a los operadores judiciales, jueces y básicamente gira en torno a tres tipos de medidas con diversas finalidades: a) obtener el cumplimiento oportuno de la prestación alimentaria, b) disuadir el incumplimiento renuente, c) revertir el incumplimiento reiterado" (35).

Con la posibilidad de poder crear medidas que se ajusten al caso concreto tales como el desalojo del inmueble que habita el alimentante (36), secuestro del celular y suspensión de

(33) MOLINA DE JUAN, M., "Alimentos a los hijos a cinco años de vigencia del Código civil y comercial argentino", *Actualidad Jurídica Iberoamericana* N.º 13, agosto 2020, p. 548.

(34) *Ibidem*, ps. 548 — 549.

(35) RODRÍGUEZ, M., "Herramientas jurídicas para sortear el incumplimiento del Derecho Alimentario", *RDF* 2019-II-83.

(36) "Si no cancela las cuotas alimentarias adeudadas dentro del plazo de cinco días, por intermedio de la Policía se lo excluirá de cualquier inmueble en que se encuentre, y se ordenará a la Brigada de Investigaciones que informe diariamente su lugar de residencia, para disponer el desalojo de cada vivienda que ocupe ocasionalmente. Por su parte, como la ciudadanía tiene el deber de colaborar con la administración de justicia, especialmente cuando existe un fuerte interés colectivo en el cobro de la cuota alimentaria de un niño de corta edad que atraviesa una grave condición en su salud, y en el cese de la violencia que padece junto a su madre y abuela, podrá



portabilidad numérica (37) o la prohibición de ingreso a un club deportivo y eventos musicales (38), entre otras. Con ello, nos hace pensar que el art. 553 sería una herramienta útil ante el problema de elusión del pago de las pensiones de alimentos, sin embargo, muchas de estas sanciones, por más que el requisito de razonabilidad esté estipulado para los jueces, pueden afectar directamente los derechos del alimentante: “aunque obtengan como último resultado, el cumplimiento material de la obligación, se sustentarían en resoluciones arbitrarias, debido a que, en derecho, el fin no justifica los medios. Deviene en auténtico dilema existencial y jurídico, contraponer un tema tan sensible, como la obligación de subvenir las necesidades filiales, versus la libertad personal del individuo” (39).

No podemos negar que el art. 553 concede la oportunidad de imponer medidas con un claro tenor innovativo y que se ajustan al contexto de cada caso, para que exista una clara medida

ejercerse coerción sobre las personas que alojen al Sr. J., con imposición de multas diarias de \$10.000 y/o haciéndoles correr su misma suerte, o sea, la exclusión del inmueble que habiten” en: ONOCKO, S., “Incumplimiento del deber alimentario: medidas tradicionales e innovadoras”, DFyP 2020 (noviembre), 87.

(37) “Ante el incumplimiento de la obligación alimentaria de un progenitor respecto de sus hijas, corresponde ordenar la clausura del fondo de comercio del cual es titular, pese al ardid que desplegó junto a su pareja para que ella aparezca como la dueña, así como el secuestro de su celular y la suspensión del ejercicio de la portabilidad numérica, a los fines de forzarlo al pago de las cuotas debidas y terminar con la violencia económica desplegada” en: ONOCKO, Sebastián. “Incumplimiento del deber alimentario: medidas tradicionales e innovadoras”. DFyP 2020 (noviembre), 87.

(38) “La resolución del juez Tavip, fue a solicitud de la madre de la niña, las siguientes: (...) 2-Denegarle la asistencia a todo espectáculo deportivo en el que participe el Club Atlético Talleres. La Policía de Córdoba y la Dirección Nacional de Seguridad en Espectáculos Futbolísticos deberán incluir al Sr. G. en la lista de personas que tienen restringido el ingreso a los encuentros futbolísticos, dentro del marco del Programa Tribuna Segura. 3-Prohibirle participar de todos los bailes de Damián Córdoba, Sabroso. Para ello, se les hará saber a los locales donde se presenten de modo que le sea vedado el ingreso” en: ONOCKO, Sebastián. “Incumplimiento del deber alimentario: medidas tradicionales e innovadoras”, DFyP 2020 (noviembre), 87.

(39) RODRÍGUEZ, M., ob. cit., p. 83.

coercitiva contra el deudor, como lo es la prohibición de asistir a eventos deportivos que normalmente frecuentaría, siendo un claro avance entre las medidas taxativas del sistema de familia chileno. Pero la pregunta que debemos hacernos es: ¿son realmente efectivas? Al parecer el art. 553 también estaría supeditado, en algunos casos, a la voluntariedad del alimentante para cumplir con su obligación o soportar las medidas interpuestas contra su incumplimiento, poniéndose en una situación bastante similar a la chilena, lo que demostraría que el problema del incumplimiento probablemente no se deba a una cuestión de insuficiencia de medidas que coaccionen el pago, y se debe hacer un análisis mayor sobre las causas reales y sus posibles soluciones.

### III. El derecho internacional de los derechos humanos y el acceso a la justicia en el ámbito de los derechos de los niños, niñas y adolescentes

En el derecho internacional, la obligación de entregar una pensión de alimentos se encuentra asegurada en el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño:

“1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

“2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

El derecho a alimentos de los NNA es y debe ser considerado como un derecho humano primordial y prioritario, no solamente porque los principales titulares de este derecho son niños, niñas y adolescentes, sino que también está vinculado con “el derecho a la vida digna, el derecho a la salud y obliga a respetar estándares mínimos establecidos por la doctrina internacional de los derechos humanos” (40). Por lo que además debemos tener presente como vinculante aquella normativa internacional rela-

(40) MOLINA DE JUAN, M., ob. cit., p. 532.

cionada con el derecho a alimentación que se encuentra tanto en la Declaración Universal de Derechos y Deberes del Hombre [art. XI (41)], la Declaración Universal de Derechos Humanos [art. 25.1 (42)], el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [art. 11 (43)], la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer [art. 12.2 (44)], y finalmente en el Protocolo Adicional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador [arts. 12.1 (45) y 15.3 b (46)].

En el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece una obligación o deber a los padres o aquellas personas que tengan a su

(41) Art. XI. Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad.

(42) Art. 25.1: Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.

(43) Art. 11.1: Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento.

(44) Art. 12.2: Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo 1 supra, los Estados Partes garantizarán a la mujer servicios apropiados en relación con el embarazo, el parto y el período posterior al parto, proporcionando servicios gratuitos cuando fuere necesario, y le asegurarán una nutrición adecuada durante el embarazo y la lactancia.

(45) Art. 12.1: Toda persona tiene derecho a una nutrición adecuada que le asegure la posibilidad de gozar del más alto nivel de desarrollo físico, emocional e intelectual.

(46) Art. 15.3: Los Estados partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: b. garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

cargo al NNA de mantenerlo, y por tanto son los primeros obligados a dar un sustento económico que garantice su desarrollo. En ese sentido, "los padres no son supervigilados por el derecho internacional si incumplen sus deberes, pero el Estado sí puede ser sancionado si falla en adoptar las medidas necesarias para que los padres y otros responsables cumplan sus obligaciones" (47). Por lo que el art. 27 establece que es una obligación de los Estados:

"3. Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda".

Lo anterior no deja dudas al respecto a cuáles son las obligaciones del Estado al derecho a la pensión de alimentos de los NNA, es más en la Observación General N° 27 del Comité de Derechos del Niño hizo hincapié en esto: "En el caso de las familias monoparentales y reconstituidas, las medidas estatales para garantizar la seguridad de la pensión alimenticia del niño son especialmente importantes (véase el art. 27, párrafo 4)" (48).

Es que el acceso a la justicia también se encuentra vinculado con la efectividad de los recursos, es decir, "que sean capaz de producir los resultados para el que ha sido concebido, circunstancia que presuponen que sean adecuados e idóneos para cumplir con su función y/o proteger la situación jurídica infringida" (49), lo que implica que no basta que existan medios para asegurar el pago de la pensión de alimentos, sino que estos deben cumplir con su propósito que es el pago efectivo de esta.

(47) GREEVEN, N. y ORREGO, J., "Alimentos y su ejecución en materia de familia", Cuadernos jurídicos de la Academia Judicial, Ediciones DER, Santiago de Chile, 2018, p. 50.

(48) COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. Observación General núm. 21 sobre los niños de la calle. CRC/C/GC/21. Párr. 49.

(49) MAURINO, G. y SUCUNZA, M., ob. cit., p. 10.

¿De qué manera el Estado de Chile y Argentina está vulnerando los derechos de los NNA en asegurar el pago efectivo de su pensión alimenticia? Como pudimos ver, en la primera parte las medidas o herramientas judiciales que se han dado a los jueces de familia muchas veces resultan ineficientes, pues no se considera muchas veces situaciones de hecho que imposibilitan la puesta en práctica de las medidas decretadas. Un ejemplo de esto es que cerca del 0,16% de las órdenes de arresto nocturno son realmente cumplidas, estadística que tampoco refleja qué parte de ese porcentaje ha finalmente cumplido con su obligación alimentaria. Por lo que podemos concluir que el Estado vulnera su obligación al no garantizar la ejecución de las sentencias que decretan estas pensiones de alimentos. Al respecto al Corte Interamericana ha dicho que los Estados tienen la obligación de “garantizar los medios para ejecutar las respectivas decisiones y sentencias definitivas emitidas por tales autoridades competentes, de manera que se protejan efectivamente los derechos declarados o reconocidos. El proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. Por tanto, la efectividad de las sentencias depende de su ejecución” (50).

Es que el acceso a la justicia también se encuentra vinculado con la efectividad de los recursos, es decir, “que sean capaz de producir los resultados para el que ha sido concebido, circunstancia que presuponen que sean adecuados e idóneos para cumplir con su función y/o proteger la situación jurídica infringida” (51), lo que implica que no basta que existan medios para asegurar el pago de la pensión de alimentos, sino que estos deben cumplir con su propósito que es el pago efectivo de esta.

Finalmente quisiera mencionar que el acceso a la justicia debe analizarse en el caso concreto, no solo de cada país, sino que también de los sujetos intervinientes en un juicio y tener en consideración su situación de vulnerabilidad, en

(50) Corte IDH, “Furlan y Familiares vs. Argentina. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas”, 31/08/2012, Serie C N° 246, párr. 209.

(51) MAURINO, G. y SUCUNZA, M., ob. cit., p. 10.

ese ámbito la Corte IDH ha hecho hincapié en la idoneidad y utilidad según el contexto, además de la consideración de los actores, en este caso en su mayoría mujeres y NNA, los cuales requieren un esfuerzo adicional para eliminar aquellos obstáculos que disminuyan el efectivo ejercicio de sus derechos (52).

#### IV. Conclusiones

Las deudas de pensiones de alimentos decretadas judicialmente no son una situación ajena tanto para Argentina como para Chile, y es que incluso, en el último de estos países ha sido la regla general históricamente llegando incluso a caricaturizar con la imagen del “papito corazón” a aquellos padres que no pagan pensiones de alimentos a sus hijos y/o hijas.

Es que a pesar de la existencia de leyes que establezcan medidas que los jueces pueden decretar para asegurar el cumplimiento en el pago de las pensiones alimenticias, siendo que solo se pueden aplicar aquellas establecidas legalmente como es el caso de Chile, o aquellas que le otorgan un poco más de libertad creativa a los jueces para decretar aquellas que sean más efectivas según el caso a caso como en Argentina; sigue existiendo la sensación de que es muy fácil de eludir el pago de las obligaciones alimentarias, y con ello la propia responsabilidad parental.

Lo anterior ha generado que se vulneren los derechos de niños, niñas y adolescentes consagrados en diversos instrumentos internacionales su derecho a la alimentación, y en específico a aquella referida a su derecho a pensiones alimenticias que permitan su desarrollo físico y psíquico como se consagra en el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Y no solo existe una vulneración a derechos específicos, sino que también revela una falencia en el sistema de judicial al imposibilitar las ejecuciones de las sentencias, y con ello la exigencia del pago efectivo, por lo que también se vulnera con el derecho al acceso a la justicia efectivo.

Por lo que los Estados están obligados en una primera instancia a asegurar el pago efectivo de las pensiones de alimentos, como parte de su obli-

(52) Ver: MAURINO, G. y SUCUNZA, M., ob. cit., ps. 13-15.

gación de garantizar el derecho de los niños, niñas y adolescentes; y al mismo tiempo, esta obligación debe asegurarse, a través del cumplimiento por parte del Estado, a que en los tribunales de familia exista de manera eficaz y útil, teniendo en consideración la situación de vulnerabilidad de los principales implicados en el proceso de juicios de alimentos, un acceso a la justicia efectivo.

Sin embargo, viendo las actuales circunstancias socioeconómicas que presentan ambos países, y teniendo muy presente la aún predominante cultura patriarcal que comúnmente deja al cuidado de los hijos e hijas a las madres y como consecuencia los padres eluden fácilmente sus obligaciones parentales (no tan solo económicas, sino también afectivas), las actuales herramientas otorgadas a los jueces de familia son ineficaces en el seguimiento del cumplimiento y se debería evaluar un sistema eficaz en el cual se tenga en consideración el interés superior del niño, niña y adolescente, en conjunto con la responsabilidad parental.

Sin ir más lejos, y tomando ejemplos dentro del derecho comparado, parece ser una buena alternativa que el Estado asuma como deudor subsidiario en aquellas causas que presentan deudas de alimentos impagas o incluso puede el Estado ser el deudor principal, con el fin de asegurar el cumplimiento, para luego subrogarse de los derechos del alimentante para repetir contra el alimentario **(53)**.

---

(53) En el primero de los casos, países como Paraguay, Honduras, Costa Rica y Colombia lo han puesto en práctica en aquellos casos que los padres no cuenten recursos para cumplir con su obligación alimentaria. Respecto al segundo caso, es una modalidad aplicada en países como Francia y España. Ver: SORGI, M. y PILDAYN, N., "Alimentos a los niños, niñas y adolescentes en el Código civil y comercial: una mirada desde los Derechos Humanos", en Alimentos debidos a los hijos: El Código Civil y Comercial de la Nación y su aplicación a la solución de conflictos frecuentes. Claudio Alejandro Belluscio... [et al.]; coordinación general de Romina Lozano; dirigido por María Rosa Steckbaner, Albremática, Buenos Aires, 1ª ed., ps. 116 — 135.

# Las últimas reformas sobre capacidad y su impacto en el derecho de las familias español

José Ramón de Verda y Beamonte (\*)

**Sumario:** I. Un nuevo paradigma en la regulación de la discapacidad: de las funciones tutelares al sistema de apoyos.— II. Reforma en el ámbito de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio.— III. Modificaciones en los preceptos reguladores de la filiación.— IV. Modificaciones en materia de patria potestad.— V. La capacidad nupcial de las personas con discapacidad.

## **I. Un nuevo paradigma en la regulación de la discapacidad: de las funciones tutelares al sistema de apoyos**

La ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, ha llevado a cabo una extensa labor de modificación del articulado del Código Civil.

Su finalidad fundamental es adaptar la legislación española a los parámetros de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 30 de marzo de 2007. Más concretamente, al art. 12 de la Convención, que, bajo la rúbrica “Igual reconocimiento como persona ante la ley”, prevé el reconocimiento, por parte de los Estados firmantes, del principio de que “las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida” (núm. 2) y la obligación de proporcionarles “las medidas de apoyo” que puedan necesitar para ejercerla (núm. 3), mediante el establecimiento de un

sistema de “salvaguardas”, que respete “los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona” (núm. 4) (1).

El vigente art. 249.I Cód. Civil, con el que se inicia la regulación de las medidas de apoyo dice, así, que estas se establecerán en favor de las personas “que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica tendrán por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad”, debiendo estar “inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”.

Por lo tanto, se observa un claro cambio de paradigma en el tratamiento de la discapacidad, la cual ya no se contempla desde un punto de vista negativo o restrictivo de la tradicionalmente denominada capacidad de obrar: se contempla en positivo, es decir, propugnándose la creación de un sistema de apoyos y salvaguardas en favor de las personas con discapacidad, que les permita el ejercicio, por sí mismas, de los

---

(1) Vid. a este respecto las consideraciones de BARBA, V., “Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la Convención de Nueva York”, en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, ps. 79-99.

---

(\*) Catedrático de Derecho Civil, director del Departamento de Derecho Civil de la Universidad de Valencia, presidente del Instituto de Derecho Iberoamericano.

derechos de que son titulares en virtud de su capacidad jurídica (2).

En la Exposición de Motivos de la ley se habla del “cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones” (1); y se observa que “el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse” (III) (3).

Desde esta perspectiva, la novedad más importante es, sin duda, la supresión de la incapacitación y, en el ámbito de las medidas judiciales, la sustitución de la tutela por la curatela, que solo excepcionalmente, comprenderá facultades de representación (4).

---

(2) Explica detenidamente el nuevo sentido de la regulación PAU PADRÓN, A., "De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil", Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), ps. 5-28, a propósito del Anteproyecto de Ley, por la que se reformaba la legislación civil y procesal en materia de discapacidad (de 21 de septiembre de 2018), que es el precedente de la actual Ley 8/2021; como también posteriormente, SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "Hacia un nuevo tratamiento jurídico de la discapacidad: reflexiones a propósito del Proyecto de Ley de 17 de julio de 2020 por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica", Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm. 5 (2020), ps. 265-313.

(3) Sobre el iter legislativo de la Ley, vid. MORO ALMARAZ, M<sup>a</sup> J., "La tramitación legislativa de la ley 8/2021", LA LEY Derecho de familia, núm. 31, julio-septiembre (La reforma civil y procesal de la discapacidad. Un tsunami en el ordenamiento jurídico).

(4) No puede dejar de evidenciarse que la posibilidad de conceder al curador, si bien, excepcionalmente, facultades de representación, supone una desnaturalización de la figura, que, hasta el momento, había tenido un carácter puramente asistencial y de complemento de capacidad.

*1.1. Una cuestión teórica: ¿subsiste la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar?*

Comúnmente se piensa que la ley 8/2021, al suprimir la incapacitación, ha venido a poner en cuestión esta tradicional distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

Tradicionalmente se ha distinguido entre capacidad jurídica y capacidad de obrar.

a) La capacidad jurídica, concepto equivalente al de personalidad, es la aptitud para ser sujeto de derechos y de obligaciones. Se dice que tiene carácter absoluto, en la medida en que, como posteriormente veremos, el ordenamiento jurídico atribuye dicha aptitud a toda persona, por el mero hecho de serlo y como consecuencia del reconocimiento de su dignidad como ser humano; p. ej., toda persona, con independencia de su edad (un recién nacido) o de su aptitud para gobernarse por sí misma (una persona discapaz), puede, en abstracto, ser propietario de un bien.

b) La capacidad de obrar, por el contrario, venía referida a la aptitud para celebrar, válida y eficazmente, actos y negocios jurídicos (p. ej., contratos). A diferencia de la personalidad, se decía que tenía carácter relativo, por depender de la edad y de la aptitud de la persona para gobernarse por sí misma. Se consideraba, así, que tenían plena capacidad de obrar (y, por tanto, para contratar) los mayores de edad, que no hubieran sido incapacitados judicialmente, por padecer una enfermedad persistente, física o psíquica, que así lo hiciera necesario.

En realidad, la ley 8/2021 no rechaza esta distinción, que, teniendo carácter doctrinal, no era acogida en la redacción anterior del Código Civil; y tampoco parece que su supresión venga exigida por el art. 12 de la Convención. Sin embargo, lo cierto es que el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus conocidas Observaciones Generales de 19 de mayo de 2014, la ha rechazado, con una serie de argumentos cuestionables (5).

---

(5) Respecto de ellas vid. las consideraciones críticas de MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C., "La observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?", en Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad (dir. G.

En ellas se afirma que “no se ha comprendido en general que el modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas”. Pero, además, se niega que pueda distinguirse entre los conceptos de “capacidad jurídica” y “capacidad de obrar” (a las que, respectivamente, se llama “capacidad legal” y “legitimación para actuar”), con el argumento de que la primera queda restringida cuando se limita la segunda, incurriéndose, siempre que ello se hace, en una discriminación de las personas con discapacidad.

Se dice (en el núm. 15 de las Observaciones) que las restricciones se basan en la circunstancia de que, “si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información”; y se califica dicho criterio como “incorrecto”, “por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, pertinente”.

Sin embargo, tales observaciones parecen un tanto desmesuradas:

En primer lugar, porque la noción de “capacidad de obrar” no se ha referido, exclusivamente, respecto de las personas con discapacidad, sino que ha tenido siempre un alcance general, sirviendo, por ejemplo, para explicar, por qué ciertos contratos celebrados por personas menores no emancipados son anulables (sin que ello implique negarles aptitud para ser titulares de derechos, los cuales podrán ser adquiridos a través de sus representantes legales).

En segundo lugar, porque las restricciones de la capacidad de obrar de cualquier persona (también de las que sufren una discapacidad) no han tenido otro fundamento que el de su protección. Por ello, solo se han establecido cuando se ha considerado estrictamente necesario, por concurrir en ella una circunstancia que le impi-

da apreciar razonablemente las consecuencias de su actuación, evitando que sea víctima de su propia inexperiencia o discapacidad o del propósito ajeno de sacar provecho de ella.

En tercer lugar, porque afirmar, con carácter general, que no se puede “evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana” es, obviamente absurdo, dado que, por desgracia, hay casos en los que, debido a una enfermedad, es patente que una persona carece de capacidad de discernimiento y, por ello, no puede formar libremente su voluntad. Parece que el Comité está pensando, simplemente, en ciertos casos de discapacidad, como, por ejemplo, la sensorial o la provocada por enfermedades como el síndrome de Down, en los que, efectivamente, la restricción de la tradicionalmente llamada capacidad de obrar carece de sentido o resulta desproporcionada, por lo que lo procedente es establecer un sistema de apoyos tendente a posibilitar el ejercicio de los derechos de las personas que las padecen, por ellas mismas, de acuerdo con las propias inclinaciones y preferencias (con derecho, pues, a equivocarse). Pero habrá casos, cada vez más frecuentes, dado el avance de la esperanza media de vida, en que, necesariamente, habrá que acudir a un sistema de adopción de medidas sustitutivas a través de la actuación de un representante legal que obre en nombre de la persona con discapacidad (curador con facultades de representación).

Si se abandona a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, no obstante, será necesario distinguir entre la capacidad jurídica y su ejercicio; y ello, para explicar la razón por la cual los contratos celebrados por ciertas personas son inválidos (anulables).

Los contratos celebrados por personas menores no emancipados (con las excepciones previstas en el art. 1265.1º Cód. Civil) son, en efecto, anulables (art. 1302.2 Cód. Civil), debiendo, por ello, ser celebrados en su nombre por sus representantes legales (padres o tutores). Son también anulables los contratos celebrados por personas discapacadas sin la intervención del curador, cuando esta sea necesaria para el ejercicio de su capacidad jurídica (por exigirlo, así, la sentencia constitutiva de la curatela; arts. 267.II Cód. Civil y 1302.3 Cód. Civil); y, en el caso de que, excepcionalmente, se nombre un curador

Cordeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, ps- 102-124.

con facultades de representación (figura que guarda evidentes similitudes con el antiguo tutor de los incapacitados; art. 267.III Cód. Civil), por no ser posible averiguar cuál sea la voluntad, deseos y preferencias, será dicho curador quien, representando a la persona con discapacidad contrate en nombre de esta, necesitando, sin embargo, autorización judicial para los contratos de especial trascendencia económica previstos en el art. 287.2º Cód. Civil.

Cabe preguntarse hasta qué punto es conveniente abandonar una distinción (capacidad jurídica y capacidad de obrar), que tiene perfiles claros y precisos y ha sido unánimemente aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, para sustituirla por otra (capacidad jurídica y ejercicio de esta), que, en definitiva, con otras palabras, viene a decir, sustancialmente, lo mismo.

A mí no me lo parece.

### *1.2. La prevalencia de las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria*

Las medidas judiciales (y, por lo tanto, la curatela) tienen un claro carácter subsidiario, porque es propósito de la ley 8/2021 dar una clara preferencia a las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria (6), es decir, a "las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance" (art. 250.III), de modo que las "de origen legal o judicial solo procederán en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona de que se trate" (249.I Cód. Civil).

Las medidas de apoyo de naturaleza voluntaria fundamentales son la autotutela (arts. 271 a 274) (7), los poderes con cláusula de subsis-

(6) Vid., respecto de ellas, con carácter general, LÓPEZ AZCONA, A., "Medidas voluntarias de apoyo", en Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, ps. 365-382.

(7) Estudian esta materia ESCARTÍN IPIÉNS, J. A., "La autotutela en el Anteproyecto de Ley sobre modificación del Código Civil y otras leyes complementarias en materia de discapacidad", Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), ps. 85-119; y, ya aprobada la Ley 8/2021, DÍAZ ALABART, S., "Autotutela y personas con discapacidad", en Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad (dir. G. Cerdeira Bra-

tencia, si en el futuro el poderdante precisa apoyo en el ejercicio de su capacidad (art. 256 Cód. Civil), y los poderes preventivos, dados solo para dicha eventualidad (art. 257 Cód. Civil) (8).

### *1.3. La razonable desjudicialización a través del reforzamiento de la guarda de hecho*

La ley 8/2021 pretende una razonable desjudicialización, que pasa por el reforzamiento de la guarda de hecho, la cual, como se dice en la Exposición de Motivos, había sido "entendida tradicionalmente como una situación fáctica y de carácter provisional" (9), debiendo ahora "convertirse en una verdadera guarda de derecho, otorgándole la categoría de institución jurídica de apoyo" (10).

El art. 269.I Cód. Civil dice, así, que "la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad", de donde se deduce que, cuando no hayan sido previstas medidas de naturaleza voluntaria, "quien viniere ejerciendo adecuadamente la guarda de hecho de una persona con discapacidad continuará en el desempeño de su función" (art. 263 Cód. Civil), de modo que la constitución de la curatela es subsidiaria, exclusivamente, para el caso de que no existiera

vo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, 397-415.

(8) Vid. a este respecto GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup> P., "Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio", Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), ps. 29-60.

(9) Plasmada en la regulación contenida en los anteriores arts. 303 y 304 Cód. Civil.

(10) En favor de tal reforzamiento, cuando la actual regulación estaba contenida en el Anteproyecto (de 21 de septiembre de 2018), se manifestaban, ALBA FERRÉ, E., "La nueva guarda de hecho, como verdadera institución de apoyo", Revista Boliviana de Derecho, núm. 30, julio 2020, p. 172; LECIÑENA IBARRA, A., "La guarda de hecho como institución de apoyo a las personas con discapacidad", en Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad (dir. S. de Salas Murillo y M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ps. 293-294; o PEREÑA VICENTE, M., "La transformación de la guarda de hecho en el Anteproyecto de Ley", Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), ps. 81-82.



una guarda de hecho que funcionase correctamente.

En la Exposición de Motivos se explica que “la realidad demuestra que en muchos supuestos la persona con discapacidad está adecuadamente asistida o apoyada en la toma de decisiones y el ejercicio de su capacidad jurídica por un guardador de hecho —generalmente un familiar, pues la familia sigue siendo en nuestra sociedad el grupo básico de solidaridad y apoyo entre las personas que la componen, especialmente en lo que atañe a sus miembros más vulnerables—, que no precisa de una investidura judicial formal que la persona con discapacidad tampoco desea”; y que “para los casos en que se requiera que el guardador realice una actuación representativa, se prevé la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización para el caso, previo examen de las circunstancias”.

El art. 264.I Cód. Civil prevé, en efecto, que, “cuando, excepcionalmente, se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso. La autorización podrá comprender uno o varios actos necesarios para el desarrollo de la función de apoyo y deberá ser ejercitada de conformidad con la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad”.

En cualquier caso, “no será necesaria autorización judicial cuando el guardador solicite una prestación económica a favor de la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar” (art. 264.III Cód. Civil) **(11)**.

(11) La desjudicialización que supone el reforzamiento de la guarda de hecho como medida de apoyo parece

La desjudicialización propugnada por la ley 8/2021 parece estar imponiéndose en las primeras resoluciones judiciales de instancia, que resuelven juicios de modificación de capacidad instados conforme a la anterior legislación, en los que se pedía por parte de quien ejercitaba la guarda de hecho de un familiar el nombramiento de un tutor. Por el contrario, consideran que, siendo la guarda de hecho la figura primordial de apoyo de las personas con discapacidad, no procede el nombramiento de un curador con facultades de representación (que sería lo más semejante al antiguo tutor de los incapacitados), sino que lo procedente es que el demandante continúe ejercitando la guarda de hecho, tal y como lo venía haciendo, pidiendo la correspondiente autorización judicial en el caso excepcional de que debiese realizar algún acto representativo distinto de los previstos en el art. 264.III Cód. Civil.

Ello, incluso cuando la persona con discapacidad tiene una encefalopatía anóxica que afecta directamente a su capacidad para tomar decisiones y a su capacidad de autodeterminación **(12)**; o un alzhéimer que limita sus funciones psíquicas fundamentales (inteligencia y voluntad), por lo que “se encuentra afectada de forma importante la capacidad de conocimiento y libre determinación” **(13)**; y, con mayor ra-

totalmente razonable, pero debe ir acompañada de un sistema que facilite la prueba de la condición de guardador de hecho, pues, en caso contrario, éste difícilmente podrá actuar en representación de la persona con discapacidad en los actos a los que se refiere el art. 264.III Cód. Civil, los cuales, aunque de escasa relevancia económica (razón por la que, precisamente no requieren autorización judicial), pueden tener una gran trascendencia práctica (piénsese, por ejemplo, en la necesidad de acreditar que se es guardador de hecho para retirar fondos de una cuenta bancaria de la que sea titular la persona con discapacidad). A la acreditación de la guarda de hecho se refiere también, ya aprobada la Ley 8/2021, PALACIOS GONZÁLEZ, D., “Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica”, en *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad* (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, ps. 423-424.

(12) SJPI núm. 5 Córdoba 346/2021 30 septiembre 2021 (Juicio Verbal especial sobre capacidad 8/2021).

(13) SJPI núm. 5 Córdoba 343/2021 30/09/2021 (Juicio Verbal especial sobre capacidad 295/2021).

zón, cuando la hija padece un retraso mental ligero y un trastorno del desarrollo, por el que se le ha reconocido un 58% de limitación en la actividad, que, sumado a los factores sociales concurrentes, elevan sus limitaciones a un 65% de discapacidad, “lo que no genera en ella una discapacidad que le impida ejercer adecuadamente su capacidad jurídica por sí misma con la ayuda que ya cuenta de su propia progenitora” (14); o cuando una anciana de 75 años padece una demencia moderada, por lo que requiere supervisión y ayuda en las actividades funcionales de la vida diaria, careciendo de capacidad para el manejo de dinero (15).

#### *1.4. La curatela como medida judicial de apoyo de carácter general*

La Exposición de Motivos se refiere a la curatela como “la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, explicándose que “el propio significado de la palabra curatela-cuidado, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las figuras de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial”; pero, con evidente sentido común, se añade que, “no obstante, en los casos en los que sea preciso, será posible atribuir al curador funciones representativas, que solo de manera excepcional y ante casos especialmente graves de discapacidad, podrán tener alcance general” (III).

Por lo tanto, suprimida la tutela, como regla general, a las personas con discapacidad no se les nombrará ya un tutor que actúe en su nombre, sino, en su caso (cuando no haya medidas voluntarias, como poderes preventivos dados por el propio interesado, o una guarda de hecho que funcione adecuadamente), un curador que les asista y complementemente su capacidad, apoyándoles en el ejercicio de sus derechos, de acuerdo con su propia voluntad y preferencias (16).

(14) SJPI y Familia Jaén núm. 6 545/2021 22/09/2021 (Juicio Verbal especial sobre capacidad 21S/2021).

(15) SJPI núm. 7 Sevilla 561/2021 27/09/2021 (Juicio Verbal especial sobre capacidad 1312/2020).

(16) Sobre la nueva regulación de la curatela puede verse (si bien, escribiendo, en relación con el Anteproyecto de 2018), MUNAR BERNAT, P.A., “La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), ps. 121-152; y RIBOT IGUALADA, J., “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento, en Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad (dir. S. de Salas Murillo y M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ps. 215-252.

A tenor del art. 249.II Cód. Civil, “las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro”.

Conforme al párrafo III del precepto, solo “en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación” (17).

La atención a “la voluntad, deseos y preferencias de la persona” con discapacidad como cri-

yecto de 2018), MUNAR BERNAT, P.A., “La curatela: Principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad”, *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), ps. 121-152; y RIBOT IGUALADA, J., “La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento, en Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad (dir. S. de Salas Murillo y M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ps. 215-252.

(17) En este punto, con evidente sentido común, el legislador español se aparta de las Observaciones Generales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 19 de mayo de 2014, que se manifiesta en términos tales, de los que es posible deducir que propone la supresión de todo tipo de medidas de apoyo de carácter sustitutivo. Dice, así, que “la obligación de los Estados parte de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención” (núm. 28).

terio de actuación de quien ejerce las medidas de apoyo ha planteado dos problemas prácticos, que han llegado al Tribunal Supremo.

1º) El primero de ellos es el de determinar si es posible establecer medidas judiciales de apoyo en beneficio de una persona que las rechaza expresamente, lo que, obviamente, supone ir en contra de su voluntad.

El TS (18) ha resuelto este problema afirmativamente, considerado que es posible adoptarlas, a pesar de la clara oposición de la persona con discapacidad, cuando existe una necesidad asistencial, cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal y una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente, con sus vecinos. Concretamente, consideró adecuado sujetar a curatela a una persona que sufría el síndrome de Diógenes. Afirma, así que “el trastorno no solo le provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda”; y añade: “No intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia a quien por efecto directo de un trastorno (mental) no es consciente del proceso de degradación personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo en estos casos encierra un juicio o valoración de que, si esta persona no estuviera afectada por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal”.

2º) El segundo de los problemas es decidir si, en las ocasiones que la persona sujeta a medidas de apoyo tiene gravemente mermada su capacidad para tomar decisiones, por padecer una enfermedad de carácter mental, es posible acudir al principio del interés superior del incapaz para adoptar decisiones que objetivamente se

consideren convenientes para su bienestar, en contra de su voluntad (19).

El problema surge porque el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en sus Observaciones, de 19 de mayo de 2014, ha declarado que “el principio del *interés superior* no es una salvaguardia que cumpla con el artículo 12 [de la Convención] en relación con los adultos, afirmando que ‘el paradigma de *la voluntad y las preferencias* debe reemplazar al del *interés superior* para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás” (núm. 21).

Sin embargo, no es esta la posición que ha seguido el TS (20) que en una sentencia ha considerado procedente someter a curatela a una persona que sufría una esquizofrenia paranoide, en atención a su enfermedad, que le provocado un grado de parcial de autonomía limitada. Al sistematizar los principios inspiradores de la regulación contenida en la ley 8/2021 (aunque todavía no se hallaba en vigor), se refiere al “principio del interés superior de la persona con discapacidad”, que explica del siguiente modo: “El interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros”.

A mi parecer, es claro que cuando una persona tenga afectada su capacidad para formar libremente su voluntad, por sufrir una enfermedad que le impida tomar conciencia del estado

(18) STS 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276). A este respecto, vid. ALVENTOSA DEL RÍO, J., “Primera Sentencia del Tribunal Supremo sobre medidas de apoyo pronunciada después de la publicación de la Ley 8/2021 (STS 589/2021, de 8 de septiembre)”, Tribuna, IDIBE, 21 octubre 2021.

(19) Interesantes las reflexiones realizadas por PETIT SÁNCHEZ, M., “La adopción de medidas de apoyo para las personas con discapacidad: armonización entre la autonomía de la voluntad y el mejor interés”, Revista de Derecho Civil, vol. VII, núm. 5 (2020), ps. 265-313.

(20) STS 6 mayo 2021 (ECLI:ES:TS:2021:1894).

en que se halla y comprender que necesita la ayuda que rechaza, será posible, en su interés, adoptar decisiones que contraríen sus deseos. En definitiva, será necesario acudir a un parámetro objetivo, que obviamente, no estará basado en “la voluntad, deseos y preferencias de la persona” con discapacidad. Ahora bien, a estos efectos, en vez de recurrir a un principio que categoriza a una clase de personas, las que sufren una discapacidad, sería más conveniente invocar el principio constitucional, de alcance general, de dignidad de la persona (art. 10.1 CE), de toda persona, que trasciende a su pura voluntad. No puede olvidarse que, conforme al nuevo art. 249.I Cód. Civil las “medidas de apoyo deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales”.

#### *1.5. Los principios de necesidad y de proporcionalidad*

Conforme al art. 249.I, *in fine*, Cód. Civil, las medidas de apoyo “deberán ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad”, lo que significa que deben ser las estrictamente necesarias para garantizar que, en el caso concreto, la persona con discapacidad puede ejercer su capacidad jurídica (21).

Estos principios se plasman en la desjudicialización que se pretende conseguir con el reforzamiento de la guarda de hecho, evitando, en la medida de lo posible, la intervención judicial, salvo en los casos en que sea necesario la autorización de las actuaciones representativas de los guardadores (art. 264.I Cód. Civil).

En particular, en sede de curatela, el art. 268.I Cód. Civil prevé que “las medidas tomadas por la autoridad judicial en el procedimiento de provisión de apoyos serán proporcionadas a las necesidades de la persona que las precise, respetarán siempre la máxima autonomía de esta en el ejercicio de su capacidad jurídica y atenderán en todo caso a su voluntad, deseos y pre-

ferencias” (si bien esto debe entenderse, sin perjuicio de lo ya dicho respecto a la posibilidad de acudir al principio constitucional de dignidad para adoptar decisiones contrarias a los deseos de la persona a quien se quiere proteger, cuando esta tenga gravemente afectada una capacidad de discernimiento).

Por ello, la constitución de la curatela, incluso, con carácter meramente asistencial, es una medida excepcional (en defecto de medidas de carácter voluntario y de existencia de guarda de hecho que funcione adecuadamente).

Se explica, así, que “la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad” (art. 269.I Cód. Civil); y que, asimismo, “determinará los actos para los que la persona requiere asistencia del curador en el ejercicio de su capacidad jurídica atendiendo a sus concretas necesidades de apoyo” (art. 269.II Cód. Civil).

Con mayor razón, será más excepcional, la constitución de una curatela con facultad de representación, de modo que “solo en los casos excepcionales en los que resulte imprescindible por las circunstancias de la persona con discapacidad, la autoridad judicial determinará en resolución motivada los actos concretos en los que el curador habrá de asumir la representación de la persona con discapacidad” (art. 269. III Cód. Civil). Ello sucederá cuando, “pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona” (22), debiendo ejercitarse la facultad de representación, teniendo “en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los

---

(22) Sin duda, la referencia que el precepto hace a la “voluntad, deseos y preferencias de la persona” deben ser entendidas como referidas a las personas con capacidad de discernimiento. La STS 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276) lo explica así: “Ordinariamente, cuando la discapacidad afecte directamente a la capacidad de tomar decisiones y de autodeterminación, con frecuencia por haber quedado afectada gravemente la propia consciencia, presupuesto de cualquier juicio prudencial ínsito al autogobierno, o, incluso, en otros casos, a la voluntad. En estos casos, la necesidad se impone y puede resultar precisa la constitución de una curatela con funciones representativas para que el afectado pueda ejercitar sus derechos por medio de su curador

factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación” (art. 249.III Cód. Civil).

“Los actos en los que el curador deba prestar el apoyo deberán fijarse de manera precisa, indicando, en su caso, cuáles son aquellos donde debe ejercer la representación” (art. 269.IV Cód. Civil).

También son garantía de respeto de los principios de necesidad y de proporcionalidad la revisión de las medidas previstas en el art. 268.II Cód. Civil. Según el precepto: “Las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años. No obstante, la autoridad judicial podrá, de manera excepcional y motivada, en el procedimiento de provisión o, en su caso, de modificación de apoyos, establecer un plazo de revisión superior que no podrá exceder de seis años”. “Sin perjuicio de lo anterior, las medidas de apoyo adoptadas judicialmente se revisarán, en todo caso, ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir una modificación de dichas medidas” (art. 268.III Cód. Civil).

Los principios de necesidad y de proporcionalidad han sido respetados por el TS (23) en la primera sentencia que ha recaído, tras la entrada en vigor de la ley 8/2021, la cual ha constituido una curatela en apoyo de una persona con el síndrome de Diógenes, pero estableciendo “la revisión cada seis meses del resultado de las medidas y la incidencia práctica que hayan podido tener”; y, precisando que “a la hora de prestar el apoyo, la curadora debería esmerarse en conseguir la colaboración del interesado y solo en los casos en que sea estrictamente necesario podrá recabar el auxilio imprescindible para asegurar el tratamiento médico y asistencial de [la persona con discapacidad], así como realizar las tareas de limpieza e higiene necesarias” (24).

(23) STS 8 septiembre 2021 (ECLI:ES:TS:2021:3276).

(24) No puede dejar de evidenciarse que los principios de proporcionalidad y de necesidad, aun no estando formulados legalmente de manera expresa, estaban ya presentes en la jurisprudencia anterior a la publicación de la Ley 8/2021, a través del llamado principio de flexibilidad, plasmado en la doctrina del “traje a medida”, que llevó

## II. Reforma en el ámbito de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio

La ley 8/2021 ha realizado diversas reformas en el ámbito de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio (25).

### II.1. Establecimiento de las medidas de apoyo en la sentencia con la que finalice el proceso

Se ha añadido al art. 91 Cód. Civil un segundo párrafo, conforme al cual el juez deberá establecer medidas de apoyo en favor de los hijos comunes mayores de dieciséis años que, por razón de su discapacidad, las necesitare, previa audiencia de estos, “las cuales entran en vigor, cuando alcancen la mayoría de edad”. “En estos casos la legitimación para instarlas, las especialidades de prueba y el contenido de la sentencia se regirán por lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil acerca de la provisión judicial de medidas de apoyo a las personas con discapacidad” (26).

a considerar que la tutela (entonces siempre representativa) sólo debía constituirse cuando la curatela (que era meramente asistencial) no fuera suficiente para atender a las necesidades del incapacitado. La STS 18 julio 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2805) dice, así, que “El juicio sobre la modificación de la capacidad no es algo rígido, sino flexible, en tanto que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada por la discapacidad, lo que se plasma en su graduación. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Estamos, en definitiva, ante lo que esta sala ha calificado como traje a medida”. Sobre esta cuestión puede verse GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “La contribución de la jurisprudencia del Tribunal Supremo al diseño del nuevo sistema de protección previsto en el anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad de 21 de septiembre de 2018, en Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad (dir. S. de Salas Murillo y M<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo), Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, ps. 367-383.

(25) Vid., con carácter general, ALVENTOSA DEL RIO, J, “Discapacidad y crisis familiares. La situación del cónyuge con discapacidad”, en Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad (dir. G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Mayo), Bosch, Madrid, 2021, ps. 721-743.

(26) Este precepto debe ser puesto en relación con el art. 254 Cód. Civil: “Cuando se prevea razonablemente en los dos años anteriores a la mayoría de edad que un me-

No cabe duda de que esta modificación es positiva, pues permite establecer mecanismos de protección en favor de los hijos mayores de 16 años, sin necesidad de acudir a otro procedimiento diverso, previendo un sistema de apoyos para el caso en que sea claro que los necesitará al extinguirse la patria potestad. Se puede considerar una medida que viene a paliar la supresión de la patria potestad prorrogada, imposible de mantener tras la eliminación de la incapacitación.

### *II.2. Modificaciones en el régimen de visitas*

Uno de los preceptos afectados por la reforma es el art. 94 Cód. Civil, que tiene una redacción más detallada que la anterior (27). Concretamente, el precepto contiene un párrafo cuarto, muy controvertido. A tenor de este, se niega el derecho de visitas, al “progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos. Tampoco procederá cuando la autoridad judicial advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género”.

Esta previsión, que tiene carácter general, es cuestionable desde el momento en que estar in-

---

nor sujeto a patria potestad o a tutela pueda, después de alcanzada aquella, precisar de apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica, la autoridad judicial podrá acordar, a petición del menor, de los progenitores, del tutor o del Ministerio Fiscal, si lo estima necesario, la procedencia de la adopción de la medida de apoyo que corresponda para cuando concluya la minoría de edad. Estas medidas se adoptarán si el mayor de dieciséis años no ha hecho sus propias previsiones para cuando alcance la mayoría de edad. En otro caso se dará participación al menor en el proceso, atendiendo a su voluntad, deseos y preferencias”.

(27) El nuevo párrafo sexto del art. 94 Cód. Civil merece algún comentario. No habla ya solo de abuelos, sino de “hermano, abuelo, pariente o allegado del menor o del mayor con discapacidad que precise apoyo para tomar la decisión”, en consonancia con el art. 160.2 Cód. Civil, que ya fue reformado en 2015, “teniendo siempre presente el interés del menor o la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad”. A este respecto, no puede dejar de señalarse que, según el art. 160.II Cód. Civil, “No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados”.

curso en un proceso penal no significa ser culpable. Ciertamente, el mismo párrafo contempla una matización: “No obstante, la autoridad judicial podrá establecer un régimen de visita, comunicación o estancia en resolución motivada en el interés superior del menor o en la voluntad, deseos y preferencias del mayor con discapacidad necesitado de apoyos y previa evaluación de la situación de la relación paterno-filial”. Cabe, sin embargo, preguntarse si, en vez de establecer una previsión general y una matización, de carácter excepcional, no hubiera sido más conveniente dejar la decisión en manos del juez y que adoptara la decisión más conveniente para el menor o más ajustada a lo querido por el mayor discapaz.

Menos controversia suscita el párrafo quinto del art. 94, conforme al cual “no procederá en ningún caso el establecimiento de un régimen de visitas respecto del progenitor en situación de prisión, provisional o por sentencia firme, acordada en procedimiento penal por los delitos previstos en el párrafo anterior”.

Naturalmente, el hecho de que el progenitor no custodio se halle en prisión, provisional o por sentencia firme, por delitos distintos, no significa que, por este mero hecho, deba quedar privado del derecho de visitas. Ahora bien, el art. 160.1 Cód. Civil (en la redacción dada al precepto por el art. 20.10 de la ley 26/2015, de 28 de julio) establece que, “en caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquellos, la Administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo, la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor”.

### *II.3. La nueva regulación del derecho de uso de la vivienda familiar*

Se ha dado nueva redacción al art. 96 Cód. Civil (28), cuyas previsiones siguen siendo, ob-

---

(28) A esta cuestión se refiere GARCÍA MAYO, M., “El uso de la vivienda familiar a la luz del nuevo art. 96 Cód. Civil”, *Revista de Derecho Civil*, vol. VIII, núm. 3 (2021), pp. 187-221.

viamente, de Derecho dispositivo, esto es, se aplican “en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por la autoridad judicial”.

La actual redacción del precepto contiene interesantes novedades, aunque produce cierta insatisfacción, pues hubiera sido de agradecer que, con motivo de la reforma, se hubieran contemplado una serie de aspectos, que han sido olvidados (señaladamente, la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de custodia compartida).

Las reglas de atribución del uso de la vivienda familiar son, en todo caso, más precisas que las recogidas en la anterior redacción de la norma, pues, en el caso de existencia de hijos, se distingue, según que estos sean menores o mayores, contemplándose, además, la circunstancia de que concurra una situación de discapacidad en alguno de ellos (esta es, en realidad, la principal razón de la modificación).

a) En el caso de existencia de hijos comunes menores de edad, el derecho de uso de la vivienda familiar (y de los objetos de uso ordinario de ella) se les atribuirá a ellos “y al cónyuge en cuya compañía queden”, precisándose ahora que dicha atribución se realizará “hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad” (art. 96.1.I Cód. Civil).

Esta precisión merece un juicio positivo, porque no aparecía recogida en la redacción anterior del precepto, aunque hay que tener en cuenta que la jurisprudencia, tras ciertas vacilaciones, excluyó claramente que, teniendo la vivienda carácter ganancial, su uso pudiera atribuirse a los hijos menores de edad y al progenitor custodio de manera temporal (en tanto no se disolviese la sociedad de gananciales), lo que es lógico, pues hay que asegurar a los menores que, mientras persista su situación de minoría de edad, tengan satisfecha su necesidad de habitación, a pesar de la separación o divorcio de sus padres; y ello, con independencia de a quién corresponda la propiedad de la vivienda (29).

(29) Vid. en este sentido SSTS 1 abril 2011 (Tol 2093031), 14 abril 2011 (Tol 2124703), 21 junio 2011 (Tol 2160051), 17 octubre 2013 (Tol 3986249), 29 de mayo 2014 (Tol 5838989), 2 junio 2014 (Tol 4364942), 28 noviembre 2014 (Tol 4567278), 22 febrero 2017 (Tol 5978002) y 23 de mayo 2019 (Tol 7260565).

El precepto presupone (antes y después de la reforma de 2021) una custodia monoparental y se basa en la idea de procurar que los menores queden, precisamente, en la vivienda en la que residían antes de la crisis conyugal, junto con el progenitor al que se le atribuye la custodia de estos, presuponiendo que esta solución es la más favorable para ellos. No obstante, la aplicación de este precepto no puede prescindir del examen de las circunstancias del caso concreto y la norma no puede interpretarse con tal rigor, que llegue a sacrificar, de manera desmesurada, el interés del progenitor no custodio, que puede ser copropietario o, incluso propietario exclusivo, de la vivienda familiar, la cual no podrá usar.

Por ello, se echa de menos la recepción de la doctrina jurisprudencial que permite realojar a los hijos menores en otra vivienda distinta a la que había sido el domicilio conyugal, siempre que esta satisfaga razonablemente su necesidad de habitación: p. ej., si el cónyuge custodio ha alquilado (30) o ha comprado otra vivienda (31), incluso en copropiedad con su nuevo compañero sentimental (32), o, si existe una vivienda alternativa a la familiar (propiedad exclusiva del padre), que pertenece proindiviso a ambos progenitores sobre la cual existía un contrato de arrendamiento que posteriormente se extingue, pues, “si el menor tiene suficientemente cubierta su necesidad de vivienda, no está justificado limitar las facultades de disposición del derecho de propiedad que ostenta el recurrente sobre la vivienda que actualmente ocupan el menor y su madre” (33).

Es novedosa la introducción de la segunda frase del art. 96.1º.I Cód. Civil, la cual, razonablemente, prevé que, “si entre los hijos menores hubiera alguno en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar después de su mayoría de edad, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho, en función de las circunstancias concurrentes”.

(30) SSTS 02/12/2013 (RAJ 2013, 7834) y 3 mayo 2016 (Tol 5551126).

(31) STS 05/11/2012 (RAJ 2012, 10135).

(32) STS 29/03/2011 (Tol 2078863).

(33) STS 16/01/2015 (Tol 4708880).

Salvo este supuesto, del mismo modo en que no es posible limitar la atribución del derecho de uso de la vivienda a un período inferior al que reste para que el hijo alcance la mayoría de edad, tampoco lo es establecer un plazo superior (34).

b) Cuando hay hijos mayores de edad, “que carezcan de independencia económica” la atribución del derecho de uso de la vivienda se regirá por las normas relativas “a los alimentos entre parientes” (art. 96.1.III Cód. Civil), lo que significa que solo se les asignara, si demuestran que la necesitan y, siempre, durante un plazo de tiempo determinado.

Mientras los hijos son menores, la atribución del derecho de uso de la vivienda (a ellos y al progenitor con el que convivan) es consecuencia necesaria del deber de asistencia que pesa sobre los titulares de la patria potestad, por lo que dicha atribución no podrá realizarse con carácter temporal, sino que el derecho de uso durará, en tanto persista su minoría de edad y mientras no cambie el régimen de custodia.

Por el contrario, cuando los hijos son mayores, la atribución solo procederá, conforme al art. 142 Cód. Civil (obligación de alimentos entre parientes), si se demuestra que se hallan en una situación objetiva de necesidad (no imputable a ellos mismos) que justifique que los padres deban prestarles alimentos, entre ellos, la habitación (a través del uso de la vivienda familiar, junto con el progenitor con el que convivan) y, siempre (según consolidada jurisprudencia), por un tiempo determinado (siendo, no obstante, posible su prórroga una vez vencido el plazo fijado, en atención a las circunstancias del caso, así como su extinción anticipada, si deja de existir la situación de necesidad) (35).

(34) La STS 23/01/2017 (Tol 5950973) observaba ya que la atribución del uso de la vivienda familiar cuando los hijos son menores de edad se hace en función de su interés, no siendo posible fijar prematuramente en la sentencia que la atribución del citado uso se prolongue más allá de la mayoría de edad y hasta la independencia económica de la hija.

(35) En tal sentido se había ya orientado la jurisprudencia: STS (Pleno) 05/09/2011 (Tol 2251711), cuya doctrina reitera el ATS 15/04/2015 (Tol 4841361), así como, entre otras, SSTS 06/10/2016 (Tol 5843481), 19/01/2017 (Tol 5944383) y 23/01/2017 (Tol 5944409).

El art. 96.1.II Cód. Civil prevé que “los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación”. Por lo tanto, se les podrá atribuir el derecho de uso, en atención a las circunstancias, pero, siempre, por plazo determinado.

Esta solución es novedosa respecto a lo que fue la posición de la jurisprudencia bajo la vigencia del antiguo art. 96.1 Cód. Civil, la cual equiparaba la posición de los hijos mayores de edad incapacitados (cuando existía la figura de la incapacitación, suprimida por la ley 8/2021), a la de los menores de edad, en orden a la atribución del derecho de uso, sin fijación de plazo, esto es, hasta la cesación de la incapacitación (36). Pero era diferente la solución en el caso de los hijos mayores discapaces, que, sin embargo, no hubieran sido incapacitados judicialmente. El TS (37) se pronunció, así, en favor de la procedencia de la limitación temporal de la atribución del uso de la vivienda familiar, pero privativa de un cónyuge, al hijo mayor de edad con discapacidad reconocida, pero no incapacitado judicialmente, y al progenitor en cuya compañía queda, pues la solución contraria “impondría al titular del inmueble una limitación durante toda su vida que vaciaría de contenido económico el derecho de propiedad, o al menos lo reduciría considerablemente, en la medida en que su cese estaría condicionado a que el beneficiario mejore o recupere su capacidad, o desaparezca su situación de dependencia y vulnerabilidad”. Esta segunda solución (menos favorecedora para las personas con discapacidad), suprimida la incapacitación, es la reflejada en el art. 96.1.II Cód. Civil.

c) Se sigue previendo que, “[c]uando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro” (custodias monoparentales, ambas), el Juez (dado que todos ellos no pueden tener el uso exclusivo del inmueble simultáneamente) “resolverá lo procedente” (art. 96.1.IV Cód. Civil), teniendo

(36) Tal y como hizo la STS 30 mayo 2012 (Tol 2558108).

(37) STS 19/01/2017 (rec. n.º 1222/2015).



do en cuenta las circunstancias del caso: podrá, así, atribuir el uso de la vivienda a uno de los progenitores que objetivamente la necesite, en mayor medida que el otro, y a los hijos que con él convivan y lo mismo, cuando la custodia sea compartida (en los términos que posteriormente veremos), dado que en ella los hijos quedan en compañía de ambos progenitores por periodos alternos.

d) Igualmente, persiste la regla de que “[e]n ausencia de hijos, podrá atribuirse el uso de la vivienda familiar “al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección” (art. 96.2 Cód. Civil).

La atribución del uso de la vivienda (común o propiedad de uno solo de los cónyuges) al no titular es temporal y excepcional. El art. 96.2 Cód. Civil la prevé, exclusivamente, cuando “su interés sea el más necesitado de protección”. Sin embargo, no basta con que el cónyuge solicitante tenga menor capacidad económica que el otro, sino que será necesario probar que, realmente, necesita, aunque sea momentáneamente, seguir usando la vivienda familiar como residencia; y que dicha necesidad es mayor que la del otro consorte.

e) La modificación del precepto sigue sin contemplar el supuesto de custodia compartida, lo que es criticable, pues, siendo una figura legalmente admitida en el art. 92 Cód. Civil (desde 2005) y normalizada (al menos, a nivel jurisprudencial), no se entiende el silencio del legislador en este punto (38).

Es evidente que, en los casos de existencia de hijos menores sujetos a custodia compartida, habrá que relativizar la idea (presente en el art. 96.1.1 Cód. Civil), de que los hijos menores de edad continúen viviendo de manera permanente, precisamente, en su vivienda originaria,

(38) A este respecto puede verse la STS 25 marzo 2015 (Tol 4799128), que, sentando dicha doctrina resalta “el hecho de que la recurrente sea la cuidadora de su hermana a efectos de la Ley de dependencia, y de que la otra persona que convive con su hermana sea la madre de ambas, que padece Alzheimer, con lo que resulta lógico deducir que el uso de la vivienda familiar sea innecesario por el carácter limitadísimo que haría de él, si es que lo hace”.

porque, para ello, sería necesario que cada uno de los progenitores tuviera a su disposición una casa distinta en la que poder residir en los periodos en los que no les corresponda convivir con los hijos; se necesitaría, en definitiva, disponer de tres casas, lo que raramente se podrá permitir una familia con ingresos medios.

¿A cuál de los dos progenitores custodios habrá que atribuir entonces el uso de la vivienda familiar? Indudablemente, que al progenitor que objetivamente tenga más necesidad de usarla; y ello, con la finalidad de garantizar la necesidad de habitación de los menores durante el período en que convivan con él. Por ello, si no existe una objetiva necesidad de uno de los progenitores de usar la vivienda familiar o dicha necesidad no es mayor que la del otro, no procede la atribución del uso a ninguno de ellos, por lo que, siendo común el inmueble, podrá procederse a su venta en el marco de la liquidación del régimen económico matrimonial.

En cualquier caso, según reiterada doctrina jurisprudencial, para el caso de que, existiendo custodia compartida, se atribuya el uso de la vivienda a uno de los progenitores, dicha atribución deberá ser temporal, sin perjuicio de que, si al expirar el plazo fijado persiste la dificultad de aquel para acceder a otra vivienda, pueda prorrogarse el derecho de uso concedido (39).

Desde otro punto de vista, el actual art. 96.3 Cód. Civil establece que “para disponer de todo o parte de la vivienda y bienes indicados cuyo uso haya sido atribuido conforme a los párrafos anteriores, se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial”, previendo, ahora, además, que “[e]sta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad”.

Esta última previsión, introducida por la ley 8/2021, de 2 de junio, es de utilidad. La jurisprudencia considera que el derecho de uso es oponible a los compradores de la vivienda, siempre

(39) Vid. STSS 22/10/2014 (Tol 4530315), 24/10/2014 (Tol 4538494), 27/06/2016 (Tol 5768511), 23/01/2017 (Tol 5950973), 10/01/2018 (Tol 6478612) y 16/01/2020 (Tol 7698821).

que no estén protegidos por el art. 34 LH (40). Por lo tanto, si se quiere evitar que el asignatario pueda perder el derecho de uso por aplicación del art. 34 LH (en el caso de la enajenación de la vivienda por el cónyuge propietario de esta) y asegurarse de que este será plenamente oponible a terceros adquirentes de aquella, es importante que se haga constar en el Registro de la Propiedad (41).

Otra novedad, introducida por la ley 8/2021, de 2 de junio, es la de añadir, al final del art. 96.3 Cód. Civil, la siguiente frase: "La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe". Dicha frase es exactamente la misma que contiene el art. 1320.II Cód. Civil, para el caso de disposición de los derechos sobre la vivienda habitual, en el caso de normalidad conyugal (fuera del marco de un procedimiento de nulidad, separación o divorcio).

La interpretación del precepto ha de partir de la premisa de que el art. 96.3 Cód. Civil se refiere a actos de disposición sobre una vivienda familiar que, en todo o en parte, corresponde a uno de los cónyuges, a pesar de lo cual se requiere el consentimiento del otro (no propietario o copropietario de esta), titular del derecho de uso, para enajenarla, total o parcialmente (una cuota del condominio), so pena de anulación del contrato (o de declaración de nulidad de este, si la enajenación es a título gratuito) (art. 1322 Cód. Civil), la cual, de no existir la frase que estamos analizando, produciría siempre efectos frente

(40) En tal sentido se orientan, entre otras, las SSTs 22/12/1992 (Tol 1654942), 20/05/1993 (Tol 1654894), 18/10/1994 (Tol1665543), 14/12/2004 (Tol 526529), 08/05/2006 (Tol 934879) y 27/02/2012 (Tol 2468857), como también, más recientemente, la STS 24/03/2021 (Tol 8379008), la cual observa que es doctrina consolidada que "la atribución del uso de la vivienda a uno de los condóminos no impide al otro el ejercicio de la acción de división que el art. 400 Cód. Civil reconoce a todo copropietario con el objeto de poner fin a la comunidad", pues "La tutela de los intereses de los hijos menores y del progenitor a quien corresponde el uso de la vivienda se consigue reconociendo la subsistencia del derecho de uso pese a la división y su oponibilidad frente al adquirente de la vivienda".

(41) RRDGRN 25/10/1999 (Tol 132594), 31/03/2000 (Tol 133003), 19/05/2000 (Tol 132821) y 19/09/2007 (Tol 1155088).

al adquirente, incluso de buena fe, pues, al ser este parte en el negocio anulable, no puede estar protegido por el art. 34 LH (no tiene la condición de tercero y, en consecuencia, no jugaría en su favor la fe pública registral, aunque hubiese inscrito su adquisición).

Por lo tanto, la frase significa que, cuando es la propia declaración del vendedor la que provoca la buena fe del comprador, la anulación del contrato instada por el titular del derecho de uso no produce efectos frente a él, pero, sin embargo, deberá soportarlo, a no ser —claro está— que esté protegido por el art. 34 LH, pues, en este punto, sí que es un tercero ajeno al proceso en el que recayó la sentencia constitutiva del derecho, que —recordemos— tiene eficacia real.

Por último, no puede dejar de destacarse que el precepto sigue sin contemplar las causas de extinción del derecho de uso, lo cual no es oportuno, dada la existencia de jurisprudencia "innovadora" sobre la materia.

Evidentemente, el derecho de uso se extingue cuando los hijos menores sujetos a custodia monoparental alcancen la mayoría de edad (a no ser que, en atención a su situación de discapacidad, se hubiera establecido un plazo adicional de duración del derecho) y en los demás casos (hijos menores sujetos a custodia compartida, hijos mayores o cónyuge sin hijos), cuando expire al plazo por el que se concedió (o antes, si desaparece la situación objetiva de necesidad de vivienda que motivó la asignación del derecho), a no ser que concurran circunstancias que justifiquen su prórroga.

Pero es que, además, la jurisprudencia más reciente, sin apoyo en ningún precepto legal expreso, considera que el derecho de uso se extingue también por la convivencia de hecho con un tercero en la vivienda familiar, por entender que, en tal caso, la vivienda pierde su originario carácter "familiar", desapareciendo su antigua naturaleza, al "servir en su uso a una familia distinta y diferente" a la formada por los cónyuges (42).

(42) Vid. SSTs (Pleno) 20/11/2018 (Tol 6921906) 29/10/2019 (Tol 7571565) y 23/09/2020 (Tol 8111765).

Parece que el legislador tenía que haber resuelto la cuestión, aceptando o matizando esta doctrina jurisprudencial, que ha sido fuertemente criticada por un sector de la doctrina.

### III. Modificaciones en los preceptos reguladores de la filiación

También los artículos del Código Civil reguladores de la filiación han sido modificados, en el sentido de suprimir las referencias al incapaz y a la incapacidad, sustituyéndolas por las expresiones de personas con discapacidad y de medidas de apoyo, ajustándolos, además, a la idea de que dichas medidas tienen, con carácter general, una función de complemento (no de sustitución) de la actuación de la persona con discapacidad, por lo que, salvo casos excepcionales, el curador no tiene facultades de representación.

Tienen, así, nueva redacción los siguientes preceptos:

a) El art. 112.II Cód. Civil: “En todo caso conservarán su validez los actos otorgados en nombre del hijo menor por su representante legal o, en el caso de los mayores con discapacidad que tuvieran previstas medidas de apoyo, los realizados conforme a estas, antes de que la filiación hubiera sido determinada”.

b) El art. 121 Cód. Civil (en particular, el párrafo segundo): “Para la validez del reconocimiento otorgado por personas mayores de edad respecto de las que hayan establecido medidas de apoyo se estará a lo que resulte de la resolución judicial o escritura pública que las haya establecido. Si nada se hubiese dispuesto y no hubiera medidas voluntarias de apoyo, se instruirá la correspondiente revisión de las medidas de apoyo judicialmente adoptadas para completarlas a este fin”.

Siendo el reconocimiento un acto personalísimo, es evidente que deberá ser hecho por la propia persona con discapacidad, sin que en este punto quepan actuaciones sustitutivas (por parte del curador con facultades de representación, si este hubiera sido nombrado). La remisión a la resolución judicial o escritura puede significar (según lo que en ellas se haya previsto) que el reconocimiento necesite autorización

judicial o la asistencia del curador o representante voluntario.

c) El art. 123 Cód. Civil, que tiene ahora un párrafo segundo: “El consentimiento para la eficacia del reconocimiento de la persona mayor de edad con discapacidad se prestará por esta, de manera expresa o tácita, con los apoyos que requiera para ello. En caso de que exista resolución judicial o escritura pública que haya establecido medidas de apoyo, se estará a lo allí dispuesto”.

d) El art. 124.I Cód. Civil, del que se elimina la referencia al “incapaz”: “La eficacia del reconocimiento del menor requerirá el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor legalmente conocido”.

e) El art. 125 Cód. Civil, del que igualmente se elimina la referencia al incapaz en su primer párrafo, quedando su regulación circunscrita al menor de edad: “Cuando los progenitores del menor fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, solo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro previa autorización judicial, que se otorgará con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al interés del menor”; y, por consiguiente, en su párrafo segundo, ya no se habla de alcanzar “la plena capacidad”, sino de “mayoría de edad”: “El menor podrá, alcanzada la mayoría de edad, invalidar mediante declaración auténtica esta última determinación si no la hubiere consentido”.

f) El art. 133.1.II Cód. Civil, que, a efectos del inicio del plazo de ejercicio de la acción de reclamación de la filiación no matrimonial cuando falta la posesión de estado, suprime la referencia a la circunstancia de que el hijo “recobrar capacidad suficiente”: “Si el hijo falleciere antes de transcurrir cuatro años desde que alcanzare la mayoría de edad o desde que se eliminaren las medidas de apoyo que tuviera previstas a tales efectos, o durante el año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se funde la demanda, su acción corresponderá a sus herederos por el tiempo que faltare para completar dichos plazos”.

g) El art. 137.1 Cód. Civil suprime la expresión “capacidad modificada judicialmente” (la capacidad —recuérdese— no puede ya modificarse, según la nueva orientación de la reforma), así como también la de que el hijo “recobrar capacidad suficiente” (no se puede recobrar lo que no se ha perdido):

“La paternidad podrá ser impugnada por el hijo durante el año siguiente a la inscripción de la filiación.

“Si fuere menor o persona con discapacidad con medidas de apoyo, para impugnarla, el plazo del año se contará desde la mayoría de edad o desde la extinción de las medidas de apoyo.

“El ejercicio de la acción en interés del hijo que sea menor corresponderá, asimismo, durante el año siguiente a la inscripción de la filiación, a la madre que ostente la patria potestad, a su representante legal o al Ministerio Fiscal.

“Si se tratare de persona con discapacidad, esta, quien preste el apoyo y se encuentre expresamente facultado para ello o, en su defecto, el Ministerio Fiscal, podrán, asimismo, ejercitar la acción de impugnación durante el año siguiente a la inscripción de la filiación”.

#### **IV. Modificaciones en materia de patria potestad**

Se ha aprovechado la reforma de la discapacidad para modificar el art. 156.II Cód. Civil (y retocar levemente otros párrafos de este).

El párrafo, introducido por la disposición final 2ª del Real dec.-ley 9/2018, de 3 de agosto, decía (y sigue diciendo) que “dictada una sentencia condenatoria y mientras no se extinga la responsabilidad penal o iniciado un procedimiento penal contra uno de los progenitores por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual de los hijos o hijas comunes menores de edad, o por atentar contra el otro progenitor, bastará el consentimiento de este para la atención y asistencia psicológica de los hijos e hijas menores de edad, debiendo el primero ser informado previamente”.

La introducción de este segundo párrafo fue, sin duda, positivo y respondía a una justa de-

manda social, pues carece de sentido que quien es condenado o se encuentra inmerso en un proceso penal por estos delitos pueda oponerse al tratamiento psicológico de los hijos, que pueden quedar afectados por una situación de violencia familiar de la que él mismo es o puede ser responsable.

A este párrafo se ha añadido ahora la siguiente frase: “Lo anterior será igualmente aplicable, aunque no se haya interpuesto denuncia previa, cuando la mujer esté recibiendo asistencia en un servicio especializado de violencia de género, siempre que medie informe emitido por dicho servicio que acredite dicha situación”.

Sin embargo, la modificación más importante en la materia es la supresión de la patria potestad prorrogada y rehabilitada (43). La supresión es coherente con el nuevo tratamiento de la discapacidad, pues, suprimida la incapacitación, no es posible prorrogar o rehabilitar la patria potestad, que confiere a los progenitores la representación legal de los hijos y, por lo tanto, comporta una actuación sustitutiva en nombre de estos (44).

(43) A este respecto puede verse TORTAJADA CHARDÍ, P., “La patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada en el nuevo Proyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad (actual Ley 8/2021)”, *Revista Boliviana de Derecho*, núm. 32, julio 2021, ps. 236-25.

(44) En la Exposición de Motivos se dice que “se eliminan del ámbito de la discapacidad no sólo la tutela, sino también la patria potestad prorrogada y la patria potestad rehabilitada, figuras demasiado rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En este sentido, conviene recordar que las nuevas concepciones sobre la autonomía de las personas con discapacidad ponen en duda que los progenitores sean siempre las personas más adecuadas para favorecer que el hijo adulto con discapacidad logre adquirir el mayor grado de independencia posible y se prepare para vivir en el futuro sin la presencia de sus progenitores, dada la previsible supervivencia del hijo; a lo que se añade que cuando los progenitores se hacen mayores, a veces esa patria potestad prorrogada o rehabilitada puede convertirse en una carga demasiado gravosa. Es por ello que, en la nueva regulación, cuando el menor con discapacidad llegue a la mayoría de edad se le prestarán los apoyos que necesite del mismo modo y por el mismo medio que a cualquier adulto que los requiera”.

Así pues, en caso de existencia de hijos con discapacidad, partiendo del principio de razonable desjudicialización que inspira la ley 8/2021, parece que lo que es más pertinente es acudir a la guarda de hecho (45). No obstante, como se ha dicho en su lugar, es posible promover, cuando proceda, medidas de apoyo, pudiendo ser nombrados curadores los progenitores (solo excepcionalmente, con facultades de representación), teniendo en cuenta que el actual art. 91.II Cód. Civil permite al juez establecer en la sentencia de nulidad, separación o divorcio medidas de apoyo en favor de los hijos comunes mayores de dieciséis años que, por razón de su discapacidad, “las necesitaren, previa audiencia de los mismos, las cuales entran en vigor, cuando alcancen la mayoría de edad”.

La Disposición transitoria segunda, III, prevé que “quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta”.

Conforme a dicha disposición, “los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada”, “podrán solicitar en cualquier momento de la autoridad judicial la revisión de las medidas que se hubiesen establecido con anterioridad a la entrada en vigor de la presente ley, para adaptarlas a esta”. Dicha revisión “deberá producirse en el plazo máximo de un año desde dicha solicitud”. Cuando no se presente dicha solicitud, “la revisión se realizará por parte de la autoridad judicial de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal en un plazo máximo de tres años”.

## V. La capacidad nupcial de las personas con discapacidad

Para concluir este trabajo me referiré a la capacidad nupcial, materia esta en que la legislación española había ya aplicado los principios inspiradores de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006, con anterioridad a la ley 8/2021, por lo que no ha sido necesario reformarla.

Antes de la reforma llevada a cabo en el Código Civil por la ley 30/1981, de 30 de mayo, el

Derecho español contemplaba como una cuestión de capacidad nupcial la circunstancia de que quienes pretendieran contraer matrimonio tuvieran aptitud natural de entender y de querer las consecuencias del acto que celebraban.

El originario art. 83.2º Cód. Civil impedía, así, casarse a “los que no estuviesen en el pleno ejercicio de su razón al tiempo de contraer matrimonio”, pero la ley 30/1981 eliminó, sin embargo, dicho impedimento, por lo que la cuestión debe reconducirse ahora al art. 73.1 Cód. Civil (falta de consentimiento matrimonial), sede esta que parece más adecuada, en la medida en que en ella se evidencia mejor que la capacidad natural para consentir tiene que tener como referencia el concreto matrimonio que se pretende celebrar.

El art. 56.II Cód. Civil, en la redacción dada al precepto por la ley 30/1981, estableció que, si en el expediente previo a la autorización del matrimonio el funcionario observa que alguno de los contrayentes está “afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

La ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, dio una nueva redacción al precepto, que quedó redactado del siguiente modo: “Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el Secretario judicial, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento”.

El nuevo art. 56.II Cód. Civil hablaba, no solo de “deficiencias o anomalías psíquicas” (como sucedía antes de la reforma del 2015), sino de “deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales”, locución esta, evidentemente más amplia, que, interpretada literalmente, llevaba a que tuviera que pedirse dictamen médico sobre la aptitud para prestar el consentimiento del contrayente que padeciera una deficiencia sensorial, aunque esta no tuviera incidencia sobre su capacidad natural de entender y de querer (por ejemplo un invidente), lo que, además de absurdo, era contrario al art. 23.1.a de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 13 de diciembre de

(45) En particular, si la discapacidad no es muy severa.

2006 (ratificado por España en 2008), según el cual los Estados Partes tomarán medidas efectivas para que se “reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges” (46).

Por ello, la resolución-circular de 23 de diciembre de 2016 de la Dirección General de los Registros y del Notariado aclaró que el precepto debía ser interpretado siempre de manera estricta “y en relación a supuestos excepcionales en los que la discapacidad afecte de forma evidente e impeditiva, aun proporcionados los apoyos precisos, a la capacidad para prestar el consentimiento, y lógicamente no a aquellos supuestos en que la discapacidad afecte tan solo a los medios, canales o soportes de emisión de ese consentimiento o nada tenga que ver con ni guarde relación con la aptitud para prestarlo”; concluyendo que la exigencia de solicitar un dictamen médico se debía “entender necesariamente limitada exclusivamente a aquellos casos en los que la deficiencia afecte de forma sustancial a la prestación del consentimiento”.

En cualquier caso, la ley 4/2017, de 28 de junio, de modificación de la ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, volvió a dar una nueva redacción al art. 56.II Cód. Civil (como se dice en su Preámbulo, que hace suya la interpretación preconizada por la resolución-circular de 23 de diciembre de 2016), con el fin de aclarar “que la intención de la reforma introducida por la ley [15/2015, de 2 de julio] es favorecer la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, evitando cualquier sombra de duda sobre su capacidad para contraer matrimonio”.

El precepto queda redactado así: “El Letrado de la Administración de Justicia, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, cuando sea necesario, podrá recabar de las Administraciones o entidades de iniciativa social de promoción y protección

de los derechos de las personas con discapacidad, la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes. Solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento” (47).

(47) Las dos redacciones de este precepto (las de 2015 y 2017) son coherentes con la dicción que la misma Ley 15/2015 ha dado al art. 51.I Cód. Civil, según el cual “La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Secretario judicial, Notario o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero”. Sin embargo, la entrada en vigor de este precepto (y, por ende, la del art. 56.II Cód. Civil), que encomienda la competencia del control de los requisitos de capacidad de los contrayentes, también a los Notarios y Letrados de la Administración de Justicia (ante los que, tras la reforma de 2015, podían ya celebrarse matrimonios civiles, según resulta de la disposición transitoria cuarta. 2 de la Ley 15/2015), se pospuso al 30 de junio de 2017, fecha en la que debía haber comenzado la vigencia de la LRC de 2011, según preveía la disposición final 21.3 de la Ley 15/2015, que, sin embargo, fue modificada por el art. Único. 5 de la Ley 4/2017, de 28 de junio, el cual ya no establecía el concreto momento a partir del cual sería aplicable el nuevo art. 51 Cód. Civil (y otros preceptos relativos a la tramitación y celebración del matrimonio civil), sino que se remitía, sin más, a la fecha de la “completa entrada en vigor” de la LRC de 2011, que fue nuevamente aplazada al 30 de abril de 2021 (disposición final décima, I, LRC, modificado por la disposición final segunda del Real Decreto-Ley 16/2020, de 28 de abril). Finalmente, el art. 51 Cód. Civil, redactado por la Ley 15/2015, de 2 de julio (y, con él, el art. 56.II Cód. Civil, redactado por la Ley 4/2017, de 28 de junio) se encuentra vigente, como consecuencia de la “completa entrada en vigor” de la LRC de 2011, que esta vez ha tenido lugar en la fecha prevista, es decir, el 30 de abril de 2021, en virtud de la disposición final décima de la misma, redactada conforme a la disposición final 5 de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre. Por lo tanto, en la actualidad, los Notarios pueden realizar el control de capacidad de los contrayentes, tramitando actas de documentación del expediente y de autorización de matrimonio, conforme a lo previsto por la Instrucción de 3 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

(46) Son interesantes las consideraciones que a propósito del Derecho argentino realiza FERNÁNDEZ, S. E., “Derecho a celebrar matrimonio y personas con discapacidad: Una cuestión de autonomía y dignidad desde el enfoque de derechos humanos y la perspectiva de discapacidad”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 14, 2021, ps. 406-437.

Con la actual redacción del precepto (que coincide con la del art. 58.5.II LRC 2011) cambia la óptica desde la que se contempla la prestación del consentimiento matrimonial de las personas con discapacidad, desde el momento en que lo que ahora se prevé, en primer lugar, es "la provisión de apoyos humanos, técnicos y materiales que faciliten la emisión, interpretación y recepción del consentimiento del o los contrayentes"; y "[s]olo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento" (48).

Por de pronto, es claro que esa "condición de salud" no se dará en personas que sufran una mera discapacidad de carácter sensorial (como es el caso de los invidentes o de los sordos), pues, a través de las medidas de apoyo previstas en el precepto, podrán prestar su consentimiento para contraer matrimonio. Por lo tanto, la "condición de salud" que obliga al funcionario

autorizante a recabar dictamen médico hay que referirla a las deficiencias de carácter psíquico o intelectual (49); y no a todas, sino exclusivamente a las que "de modo evidente, categórico y sustancial" puedan obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial (50).

No bastan, pues, meras dudas, sino que se requiere certeza respecto a la falta de capacidad natural del contrayente, faltando la cual no deberá pedirse el dictamen, sino que deberá autorizarse la celebración del matrimonio, lo que parece correcto desde el punto de vista del principio constitucional de libre desarrollo de la personalidad y desde la consideración del *ius connubii* como un derecho fundamental, que no debe ser menoscabado más que en casos evidentes de falta de capacidad. Esto, claro está, sin perjuicio de que posteriormente pueda examinarse judicialmente la aptitud del contrayente para prestar el consentimiento *ad nuptias* y, si se prueba que no la tuvo, se dicte la correspondiente sentencia de nulidad ex art. 73.1 Cód. Civil (51).

Las discapacidades que pueden obstaculizar la prestación del consentimiento matrimonial pueden ser, tanto transitorias (por ejemplo, un estado de embriaguez o drogadicción), como duraderas, esto es, enfermedades o deficiencias intelectuales graves que en el momento en que

(48) No parece que la exigencia de un dictamen médico comporte una discriminación de las personas con discapacidad contraria al art. 5 de la Convención de Nueva York, pues no se trata aquí de decidir si el matrimonio les "conviene", lo que supondría una inadmisibles intrusión en una decisión personal íntimamente vinculada al libre desarrollo de la personalidad, sino de determinar si tienen capacidad natural para prestar el consentimiento matrimonial. Creo que tiene razón SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "Matrimonio de las personas con discapacidad: argumentos a favor de la necesidad del dictamen médico versus su carácter excepcional y subsidiario tras la reforma del art. 56 del Código Civil", *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 12, 2020, ps. 98-99, cuando insiste en esta idea, además de en la circunstancia de que el dictamen "cumple otra función no menos importante dirigida a prevenir la influencia indebida de personas cercanas al entorno de las que presentan discapacidad y a las que proporcionan los cuidados y atención necesarios". GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Matrimonio y discapacidad", *Derecho Privado y Constitución*, 2018, núm. 32, ps. 83-84, aun no considerando discriminatoria la exigencia del dictamen médico, observa que, quizás, fuera más conveniente recabar un informe familiar, social y psicosocial del contrayente. En cualquier caso, se refiere también al previo dictamen médico como una cautela que "cumpliría con la obligación impuesta a los Estados parte de establecer las salvaguardias adecuadas para impedir los abusos en general y la influencia indebida en particular en el ejercicio del *ius connubi* de las personas con discapacidad".

(49) El precepto evita conscientemente usar la palabra "enfermedad", prefiriendo hablar de "condiciones de salud", con la evidente finalidad de no identificar a las personas con discapacidad con personas enfermas.

(50) GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., "Matrimonio", cit., p. 79, critica el empleo de la expresión condiciones de "salud", por considerarla demasiado amplia "para acotar situaciones excepcionales", entendiendo que hubiera sido preferible que el legislador se hubiese limitado a suprimir la referencia a las deficiencias "sensoriales", aludiendo, exclusivamente a las "mentales" e "intelectuales".

(51) SÁNCHEZ GÓMEZ, A., "Matrimonio", cit., p. 109, critica, sin embargo, el carácter excepcional con que el vigente art. 56.II Cód. Civil concibe la exigencia del dictamen médico, considerando que el legislador parte de un error, al presuponer que "debe reducirse drásticamente porque su exigencia entorpece el derecho a contraer matrimonio de estas personas". Frente a ello, replica que "No se trata de que la exigencia del dictamen médico deba de ser excepcional por ser algo 'perturbador', sino que lo debe ser excepcional es una limitación injustificada del derecho a contraer matrimonio".

ha de celebrarse el matrimonio priven a quienes las padecen de la facultad de discernimiento y, en consecuencia, de la posibilidad de ponderar el significado y las consecuencias del consentimiento que deben prestar.

En su momento se denegó la autorización del matrimonio del contrayente afectado por una hemiplejía con afasia, que le imposibilitaba para hablar, por lo que solo podía comunicarse apretando la mano izquierda (52); del que padecía un deterioro cognitivo severo compatible con una demencia mixta, de carácter crónico, progresivo y permanente, por lo tenía gravemente alterada su capacidad de conocer y querer el alcance y las consecuencias de sus actos (53); del que sufría patología neurodegenerativa en su sistema nervioso, que le provocaba un deterioro cognoscitivo grave que afectaba a su capacidad de comprensión, elección y utilización de conceptos abstractos (54); o del que presentaba una demencia senil avanzada con un deterioro cognitivo importante que afectaba a todas las funciones psíquicas (orientación, memoria, comprensión del lenguaje, etc.) y, como consecuencia de ello, tenía totalmente impedida la capacidad de gobernar sus propios asuntos (55).

Desde luego, no se exige “que los contrayentes se encuentren en un óptimo goce de sus facultades intelectuales o mentales, bastando al efecto que los mismos tengan la capacidad de discernimiento suficiente para conocer la trascendencia del compromiso que adquieren y conste su libre decisión de asumirlo” (56).

Se ha autorizado, así, la celebración del matrimonio del contrayente con un coeficiente mental bajo, cierta inmadurez y dependencia de las

personas que rodeaban, pero que tenía “una capacidad intelectual dentro de la normalidad”, que le permitía “conocer las responsabilidades que conlleva una relación afectiva, pudiendo discernir correctamente las implicaciones que supone una relación matrimonial y todas sus consecuencias” (57).

No creo que pueda mantenerse el criterio, seguido por algunas resoluciones de la Dirección General respecto a contrayentes con oligofrenia o que presentan un cierto grado de retraso mental orgánico, de autorizar el matrimonio de quienes tienen una edad mental de catorce años (58) y denegar el de los que tienen una edad mental inferior (59); y ello no tanto, porque el impedimento de edad no sea ya dispensable a partir de los catorce años, que era el fundamento de dichas resoluciones, sino por ser dudosa la compatibilidad de dicho criterio, al menos, formulado como una regla general, con el ya mencionado art. 23.1.a de la Convención de Nueva York.

El apartado 4 de la Instrucción de 3 de junio de 2021, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, sobre la tramitación del procedimiento de autorización de matrimonio ante notarios, prevé que, “para el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, por los promotores se aportarán inicialmente acompañando a su solicitud o por requerimiento del Notario autorizante en trámite de subsanación, el informe o los informes, en relación con su aptitud, realizados por su médico de cabecera o médico especialista que le esté tratando y en los que se manifiesten las circunstancias en relación con la aptitud o no para prestar el consentimiento”.

(57) RDGRN 30/06/2005.

(58) RDGRN 12/03/1994.

(59) A los que, ciertamente, a veces se ha querido “utilizar” para la celebración un matrimonio de conveniencia, con el fin de que el contrayente (extranjero) pueda obtener el permiso de residencia en nuestro país. Vid. RDGRN 25/02/1994 y RDGRN 20/01/1995.

(52) RDGRN 29 octubre 2014, la cual, haciendo suya la argumentación del auto recurrido afirma que “no es posible la comunicación, únicamente a través de apretar la mano izquierda y que es posible que, dado que se ha afectado el área del lenguaje, pueden existir también alteraciones de la comprensión y el pensamiento imposibles de determinar”.

(53) RDGRN 29/01/2004.

(54) RDGRN 18/10/1999.

(55) RDGRN 23/10/2004.

(56) SAP Valencia 21/09/2016 (ROJ: SAP V 3180/2016).



Si no se atendiese el requerimiento, “el Notario dictará resolución de inadmisión del procedimiento en el acta por no subsanar la falta de elemento imprescindible para fundar su juicio de capacidad”.

En caso de aportarse los informes requeridos, el Notario “iniciará o continuará el acta de autorización y, en trámite de prueba, hará una valoración de la capacidad de los contrayentes. Si lo estima necesario para corroborar cualquier dato dudoso o paliar la insuficiencia de los informes inicialmente aportados, teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 56 párrafo 2.º del Código Civil, solicitará informe pericial médico dirimente sobre la capacidad. Y, en función de los informes recabados resolverá la autorización o no del matrimonio”.

Una cuestión que hay que decidir es, si, en el caso de que exista una resolución judicial que acuerde medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, el funcionario autorizante deberá pedir dictamen médico.

En mi opinión, habrá que tener en cuenta la causa de la resolución que establezca las medidas judiciales de apoyo. Si esta tiene su origen en una discapacidad psíquica que, con carácter general, hace que quienes la padecen carezcan habitualmente de capacidad natural de entender y de querer, parece prudente entender que se solicite el dictamen antes de autorizar el matrimonio y atenerse a lo que de él resulte. Lo que, obviamente, no podrá hacer es negar la autorización, por la mera existencia de dicha resolución judicial.

Obviamente, el hecho de que quien tramitara expediente no hubiera solicitado el dictamen médico no significa que no pueda demandarse posteriormente la nulidad del matrimonio *ex art. 73.1 Cód. Civil (60)*, si se demuestra que el

(60) La STS 15/03/2018 (ROJ: STS 846/2018) observa que, “con dictamen médico o sin él, en ningún caso se excluye el ejercicio de una posterior acción judicial de nulidad en la que con todo medio de pruebas se valore la concurrencia de los requisitos de capacidad en el momento de la celebración del matrimonio”. Certestamente, subraya SÁNCHEZ GÓMEZ, A., “Matrimonio”, cit., p. 96, que la exigencia de dictamen médico no es un requisito esencial para la celebración del matrimonio de las personas con discapacidad, “lo que es requisito esencial es la

contrayente carecía de aptitud para prestar el consentimiento.

Así, se ha declarado nulo el matrimonio celebrado *in articulo mortis*, por haberse acreditado mediante dictamen emitido por experto neurológico que el contrayente se hallaba en situación de coma, dormido patológicamente y desconectado del medio, sin ninguna función intelectual, ni posibilidad de pensar, ni de comunicarse con el exterior, habiendo prestado su presunto consentimiento a través de un encogimiento de hombros y de un apretón de manos (61).

Por el contrario, se ha desestimado la demanda interpuesta por los hermanos de una persona fallecida, por considerar que, si bien parecía probado que el contrayente padeciera “un leve retraso mental y presentara cierto grado de inmadurez y dependencia”, no podía “entenderse acreditado que el déficit apreciado revistiera entidad suficiente para invalidar la emisión de un consentimiento matrimonial”, máxime, cuando había otorgado diversas escrituras (de partición de herencia paterna y de apoderamiento en favor de uno de sus hermanos), sin que el Notario autorizante hubiese hecho reserva alguna al respecto, dándose además la circunstancia de que el día anterior a su muerte había sido nombrado administrador mancomunado de una sociedad mercantil por parte de sus hermanos demandantes (62).

Tratándose de enfermedades crónicas que excluyen la capacidad natural de entender y de querer de quienes las padecen de manera continuada (por un ejemplo, una demencia senil irreversible o un Parkinson o Alzheimer acusados), la prueba de su existencia antes y después de la celebración del matrimonio, puede ser un indicio de que el enfermo carecía de aptitud para prestar el consentimiento matrimonial en el período intermedio durante el cual se casó. Pero hay que tener en cuenta que este tipo de enfermedades no afectan por igual al enfermo durante toda la etapa de su desarrollo (puede haber intervalos lúcidos), por lo que para de-

existencia de capacidad natural suficiente de entender y querer dicho acto”.

(61) SAP Murcia 27/02/2002 (ROJ: SAP MU 621/2002).

(62) STS 29/04/2015 (ROJ: STS 1938/2015).

clararse la nulidad del matrimonio tiene que quedar perfectamente acreditado que, precisamente, al tiempo de conclusión del matrimonio, se encontraba en un estado en el que tenía la gravedad suficiente para excluir su capacidad de discernimiento (63).

Sobre este aspecto me parece pertinente referirme a una discutible sentencia del Tribunal Supremo (64), la cual ha considerado válido el matrimonio contraído por una persona, que, al tiempo de celebrarse, se encontraba incurso en un juicio de modificación de capacidad de obrar, el cual concluiría con una sentencia (dictada, una vez casada) que le incapacitaría para gobernar su persona y sus bienes, a consecuencia de padecer un alzhéimer, agravado por un posterior infarto cerebral que, según el informe médico forense (elaborado antes de la celebración del matrimonio), le ocasionaba “alteraciones en la inteligencia y voluntad necesarias para obrar con conocimiento y juicio suficiente para inspirar una libre decisión”. Concretamente, en el informe se dice que no podía mantener una conversación, ni responder a preguntas sencillas, como su edad, fecha de nacimiento o profesión, y que no recordaba el nombre de las hijas; asimismo, que no sabía coger el bolígrafo para escribir una frase y al final ponía su nombre de forma ilegible, en forma de garabatos, sin que tampoco fuese capaz de copiar un sencillo dibujo que se le indicaba y de realizar el test del reloj.

Sin embargo, sorprendentemente, el Tribunal Supremo, a pesar de la contundencia del informe, entiende que “no ha quedado suficientemente desvirtuada la presunción de capacidad para la prestación de consentimiento matrimonial y que la consideración del matrimonio como derecho humano derivado de la dignidad de la persona y manifestación del libre desarrollo de la personalidad, también cuando se alcanza una edad avanzada, deben inclinar a reforzar el principio *favor matrimonii*”.

(63) Vid. a este respecto SAP Madrid 15/03/2013 (ROJ: SAP M 4567/2013).

(64) STS 15/03/2018 (ROJ: STS 846/2018), que cuenta con un voto particular, que, al igual que la sentencia recurrida, considera el matrimonio nulo por falta de capacidad natural para entender y querer del contrayente con Alzheimer.

El argumento principal que sustenta este razonamiento, es el de que, durante la tramitación del juicio de incapacidad, el contrayente enfermo había presentado una demanda de divorcio contra su anterior mujer, la cual fue estimada, descartando expresamente el juez que pronunció el divorcio que la tramitación del procedimiento de modificación de la capacidad fuera obstáculo para ello (la demandada había planteado una cuestión prejudicial), lo que, obviamente, significa que, a su juicio, el actor conocía el significado de su pretensión, pues, “en nuestro derecho positivo, la misma voluntad que se considera apta para celebrar el matrimonio lo es para disolverlo por divorcio”.

No obstante, se utiliza otro argumento, que, aunque presentado como secundario, creo que es decisivo, esto es, la circunstancia de que la demanda de nulidad se hubiese presentado una vez muerto el contrayente, cinco años después de la celebración del matrimonio, sin que durante este tiempo la tutora (una de sus hijas, demandante, junto a sus hermanas, de la nulidad) hubiera considerado contrario al interés del incapacitado que residiera en su propia casa con la segunda mujer, dándose, además, la circunstancia de que ambos habían mantenido una relación durante años e, incluso, habían llegado a convivir antes de casarse. Parece, pues, que, en realidad, se busca la justicia del caso concreto, tratándose de no comprometer la estabilidad de una situación familiar consolidada con apoyo en cuestionables motivos subjetivos de las demandantes de la nulidad.

En otro orden de cosas, más problemas plantean las enfermedades que no excluyen de manera continuada la capacidad cognitiva y volitiva de quien las padece, sino solo en determinados momentos, como es el caso de la depresión o de la esquizofrenia, que puede manifestarse en forma de brotes aislados. La cuestión —como siempre— será determinar si, en el preciso momento en que se celebró el matrimonio, el enfermo tenía gravemente deteriorada su capacidad cognitiva. Así, se ha declarado nulo un matrimonio contraído por quien padecía una depresión grave en fase aguda “con pensamientos negativos e ideas autodestructivas aptas para tomar decisiones contrarias a sus intereses”, y no podía “conocer y querer el acto que estaba realizando, pues en tal momento so-

brepasaba su capacidad” **(65)**; como también el contraído en fase maniaca por una persona que padecía una depresión y consumía cocaína, combinación que la sumió en un estado de descontrol en “el que su capacidad de discernimiento resultaba prácticamente anulada”, estando “sustraída a los controles de la voluntad y del autodomínio” **(66)**.

Por el contrario, se ha considerado válido el matrimonio de una persona aquejada de esquizofrenia, por no demostrarse que hubiese habido brotes esquizofrénicos antes o después

---

(65) STS 14/07/2004 (ROJ: STS 5150/2004).

(66) SAP Sevilla 28/06/2000 (ROJ: SAP SE 3046/2000).

de la celebración del matrimonio, no existiendo “la más mínima prueba de que la contratante se hallara aquejada de una crisis en el momento de emisión del consentimiento en el negocio matrimonial, ni tan siquiera que tuviera limitadas sus facultades mentales o se revelase una trascendencia de la problemática psíquica en relación con dicho acto” **(67)**. Ahora bien, en estos casos en los que la persona afectada por la esquizofrenia haya tenido aptitud para prestar el consentimiento, el otro contrayente que desconociera la enfermedad de su consorte podría pedir la nulidad del matrimonio por error en cualidad, con apoyo en el art. 73. 4º Cód. Civil.

---

(67) STS 18/09/1989 (ROJ: STS 15072/1989).

# Tribunal Europeo de Derechos Humanos y gestación por sustitución: ¿crónica de un relato interminable? (\*)

Antonia Durán Ayago (\*\*)

**Sumario:** I. Proemio: de dónde venimos, adónde vamos.— II. Jurisprudencia del TEDH.— III. Tendencias que marcan el camino.— IV. La ayuda adyacente: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la sentencia “Pancharevo”.— V. Esbozo de conclusiones.

## I. Proemio: de dónde venimos, adónde vamos

Asistimos desde hace años a una contractualización progresiva del derecho de familia sustentado en el principio de la autonomía de la voluntad. Las relaciones familiares están experimentando un proceso de democratización que se puede apreciar tanto desde un plano horizontal respecto de las relaciones de pareja, como desde un plano vertical, por ejemplo, sobre la forma de determinación de la filiación. En la filiación, el proyecto de paternidad responsable está trascendiendo del mero dato biológico. La autonomía de la voluntad procreacional en que se asienta la gestación por sustitución, se va abriendo progresivamente paso. En estos casos, cuando el consentimiento es libre, expreso, informado y meditado por parte de todos los intervinientes en el proyecto de parentabilidad (gestante y padres comitentes o de intención), rodeado de todas las garantías jurídicas precisas, al igual que ocurre en la adopción nacional o internacional, resultará *a priori* difícil de de-

mostrar que se esté lesionando el superior interés del niño o el de la gestante (1).

Sin embargo, la regulación de la gestación por sustitución en Europa puede calificarse como de “normatividad de geometría variable”. Geometría, por cuanto las posibles aproximaciones normativas a esta cuestión son, respectivamente, la permisón, la restricción, la prohibición y la no regulación. Variable, además, por cuanto las combinaciones de las aproximaciones normativas a nivel nacional se multiplican en función de que se distinga en nuestra comparativa la posición de los Estados en relación con la gestación por sustitución o respecto de las consecuencias jurídicas para las partes implicadas en este tipo de prácticas. En este sentido, por ejemplo, un Estado puede no permitir la gestación por sustitución en su territorio al tiempo que permite regularizar a sus nacionales las relaciones parentales-filiales derivadas de una gestación por sustitución realizada en el extranjero (2).

(\*) El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto de Investigación “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración” [ref. PID2020-113444RB-I00], AEI/10.13039/501100011033.

(\*\*) Profesora titular de Derecho Internacional Privado, Universidad de Salamanca ORCID ID: 0000-0003-3112-0112. Datos destacados del curriculum vitae accesibles en <https://diarium.usal.es/aduran/curriculum-vitae/>.

(1) FLORES RODRÍGUEZ, J., “Gestación por sustitución: más cerca de un estatuto jurídico común europeo”, *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, n.º 27, julio-diciembre de 2014, ps. 71-89, accesible en <https://www.redalyc.org/pdf/4175/417537013004.pdf>, consultado el 20 de diciembre de 2021, p. 86.

(2) GARCÍA SAN JOSÉ, D., “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo

La inexistencia de un tratamiento común, ni siquiera en orden a un núcleo básico de derecho de familia objeto de una posible armonización en el seno de los 47 Estados que conforman el Consejo de Europa, conduce a la dispersión y a la incertidumbre jurídica. El reconocimiento de los efectos de la filiación constituida en el extranjero sobre el menor dependerá, en definitiva, del Estado de que se trate (3). Sin embargo, el margen de apreciación que tienen los Estados para actuar en la correcta aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante, CEDH) (4), materializado en el orden público internacional de cada uno de ellos, quedará limitado por la concreta adecuación de su normativa y su praxis a los derechos consagrados en el Convenio.

En este escenario de diversidad normativa, cobra especial interés el método de reconocimiento de situaciones jurídicas, puesto que en muchos casos se podrá recurrir a la legislación imperante en un determinado Estado para constituir una relación jurídica que luego se intentará reconocer en otro. Parece razonable que, para respetar y garantizar la continuidad en el espacio de las relaciones privadas internacionales, la situación creada en un Estado se respete y garantice en cualquier otro en que tenga que desplegar sus efectos, sobre todo en aquellas relacionadas con el estatuto personal y familiar, puesto que de lo contrario se atentaría contra la estabilidad del estado civil de las personas. En algunos casos, el método de reconocimiento de situaciones puede ponerse en relación con el orden público internacional atenuado, aunque su alcance tiene mayor entidad, porque realmente se asienta en el conflicto de sistemas (5).

de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución", Revista Española de Derecho Constitucional, 113, 2018, ps. 103-130, accesible en <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.113.04>, consultado el 20 de diciembre de 2021.

(3) FLORES RODRÍGUEZ, J., "Gestación por sustitución...", ob. cit., p. 73.

(4) European Convention on Human Rights (coe.int), consultado el 24 de diciembre de 2021.

(5) CALVO CARAVACA, A. L., "El 'Derecho internacional privado multicultural' y el revival de la ley personal",

Es este el método que debería utilizarse en los casos de filiación habida en el extranjero a través de la gestación por sustitución (6), cuestión esta de la mayor relevancia puesto que afecta a la identidad básica de la persona. A través de la filiación se determina el nombre y en muchos casos la nacionalidad del niño. Si ponemos en riesgo su reconocimiento podemos estar vulnerando el derecho del niño a su identidad personal, como ha establecido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH), en varias resoluciones, como veremos en profundidad en este trabajo (7).

En este mismo sentido se ha pronunciado el TEDH en el asunto "Wagner c. Luxemburgo" (8), obligando a Luxemburgo a reconocer

Diario La Ley, nº 7847, de 27 de abril de 2012, consultado en [www.laley.es](http://www.laley.es); FRANCESKAKIS, P., "Conflits de lois (Principes généraux)", E. Dalloz DI, vol. I, París, 1968, ps. 370-497; MAYER, P., "Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé", en *Le Droit international privé: esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de P. Lagarde*, Dalloz, París, 2005, ps. 547-573; PICONE, P., *Ordinamento competente e diritto internazionale privato*, Padua, 1986; ID., "Le méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé", *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, 1986, vol. 197, ps. 229-420; ROMANO, G. P., "La bilateralité éclipse par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes", *Revue Critique de Droit International Privé*, 95, 2006, ps. 457-519.

(6) QUIÑONES ESCÁMEZ, A., "El contrato de gestación por sustitución no determina la filiación sino la intervención de una autoridad pública conforme a la ley. (Método de reconocimiento para los actos públicos extranjeros y método conflictual para los hechos y los actos jurídicos privados)", integrado dentro del monográfico homenaje a la Dra. Núria Bouza Vidal "El orden público interno, europeo e internacional civil", *InDret*, 2/2017, ps. 201-251; DURÁN AYAGO, A., "El acceso al Registro Civil de certificaciones registrales extranjeras a la luz de la Ley 20/2011: relevancia para los casos de filiación habida a través de gestación por sustitución", *Anuario español de Derecho Internacional Privado*, vol. XII, 2012, ps. 265-308, esp. ps. 288-290.

(7) De forma explícita en los asuntos "Mennesson c. Francia" (requête nº 65192/11) y "Labassee c. Francia" (requête nº 65941/11), ambas de 26 de junio de 2014; "Foulon y Bouvet c. Francia" (requêtes nºs 9063/14 y 10410/14), de 21 de julio de 2016 y "Laborie c. Francia" (requête nº 44024/13), de 19 de enero de 2017.

(8) Sentencia de 28/06/2007 (requête nº 762540/01), accesible en "Wagner and J. M. W. L. v. Luxembourg" (coe.int), consultado el 20 de diciembre de 2021. Vid. BA-

la adopción constituida en Perú por una madre soltera, aun cuando en Luxemburgo no está permitida la adopción a solteros, y en el asunto "Negreponitis c. Grecia" (9), respecto del reconocimiento en Grecia de una adopción constituida en Estados Unidos, pues conforme al derecho griego se consideraba que el adoptante, monje ortodoxo, no tenía capacidad para adoptar (10). En ambas decisiones, el TEDH favorece el reconocimiento de decisiones extranjeras en los Estados miembros del Convenio Europeo, pues concluye que las obligaciones positivas al respecto efectivo de la vida familiar con base en el art. 8° se proyectan sobre las relaciones de estado civil y familiares constituidas en el extranjero, de modo que la negativa al reconocimiento de decisiones extranjeras en virtud de las cuales se constituyen tales relaciones suponen una injerencia en el derecho protegido por el art. 8° (11).

RATTA, R., "La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales", Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, t. 348, 2010, ps. 253-498.

(9) Sentencia de 03/05/2011 (requête n° 56759/08), accesible en "Negreponitis-Giannisis c. Grèce" (coe.int), consultado el 20 de diciembre de 2021.

(10) Vid. VELÁZQUEZ GARDETA, J. M., "Algunas reflexiones en torno a la sentencia Negreponitis-Giannisis contra Grecia y la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras", Revista Vasca de Administración Pública, número especial 99-100, mayo-diciembre 2014, ps. 2989-3004.

(11) BÜCHLER, A., "The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family", en BÜCHLER, A. / KELLER, H. (eds.), Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe, Cambridge, Intersentia, 2016, ps. 29-60; KELLER, H., "Article 8 in the System of the Convention", en BÜCHLER, A. / KELLER, H. (eds.), Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe, Cambridge, Intersentia, 2016, ps. 6-13; WILLIEMS, G., "Droits de l'homme et procréation médicalement assistée: la Cour de Strasbourg face aux évolutions biomédicales et aux mutations de la filiation", Working Paper «Comment fait-on les bébés?» Contribution protestante aux débats sur l'extension de l'assistance médicale à la procréation, Paris / 9 juin 2017, accesible en G. Willems - droits de l'homme et procréation médicalement assistée (uclouvain.be), consultado el 22 de diciembre de 2021; FENTON-GLYNN, V. C., "International surrogacy before the European Court of Human Rights", Journal of Private International Law, vol. 13-3, 2017, ps. 546-567; RINTANO, S., Regulation of

Para que la injerencia pueda resultar aceptable y no implique una violación del art. 8°, CEDH, según el TEDH, es necesario que la denegación del reconocimiento de la decisión extranjera responda a una necesidad social imperiosa y sea proporcional al fin legítimo perseguido. En ambas decisiones, el Tribunal considera que la denegación de reconocimiento y ejecución de una decisión extranjera que implique una injerencia en la vida privada y familiar con base en la interpretación de orden público internacional, según la cual la denegación del reconocimiento no responda a una necesidad social imperiosa, supone que se haya hecho un empleo arbitrario y desproporcionado de la noción de orden público internacional en circunstancias que determinan que se viole también el art. 6.1, CEDH (derecho a un proceso equitativo).

Sin embargo, la jurisprudencia que el TEDH ha venido elaborando sobre el respeto a la vida personal y familiar del art. 8°, CEDH en los casos de gestación por sustitución dista de haber alcanzado su desarrollo máximo. El TEDH aún no ha acogido en su integridad el método de reconocimiento de situaciones jurídicas, sino que lo hace depender, en buena medida, del componente biológico que haya aportado al menos uno de los comitentes.

En este trabajo analizaremos las resoluciones que hasta el momento el TEDH ha dictado en materia de gestación por sustitución (apartado II), extrayendo cuáles son sus principales líneas argumentales (apartado III) y las pondremos en relación con la sentencia "Pancharevo" que recientemente ha dictado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), que reúne importantes claves para una correcta resolución de estos casos (apartado IV). Terminaremos con unas breves conclusiones (apartado V).

## II. Jurisprudencia del TEDH

### II.1. Notas preliminares

La jurisprudencia del TEDH en los casos de gestación por sustitución que hasta ahora ha

cross-border surrogacy in light of the European Convention on Human Rights & Domestic and the European Court of Human Rights Case Law, University of Helsinki, accesible en Sara Rintamo Masters Thesis.pdf (helsinki.fi), consultado el 23 de diciembre de 2021.

resuelto giran, como hemos adelantado, en torno al art. 8º, CEDH en el que se regula el derecho al respeto a la vida privada y familiar. En él se dispone: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás" (12).

La interpretación que el Tribunal ha realizado sobre la protección de la vida privada y familiar se traduce en una doble óptica para los Estados, de manera que se generan en su aplicación obligaciones negativas o de no injerencia y positivas en la medida en que es necesaria su intervención para salvaguardar su desarrollo efectivo. En los casos de gestación por sustitución, la óptica que prevalece es fundamentalmente la de no injerencia, en la medida en que es la negativa del Estado al reconocimiento de la relación establecida en el extranjero la que podría dar lugar a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar (13). Una injerencia en la vida privada y

familiar solo podría justificarse en la medida en que sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. Para calibrar la necesidad y justificación o no de esta injerencia, el TEDH examina tres aspectos: a) si la injerencia está prevista en la ley; b) si la injerencia persigue una finalidad legítima, y c) si la injerencia es necesaria y proporcional respecto a la finalidad perseguida (14).

En un estudio de derecho comparado llevado a cabo por el TEDH en 35 países miembros del Consejo de Europa, a propósito del caso Labassee, constató la prohibición expresa de la gestación por sustitución en quince Estados (Alemania, Austria, España, Estonia, Finlandia, Francia, Islandia, Italia, Moldavia, Montenegro, Serbia, Eslovenia, Suecia, Suiza y Turquía); no hay una regulación específica pero se prohíbe en virtud de disposiciones generales, no es tolerada o es de legalidad incierta en otros diez Estados (Andorra, Bosnia-Herzegovina, Hungría, Irlanda, Letonia, Lituania, Malta, Mónaco, Rumanía y San Marino) y está autorizada, a reserva del cumplimiento de condiciones estrictas, en otros siete (respecto de la denominada gestación por sustitución altruista, en Albania, Grecia, Países Bajos y Reino Unido; y admitiendo también la comercial en Georgia, Rusia y Ucrania). Además, cuatro Estados no la han regulado pero parecen tolerarla (Bélgica, República Checa, Luxemburgo y Polonia) y en trece de los Estados es posible para los padres intencionales obtener el reconocimiento de los vínculos filiales con un niño procedente de una gestación por sustitución regularmente practicada en el extranjero, ya sea por exequátur, ya por transcripción directa de la sentencia o acta de nacimiento extranjera a los registros civiles o estableciendo el vínculo por la adopción (Albania, España, Estonia, Georgia, Grecia, Hungría, Irlanda, los Países Bajos, la República Checa, Reino Unido, Rusia, Eslovenia y Ucrania).

(12) OTAEGUI AIZPURUA, I., La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017; LAMM, E. / RUBAJA, N., "Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución internacional. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global", Revista de Bioética y Derecho, 37, 2016, ps. 149-170; HERVIEU, N., "La Cour européenne des droits de l'homme, stratégie juridictionnel face aux enjeux brûlants de société Gestation pour autrui, transsexualisme et mariage des couples de meme sexe (Art. 8 et 12 CEDH)", La Revue des droits de l'homme, 2014; GODOY DOMÍNGUEZ, L. A., "La gestación por sustitución en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: entre la protección de la vida personal y familiar y el respeto al orden público nacional", La Ley 13905/2018.

(13) GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución", en ALBORNOZ, M. M., La gestación por sustitución en el Derecho Internacional Privado y en el Derecho comparado, Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Centro de Investigación y Docencia económicas, México, 2020, ps. 217-236.

(14) GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Jurisprudencia del Tribunal Europeo...", ob. cit., p. 220.

Parece igualmente posible en otros once Estados donde la gestación por sustitución está prohibida o no está prevista por la ley (Austria, Bélgica, Finlandia, Islandia, Italia —siempre que al menos el padre de intención sea padre biológico—, Malta, Polonia, San Marino, Suecia, Suiza y Luxemburgo). En cambio, queda excluida en otros once Estados (Andorra, Alemania —salvo quizás cuando el padre de intención sea padre biológico—, Bosnia-Herzegovina, Letonia, Lituania, Moldavia, Mónaco, Montenegro, Rumanía, Serbia y Turquía) (15).

La diversidad legislativa que se aprecia en estos 35 Estados miembros del Consejo de Europa no es menor si se amplía el foco (16). Lo que ha provocado un aumento significativo de los casos internacionales. Las parejas o personas que no pueden recurrir en sus Estados de origen a esta técnica se desplazan a otros Estados en los que sí es posible (*Cross-border reproductive care*) (17), lo que a la postre va a plantear numerosos problemas de reconocimiento. Prácticamente todos los casos que ha valorado el TEDH se exploran desde esta perspectiva. ¿Es conforme al art. 8º, CEDH que un Estado miembro del Convenio en que no está regulada esta técnica se oponga a reconocer la filiación ya acredita-

(15) Vid. JIMÉNEZ MUÑOZ, F. J., "Una aproximación a la posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la gestación subrogada", *Revista de Derecho, Empresa y Sociedad*, núm. 12, enero-junio 2018, ps. 42-54, esp. p. 46.

(16) Muy interesante el estudio de Derecho comparado llevado a cabo en el Informe preliminar sobre los problemas derivados de los acuerdos de gestación por sustitución de carácter transnacional, elaborado en el seno de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en marzo de 2012, accesible en *The Preliminary Report* (hcch.net), consultado el 21 de diciembre de 2021.

(17) Es preferible utilizar esta denominación a la de "turismo de fertilidad" o "turismo reproductivo". Vid. PENNING, G., "Reproductive tourism as moral pluralism in motion", *Journal of Medical Ethics*, 2002, vol. 28, ps. 337—341; PENNING, G., DE WERT, G., SHENFIELD, F., COHEN, J., TARLATZIS, B. AND DEVROEY, P., "ESHRE Task Force on Ethics and Law 15: Cross—border reproductive care", *Human Reproduction*, vol. 23, nº 10, ps. 2182—2184, 2008, accesible en [https://www.researchgate.net/publication/5240704\\_ESHRE\\_Task\\_Force\\_on\\_Ethics\\_and\\_Law\\_15\\_Cross-border\\_reproductive\\_care](https://www.researchgate.net/publication/5240704_ESHRE_Task_Force_on_Ethics_and_Law_15_Cross-border_reproductive_care), consultado el 21 de diciembre de 2021. Vid. un análisis crítico sobre esta cuestión en DURÁN AYAGO, A., "El acceso al Registro Civil...", *ob. cit.*, ps. 271 y ss.

da en otro Estado alegando que ello vulneraría su orden público internacional? ¿Vulnera esta oposición al reconocimiento el derecho a la vida privada y familiar del menor? ¿Cuáles son los márgenes en los que es posible admitir la injerencia de los Estados?

Ha de tenerse en cuenta que la labor del TEDH es meramente interpretativa, esto es, sus sentencias no tienen fuerza ejecutiva directa, sino que han de ejecutarse por los órganos jurisdiccionales del Estado condenado, pero la impronta que tiene su interpretación en la configuración de un orden público internacional europeo es indiscutible (18).

El margen de apreciación es el ámbito en el que el TEDH se mueve para mejor evaluar, valorar o estimar la actuación de los Estados parte del Convenio (19). En términos generales, se puede convenir en que se trata del margen de maniobra que el Tribunal está dispuesto a otorgar a las autoridades nacionales para el cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del CEDH (20). Es una herramienta para buscar la ponderación y el equilibrio entre los derechos e intereses en juego (21).

A menor consenso entre las legislaciones de los Estados parte mayor margen de apreciación por parte de los Estados, o, dicho de otro modo, mayor posibilidad de utilizar el orden público internacional como vía para impedir el reconocimiento de las filiaciones habidas a través de gestación por sustitución en el extranjero, pero ese margen no puede ser ilimitado puesto que va a encontrar siempre el límite con otros intereses legítimos como puede ser, en el caso de la

(18) GONZÁLEZ BELFUSS, C., "Jurisprudencia del Tribunal Europeo...", *ob. cit.*, p. 219.

(19) Vid., MCGOLDRICK, "A defence of the margin of appreciation and an argument for its application by the Human Rights Committee", *ICLQ*, vol. 65, 2016, ps. 21—60; GREER, S., "The margin of appreciation: interpretation and discretion under the European Convention on Human Rights", *Human rights files*, nº. 17.

(20) MCGOLDRICK, "A defence of the margin...", *loc. cit.*, ps. 23-24; TUMAY, M., "The margin of appreciation doctrine developed by the case law of the European Court of Human Rights", *Ankara Law Review*, 2008, ps. 206-207.

(21) GODOY DOMÍNGUEZ, L. A., "La gestación por sustitución...", *ob. cit.*, p. 8.



gestación por sustitución, el interés superior del menor. En concreto, cuando un aspecto particularmente importante de la existencia o de la identidad del individuo está en juego, el margen dejado al Estado se encontrará de ordinario restringido.

## II.2. Asuntos resueltos y por resolver

II.2 a. Asuntos “Mennesson contra Francia”, de 26 de junio de 2014 (22) y “Labassee contra Francia”, de 26 de junio de 2014 (23). Mención a los asuntos “Foulon et Bouvet contra Francia”, 21 de octubre de 2016 (24) y “Laborie contra Francia”, de 19 de enero de 2017 (25)

Las dos primeras sentencias que se dictaron por el TEDH en esta materia (“Mennesson” y “Labassee”) han sentado una jurisprudencia que se ha seguido posteriormente en varios pronunciamientos (26). Se trataba de matrimonios heterosexuales de origen francés que ante la prohibición en Francia de la gestación por sustitución habían recurrido a dos estados de Estados Unidos en que esta práctica es legal (California y Minnesota, respectivamente). En la familia Mennesson nacieron dos niñas gemelas y una niña en la familia Labassee. En los dos casos el semen lo habían aportado los respectivos ma-

(22) Requête n° 65192/11. Accesible en MENNESSON c. FRANCE (coe.int), consultado el 9 de diciembre de 2021.

(23) Requête n° 65941/11. Accesible en LABASSEE c. FRANCE (coe.int), consultado el 9 de diciembre de 2021.

(24) Requêtes n° 9063/14 et 10410/14. Accesible en FOULON ET BOUVET c. FRANCE (coe.int), consultado el 16 de diciembre de 2021.

(25) Requête n° 44024/13. Accesible en HUDOC - European Court of Human Rights (coe.int), consultado el 17 de diciembre de 2021.

(26) FULCHIRON, H. / BIDAUD, C., "Transcription dans l'affaire Mennesson aujourd'hui. Et demain?", Recueil Dalloz, n°. 40, 2019, ps. 2228-2234; ID, "Ne punissez pas les enfants des fautes de leurs pères. Regard prospectif sur les arrêts "Labassée" et "Mennesson" de la CEDH du 26 juin 2014", Recueil Dalloz, n°. 31, 2014, ps. 1773-1782; FULCHIRON, H., "GPA: une nouvelle lecture à minima des arrêts Labassée et Mennesson", Droit de la Famille, n°. 5, 2016, ps. 52-55; D'AVOUT, L., "La "reconnaissance" de la filiation issue d'une gestation pour autrui à l'étranger, après les arrêts "Mennesson" et "Labassee": note sous CEDH 26 juin 2014 (2 arrêts)", Recueil Dalloz, n°. 31, 2014, ps. 1806-1810.

ridos y el óvulo procedía de donante. Aunque en los estados de Estados Unidos en que nacieron las niñas los padres intencionales constaban a todos los efectos como sus padres legales, en Francia se les denegó el acceso al Registro Civil por considerar que esto atentaba contra el orden público internacional francés. Aun así, habían podido vivir en Francia como verdaderas uniones familiares, aunque sin ser reconocidas las hijas como ciudadanas francesas. En ambos casos, los demandantes fueron los padres intencionales conjuntamente con sus hijas nacidas a través de gestación por sustitución.

El Tribunal constata que el margen de libertad de los Estados en lo relativo a la admisión de la gestación por sustitución y al reconocimiento de los vínculos de filiación entre los comitentes y los niños nacidos en el extranjero como consecuencia de esa técnica, es muy amplio, dada la falta de consenso europeo sobre tales cuestiones (27).

En Francia no se reconoce la filiación de las niñas nacidas a través de esta técnica ni se permite de ninguna manera, conforme a la legislación francesa, establecer de nuevo la filiación (ni impugnando la paternidad biológica, ni por posesión de estado, ni recurriendo a la adopción), en atención a lo dispuesto en el art. 16.7 del Código Civil, según el cual todo acuerdo de gestación por sustitución es nulo de pleno derecho.

En relación con el derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, y pese a la negativa de las autoridades francesas a inscribir a estas niñas como hijas de la pareja Mennesson/Labassee, se constata por parte del TEDH que habían vivido como familia *de facto* desde su nacimiento, por lo que no se considera que se haya vulnerado su derecho al respeto de su vida familiar (28).

(27) Asunto “Mennesson” (§ 78) y asunto “Labassee” (§ 47).

(28) En concreto, sostuvo que la injerencia del Estado francés en la vida privada de los recurrentes mediante su negativa a inscribir la filiación solicitada, se ajustó a lo establecido en el art. 8º, ya que se produjo de acuerdo con la ley y persiguió motivos legítimos (en concreto, "la protección de la salud", y "la protección de los derechos y las libertades de los demás", puesto que la finalidad de

Sin embargo, respecto del derecho de las hijas al respeto de su vida privada, al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento de la filiación conforme al derecho francés, teniendo en cuenta que los padres comitentes, eran además padres biológicos, el TEDH considera que Francia sobrepasó los límites permisibles de su margen de apreciación. Puesto que, aunque es lícito proponer la denegación del reconocimiento como vía para desincentivar este tipo de filiaciones, lo cierto es que en este caso quienes verían afectados sus intereses de manera efectiva serían las menores, en la medida en que no podría determinarse su identidad filial. Indeterminación que, además, lleva a privarles de la nacionalidad francesa y de todos los derechos que se derivan de ella, por lo que el Tribunal concluye que se ha vulnerado el derecho al respeto de la vida privada de las niñas (29).

Hay que tener en cuenta que el TEDH reconoce, como no podía ser de otro modo, el derecho que tienen todos los Estados a regular de la forma que consideren la gestación por sustitución (admitiéndola, prohibiéndola, ignorándola), pero también incide en que en este caso rechazar la filiación de los menores por el hecho de haber nacido a través de gestación por sustitución ignorando la paternidad biológica que en ambos casos existía es excederse en el proceder de valoración por parte de las autoridades francesas.

Estas consideraciones introducen un matiz muy relevante, porque ya en estas primeras sentencias afloraban una serie de dudas. Así, por ejemplo, ¿qué hubiera sucedido si las autoridades francesas sí hubieran aceptado desde el principio la paternidad biológica alegada y, por tanto, respecto del padre de origen francés hubiera quedado acreditada la filiación? ¿Qué sucedería respecto de la madre intencional que no aportó su óvulo ni gestó? ¿Podría en ese caso ella también quedar reconocida como madre legal, accediendo como tal al Registro Civil francés sin necesidad de realizar ningún trámite intermedio (adopción o posesión de es-

la prohibición de la maternidad subrogada es proteger a las gestantes y a los niños (§ 62 asunto “Mennesson” y § 54 asunto “Labassee”).

(29) Asunto “Mennesson” (§§ 99, 100 y 101).

tado)? O, ¿qué sucedería si ninguno de los padres intencionales hubiera aportado su material genético? Las preguntas no son baladíes, pues, dependiendo de una u otra respuesta, variaría el alcance de estas sentencias. Como iremos viendo, en los casos que ha ido resolviendo el TEDH desde entonces ha ido dando respuesta a estas cuestiones (30).

Incluso aunque no hayan podido formularse ante el TEDH, cabe deducir lo que hubiera resuelto este Tribunal en determinados casos. Así, por ejemplo, en el asunto resuelto por la sentencia del Tribunal Supremo español de 6 de febrero de 2014 (31), ya avanzamos entonces que España no habría sido condenada, puesto que por parte del Tribunal Supremo se consideró que era contrario al orden público internacional español el reconocimiento de la filiación de dos gemelos nacidos en California, hijos de un matrimonio español de varones, pero sí se permitía la nueva determinación de la filiación de estos niños conforme al derecho español, esto es, a través de la impugnación de la filiación biológica paterna y por la adopción por parte del otro miembro de la pareja (32).

La jurisprudencia establecida en los casos Mennesson y Labassee se ha reiterado en los asuntos “Foulon et Bouvet contra Francia”, 21 de octubre de 2016 y asunto “Laborie contra Francia”, de 19 de enero de 2017.

Los asuntos “Didier Foulon” y “Philippe Bouvet” fueron tramitados conjuntamente por su similitud. Por medio de gestación por sustitución nacieron en India una niña y una pareja de gemelos, respectivamente, y recibieron de las autoridades francesas sendas negativas a la transcripción de las actas de nacimiento, que culminaron en su confirmación por la Corte de Casación francesa. Los comitentes junto con sus

(30) DURÁN AYAGO, A., “Nota a las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, caso Mennesson c. France (n.º 65192/11) y caso Labassee c. France (n.º 65941/11), de 26 de junio de 2014”, *Ars Iuris Salmanticensis*, enero-junio 2014, vol. 2, diciembre 2014, 277-282.

(31) ECLI: ES:TS:2014:247, accesible en STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247 - Poder Judicial, consultado el 26 de diciembre de 2021.

(32) DURÁN AYAGO, A., “Nota a las Sentencias del Tribunal Europeo...”, *ob. cit.*, ps. 277-282.

hijos interpusieron demandas ante el TEDH, que fueron acumuladas y resueltas por una única sentencia del Tribunal. Por esa similitud con los asuntos “Mennesson” y “Labassee”, el TEDH no ve motivos para concluir de otro modo, y por ello falla en el mismo sentido que esas sentencias: no existe violación del art. 8º, CEDH respecto de los padres, pero sí respecto de los hijos.

En el asunto “Laborie”, una pareja heterosexual francesa tuvo a su hija a través de gestación por sustitución en Ucrania. Como en los supuestos anteriores, las autoridades francesas se niegan a reconocer el vínculo filial entre la niña y sus padres intencionales. El TEDH reitera su jurisprudencia indicando la vulneración del art. 8º, CEDH respecto de la niña.

En todos estos procedimientos el padre comitente era también padre biológico de los menores, cuestión esta a la que el TEDH ha anudado sus interpretaciones.

Se da la circunstancia, además, que en estos procedimientos se habían dictado sentencias nacionales definitivas denegando la inscripción de los certificados de nacimiento extranjeros y no existía la posibilidad de revisar tales decisiones en virtud de la jurisprudencia alumbrada en los casos Mennesson y Labassee, lo que se consideró contrario al CEDH. En 2016 se reformó el Código Procesal francés para introducir un recurso de revisión para aquellos supuestos relativos al estado civil de las personas en los que el TEDH hubiera constatado una violación de los derechos fundamentales protegidos por el CEDH (33).

II.2.b. Asunto “D. y otros contra Bélgica”, de 8 de julio de 2014 (34)

En este caso, un matrimonio belga recurrió a la gestación por sustitución en Ucrania (35).

(33) GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisprudencia del Tribunal Europeo...”, ob. cit., p. 223.

(34) Requête nº 29176/13. Accesible en D. ET AUTRES c. BELGIQUE (coe.int), consultado el 17 de diciembre de 2021.

(35) WELLS-GRECO, M. / DAWSON, H., “Inter-Country Surrogacy and Public Policy: Lessons from the European Court of Human Rights”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 16 (2014/2015), ps. 315-343.

Tras nacer su hija, solicitaron a la embajada de Bélgica en Kiev que expidiera un pasaporte belga para ella, que les fue denegado al requerirles la embajada que aportaran los documentos que confirmaran la relación filial con la niña. Ello hizo que tuvieran que dejar en Ucrania a su hija, al cuidado de una niñera durante tres meses, tiempo que tardaron en reunir los documentos para demostrar que el padre comitente era también padre biológico de la niña. Para los padres el haber estado obligados a estar separados de su hija durante este tiempo había supuesto un trato inhumano y degradante (art. 3º, CEDH).

Sin embargo, en este caso, el TEDH no aprecia que se haya vulnerado el art. 8º, CEDH ni tampoco el art. 3º. Considera que las autoridades belgas actuaron conforme a derecho, puesto que su actuación estaba justificada en atención a prevenir el tráfico ilegal de niños. En concreto, sostiene que la denegación de la documentación de viaje constituye una injerencia en la vida familiar y privada, pero se entiende que: a) dicha medida está prevista en la ley, y b) estaría justificada, pues, al solicitar información suplementaria acerca de la filiación de la niña, el Estado belga estaría persiguiendo la finalidad legítima de prevención de ilícitos penales en el contexto de la lucha contra el tráfico de personas. La medida se justificaría además por la necesidad de protección de los derechos de la gestante y la niña (36).

En relación con la separación, reconoce su dureza, pero sostiene que fue breve y que durante ella los comitentes pudieron desplazarse en dos ocasiones a Ucrania (37), teniendo en cuenta, además, que los comitentes habían realizado consultas previas con abogados belgas y ucranianos por lo que podrían haber previsto las dificultades que se generarían. Considera, además, que el tiempo transcurrido hasta obtener el pasaporte había sido atribuible, al menos en parte, a los propios demandantes, ya que no habían presentado pruebas suficientes en primera instancia para demostrar sus vínculos biológicos con la menor.

(36) GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisprudencia del Tribunal Europeo...”, ob. cit., p. 224.

(37) Asunto “D. y otros contra Bélgica” (§ 55).

II.2.c. Asunto “Paradiso y Campanelli contra Italia”, de 24 de enero de 2017 (38)

Este caso afectó a un matrimonio heterosexual italiano que recurrió a la gestación por sustitución en Rusia (39). De este proceso nace un niño que las autoridades italianas no reconocen como hijo de la pareja, pues ya en Italia, en el momento de la inscripción en el Registro Civil, reparan en que la documentación aportada contiene varias falsedades, por lo que se inicia por la Fiscalía un procedimiento para declarar al menor en desamparo. El niño fue acogido por los servicios de protección de menores italianos y posteriormente dado en adopción. Se da la circunstancia de que, aunque el Sr. Campanelli había aportado su semen a la clínica para la inseminación, finalmente no se utilizó, por lo que no existe vínculo biológico con el niño, algo en lo que ha venido haciendo hincapié el Tribunal en sus sucesivas sentencias (40). Además, se considera que no había surgido vínculo afectivo

(38) Requête n.º 25358/12. Accesible en PARADISO ET CAMPANELLI c. ITALIE (coe.int), consultado el 18 de diciembre de 2021.

(39) Vid. BEAUMONT, P. Y TRIMMINGS, K., “The European Court of Human Rights in Paradiso and Campanelli v. Italy and the Way Forward for Regulating Cross-Border Surrogacy”, Centre for Private International Law Working Paper Series, Aberdeen, núm. 3, 2017, ps. 8 y 9, accesible en CPIL Working Paper No 2017\_3.pdf (abdn.ac.uk), consultado el 20 de diciembre de 2021; FARNÓS AMORÓS, E., “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, Revista de Bioética y Derecho, núm. 40, 2017, ps. 231-242; HONORATI, C., “Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente”, accesible en honorati.pdf (forumcostituzionale.it), consultado el 20 de diciembre de 2021; MONTERONI, J., “Paradiso, Campanelli y un contrato internacional de maternidad subrogada ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Prudentia Iuris, n.º 80, 2015, ps. 273-279; RUIZ MARTÍN, A. M., “El caso Campanelli y Paradiso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: el concepto de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución”, Cuadernos de Derecho Transnacional (octubre 2019), vol. 11, n.º 2, ps. 778-791.

(40) Vid. PRETELLI, I., “Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution”, Revue Critique de Droit International Privé, vol. 104, núm. 3, 2015, ps. 559-578, que señala que la separación de comitentes y niño en supuestos en los que no existe vínculo genético parece no ser una medida inhabitual.

entre los comitentes y el niño, pues se les retiró con muy poco tiempo de vida (ocho meses).

Teniendo en cuenta la ausencia de todo vínculo biológico entre el niño y los padres intencionales, la corta duración de la relación con el niño y la inseguridad de los vínculos desde una perspectiva legal, a pesar de la existencia de un proyecto parental y la cualidad de los vínculos emocionales, cabe entender que las condiciones que permiten concluir que existió una vida familiar de facto no se han producido, y, por tanto, no ha habido en este caso una vida familiar. En concreto, el Tribunal considera que las autoridades italianas han actuado conforme al Convenio, no habiendo vulnerado en consecuencia su art. 8º debido a que:

1) Aunque la ruptura de la relación entre el matrimonio Paradiso-Campanelli y el niño no era directamente imputable a aquellos, sin embargo, fue consecuencia de una situación de inseguridad jurídica creada por ellos mismos, al llevar a cabo una conducta contraria al derecho italiano (41).

2) Dada la ausencia de vínculos biológicos entre los recurrentes y el niño, y la corta duración de la convivencia, no se cumplían las condiciones requeridas para entender que existía entre ellos vida de familia en el sentido del art. 8º, CEDH (42).

3) Las medidas adoptadas por el Estado italiano supusieron una injerencia en la vida privada de los recurrentes, pero se trató de una injerencia realizada conforme a las exigencias del art. 8º, CEDH —de acuerdo con la ley, para obtener finalidades legítimas y necesaria en una sociedad democrática para lograr dichas finalidades— (43).

4) No es tarea del TEDH sustituir los criterios de las autoridades nacionales por los suyos propios, en orden a la determinación de la políti-

(41) Asunto “Paradiso y Campanelli” (§ 157).

(42) Asunto “Paradiso y Campanelli” (§ 157).

(43) Asunto “Paradiso y Campanelli” (§§ 173-174, 178).

ca más apropiada para regular la gestación por sustitución (44).

5) La argumentación de la Gran Sala menciona recurrentemente la ilegalidad de la conducta desarrollada por el matrimonio Paradiso-Campanelli, a la que eran imputables los problemas surgidos, y justifica las decisiones de los Tribunales italianos dirigidas a proteger la legalidad nacional (45).

Además, el TEDH consideró que, habida cuenta de que no existía un vínculo genético entre el niño y los demandantes ni la autorización de un representante legal del niño, los demandantes carecían de legitimación para representar al niño ante los tribunales (46).

No obstante, este caso fue controvertido, puesto que primero se resolvió por la sección segunda del Tribunal el 27 de enero de 2015, considerando que Italia había vulnerado el art. 8º (47) y luego fue llevado por Italia a la Gran Sala que en una votación de 11 contra 6 adoptó la postura contraria, contando además con un voto disidente al parecer de la Gran Sala.

II.2.d. Asunto “C. y E. contra Francia”, de 19 de noviembre de 2019 (48) y asunto “D. contra Francia”, de 16 de julio de 2020 (49)

En el asunto “C. y E. contra Francia” se resuelven conjuntamente dos casos: de un lado, en el caso C., se trataba de una pareja francesa y su hijo nacido en Florida a través de gestación por sustitución y en el E., también era una pareja francesa y sus tres hijos nacidos en Ghana por gestación por sustitución. En casos asuntos, el

(44) Asunto “Paradiso y Campanelli” (§ 180).

(45) Asunto “Paradiso y Campanelli” (§§ 133, 147, 157, 209 entre otros).

(46) GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Jurisprudencia del Tribunal Europeo...”, ob. cit., p. 225.

(47) Requête n° 25358/12, accesible en PARADISO AND CAMPANELLI v. ITALY (coe.int)

(48) Requetes n° 1462/18 y 17348/18. Accesible en C ET E c. FRANCE (coe.int), consultado el 18 de diciembre de 2021.

(49) Requête n° 11288/18. Accesible en D c. FRANCE (coe.int), consultado el 18 de diciembre de 2021.

Tribunal declaró inadmisibles las dos demandas por estar manifiestamente infundadas (50).

Se pretendía que se transcribieran los certificados registrales de nacimiento de los niños al Registro civil francés, incluida la filiación de la madre intencional, que no había aportado material biológico. Los respectivos padres intencionales sí lo habían aportado.

El TEDH consideró que la negativa de las autoridades francesas no era desproporcionada, ya que la legislación nacional ofrece la posibilidad de reconocer la relación entre los hijos solicitantes y su futura madre por medio de adopción del hijo del cónyuge. El Tribunal también señaló que el tiempo medio de espera para una decisión fue de solo 4,1 meses en el caso de adopción total y 4,7 meses en el caso de adopción simple.

Por su parte, en el caso D. contra Francia, los demandantes son una pareja francesa y su hija, nacida por gestación por sustitución, en Ucrania (51).

Se pretendía igualmente que se transcribiera directamente la filiación de la madre intencional, que había aportado material biológico, al igual que el padre comitente al Registro Civil francés, a través de una transcripción de actas registrales.

La primera negativa a practicar la inscripción respecto de la madre de intención se basó en la tradicional comprensión de la normativa francesa (art. 47 del Code Civil), según la cual la transcripción de las actas de estado civil extranjeras no se produce si “los actos que en ella se declaran no se corresponden con la realidad”. En este

(50) MARGUÉNAUD, J. P., “La reconnaissance par la voie de l’adoption de l’enfant du conjoint du lien de filiation entre l’enfant né à l’étranger d’une GPA et la mère d’intention”, Revue trimestrielle de droit civil, 2020, n° 2, ps. 333 y ss.

(51) Vid., ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “Una nueva entrega sobre la gestación por sustitución en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el ejemplo de la jurisprudencia francesa”, Revista de Derecho Civil, vol. VIII, núm. 2 (abril-junio, 2021) Ensayos, ps. 193-219; MARGUÉNAUD, J. P., “La reconnaissance par la voie de l’adoption de l’enfant...”, ob. cit., ps. 333 y ss.

caso, insistían en que, en el derecho francés, la maternidad se determina por el parto.

Al igual que en los dos casos anteriores, se consideró por el TEDH que no había violación del art. 8º, CEDH porque la madre tenía posibilidad de constituir una adopción sobre su hija.

Estos asuntos recibieron una respuesta particularizada en el primer dictamen consultivo que el TEDH dictó sobre la base del Protocolo nº 16 del CEDH, que más adelante analizaremos.

II.2.f. Asunto “Valdís Fjölnisdóttir y otros contra Islandia”, de 18 de mayo de 2021 (52)

En este caso, las demandantes eran una pareja de mujeres y el hijo de ambas. Habían recurrido a la gestación por sustitución para tener a su hijo, nacido en EE. UU (53).

Pese a que Islandia no reconoce el vínculo filial entre la pareja y el niño, habían vivido como familia, pues el niño fue dado en acogimiento a la pareja. Cuando la pareja se divorcia, se establece régimen de acogimiento compartido.

Por parte del TEDH se considera que no se ha vulnerado el art. 8º, CEDH, tampoco respecto del niño, al no existir vínculo biológico de este con ninguna de las madres comitentes. Por otro lado, al haberse reconocido la nacionalidad islandesa, se considera que sus derechos básicos no quedan afectados.

Es destacable el voto particular que formuló en esta sentencia el juez P. Lemmens. A su juicio, es importante desmitificar la relevancia del vínculo genético para apreciar el interés del menor, así como también para que los Estados ha-

biliten la vía oportuna para que el menor pueda vivir con los comitentes. Señala que el impacto negativo de la falta de reconocimiento de la filiación surgida como consecuencia de la maternidad es igual para todos los niños nacidos por gestación por sustitución en el extranjero con independencia de si existe o no vínculo biológico con los comitentes. Añade además que, aunque la adopción es un medio alternativo de normalizar tales relaciones en un Estado, no siempre ofrece una solución válida, como así ocurre en el presente caso, puesto que, al divorciarse las comitentes, la adopción conjunta no era una posibilidad factible para ellas.

II.2.g. “Schlittner-Hay contra Polonia”, de 16 de noviembre de 2021 (54)

Se dirime en este asunto si la negativa por parte de Polonia a conceder la nacionalidad polaca a dos niños nacidos a través de gestación por sustitución en Estados Unidos, hijos de una pareja del mismo sexo viola los arts. 8º y 14, CEDH, este último referido a la prohibición de discriminación.

Los padres de los solicitantes, hermanos gemelos que tenían doble nacionalidad israelí y norteamericana y vivían en Israel, eran una pareja del mismo sexo, quienes en 2010 tuvieron a sus hijos a través de un acuerdo de gestación por sustitución. Los solicitantes fueron confirmados como hijos de sus padres por el Tribunal Superior de California.

Uno de los padres contaba además con la nacionalidad polaca por lo que instan a las autoridades polacas a que otorguen la nacionalidad a sus hijos, pero Polonia se negó por haber nacido en una pareja del mismo sexo.

El TEDH declaró la inadmisibilidad de las demandas, al considerar que no existía fundamento fáctico para concluir que existió una injerencia en el derecho al respeto a la vida privada y familiar en este caso. Si bien reconoció, en particular, que las demandantes no tendrían la ciudadanía polaca y europea como resultado de esas decisiones, señaló que seguirían disfru-

---

(52) Requête nº 71552/17. Accesible en “Valdís Fjölnisdóttir and others v. Iceland” (coe.int), consultado el 18 de diciembre de 2021.

(53) Vid. MARCHAL ESCALONA, N., “La última y novedosa decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la maternidad subrogada”, LegalToday, 26 de julio de 2021, accesible en La última y novedosa decisión del tribunal europeo de derechos humanos sobre la maternidad subrogada - LegalToday, consultado el 23 de diciembre de 2021; BRACKEN, L., “Cross-Border Surrogacy Before the European Court of Human Rights: Analysis of Valdís Fjölnisdóttir And Others v Iceland”, European Journal of Health Law, 2021.

---

(54) Requetes nº 56846/15 y 56849/15. Accesible en S.-H. v. POLAND (coe.int), consultado el 18 de diciembre de 2021.

tando de la libre circulación en Europa. Para el Tribunal, aunque quedó constatado que las autoridades polacas se habían negado a dar efecto a los certificados de nacimiento extranjeros que establecían la relación legal entre padres e hijos entre los solicitantes y su padre biológico, sin embargo, consideró que este vínculo estaba reconocido en Israel que es el país donde la familia reside.

Parece deducirse entonces que esta familia debería trasladarse a Polonia o a cualquier país europeo para que se hiciera evidente el daño que ese no reconocimiento producía a sus hijos. Es, a mi juicio, una resolución injustificable. El privar a dos niños de una nacionalidad por el mero hecho de no admitir su filiación es cuanto menos discriminatorio. Volveremos sobre este asunto más adelante poniéndolo en relación con jurisprudencia reciente del TJUE.

II.2.h. Opinión consultiva relativa al reconocimiento en la legislación nacional de una relación legal entre la madre comitente y el hijo nacido a través de gestación por sustitución (solicitada por el Tribunal de Casación en Francia) (55)

La Corte de casación francesa, en el marco del Protocolo nº 16 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (56), planteó al TEDH si excede el margen de apreciación que tienen los Estados parte del CEDH si se niega a transcribir en el cer-

tificado de nacimiento del niño la filiación de la madre de intención como madre legal del niño, mientras que fue admitida la transcripción del padre de intención, que, por otro lado, era padre biológico del menor, y se pregunta si para que la madre de intención pueda transcribirse en el acta de nacimiento como madre legal es preciso que haya aportado sus gametos. En la segunda pregunta, y para el caso de repuesta afirmativa a cualquiera de las dos previas cuestiones, se inquiera al TEDH si la posibilidad para la madre de intención de adoptar al hijo de su cónyuge, padre biológico del niño, que constituye un medio para establecer la filiación, cumple con las exigencias establecidas en el art. 8º, CEDH.

La Gran Sala del TEDH ha resuelto que el derecho al respeto de la vida privada de un nacido en el extranjero exige que la ley nacional (sic) ofrezca la posibilidad de reconocer la relación de filiación entre este niño y la madre de intención, designada en el certificado de nacimiento en el extranjero como la "madre legal". Pero no exige que este reconocimiento se realice mediante la transcripción en el Registro Civil del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero. Puede hacerse por otros medios, como la adopción del niño por la madre de intención, siempre que los procedimientos previstos por la ley nacional garanticen eficacia y rapidez, de conformidad con el interés del niño.

#### II.2.i. Solicitudes pendientes

- "A. M. contra Noruega" (núm. 30254/18) (57)

Se trata de una solicitud comunicada al Gobierno de Noruega el 6 de septiembre de 2019. Este caso se refiere a una madre intencional a la que se le ha impedido legalmente adoptar u obtener derechos de visita con respecto a un niño nacido a través de un acuerdo de gestación por sustitución en el extranjero.

La demandante, una mujer noruega, junto con un hombre noruego (E. B.), celebraron un acuerdo de gestación por sustitución con una mujer que vive en los Estados Unidos. Un tribunal de distrito de Estados Unidos reconoció a la

(55) Request nº P16-2018-001. Accesible en Advisory opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother (coe.int), consultado el 18 de diciembre de 2021.

(56) Vid. DURÁN AYAGO, A., "Protocolo nº 16 al Convenio europeo de Derechos Humanos y Gestación por sustitución: primera consulta planteada por la Corte de Casación francesa y primera respuesta para seguir sin desbrozar del todo el camino", Revista General de Derecho Europeo, 2019, ps. 132-149; WEISS, A., "Menesson v France and Advisory Opinion concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child Relationship between a Child Born through a Gestational Surrogacy Arrangement Abroad and the Intended Mother", Statelessness & Citizenship Rev., 2019, vol. 1, ps. 343 ss.; MARGARIA, A., "Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is 'New'? The ECtHR's First Advisory Opinion", Medical Law Review, vol. 28, Issue 2, Spring 2020, ps. 412—425.

(57) Accesible en A.M. v. Norway (communicated case) (coe.int), consultado el 18 de diciembre de 2021.

solicitante como madre legal del niño que naciera sobre la base de ese acuerdo.

Posteriormente se concibió un niño, utilizando espermatozoides de E. B. y un óvulo de una donante desconocida. Después de regresar a Noruega, E. B. se negó a permitir que la solicitante viera al niño. La solicitante presentó una demanda civil, solicitando que se reconociera su estado parental bajo la ley estadounidense en Noruega, o que se le permitiera adoptar, o que E. B. recibiera la orden de permitirle ver al niño. Los tribunales nacionales determinaron que no había base legal para ninguna de estas reclamaciones.

La demandante considera que se trata de una injerencia injustificada en su vida privada y familiar. También sostiene que no existe una base objetiva o justificable para tratarla de manera diferente a las personas que estaban cubiertas por la Ley Provisional sobre la transferencia de la paternidad de los hijos en Noruega nacidos en el extranjero por gestación por sustitución.

- "A. L. contra Francia" (núm. 13344/20) (58)

En este asunto debe valorarse si se violado el art. 8º, CEDH en relación con la negativa a establecer la paternidad entre el solicitante y su hijo biológico, nacido a través de gestación por sustitución en Francia, después de que el niño fuera encomendado por la gestante a otra pareja distinta de los comitentes.

### III. Tendencias que marcan el camino

Hay que reseñar el hecho de que el TEDH no tiene competencia para reconocer o prohibir la gestación por sustitución. De hecho, en ninguna de sus sentencias entra a valorar la legalidad de los contratos de gestación por sustitución. No es esa su función. Los Estados parte del CEDH son soberanos para legislar como consideren oportuno sobre estos contratos y también sobre sus efectos. En estos momentos, la variedad normativa que existe al respecto es evidente. Ya en una de sus primeras sentencias (Labassee) realizó un análisis de derecho comparado en que se daba cuenta de esta diversidad, lo que implica ser meticuloso a la hora de valorar el margen de

(58) Accesible en A. L. c. FRANCE (coe.int), consultado el 18 de diciembre de 2021.

apreciación de los Estados y el grado de injerencia que es posible soportar para no vulnerar el derecho a la vida privada y familiar de los individuos.

La primera tendencia que se observa del análisis de los casos resueltos por el TEDH es el reconocimiento de la vulneración del art. 8º, CEDH respecto de los niños nacidos por gestación por sustitución, solo si uno de los comitentes ha aportado material biológico. Esto es, respecto a la inscripción de certificados de nacimiento o decisiones judiciales extranjeras, el margen de apreciación del que disponen los Estados contratantes no permite denegar el establecimiento de la filiación paterna cuando existe un vínculo genético entre el niño y el comitente, pues se ve afectado el derecho a la vida privada del niño, que comprende, en particular, su derecho a la identidad (asuntos "Mennesson", "Labassee", "Foulon et Bouvet" y "Laborie") (59). Si no existe componente biológico, no reconoce que se vulnere el art. 8º si no se ha autorizado el reconocimiento de la filiación en el Estado de acogida ("Paradiso" y "Valdis Fjölfnisdóttir").

Pero se aprecia una amplia interpretación del margen de apreciación de los Estados, pues en la mayoría de los casos remite a que la filiación sea de nuevo constituida en el Estado de residencia de los comitentes, fundamentalmente respecto de la madre comitente, a través del mecanismo de la adopción, principalmente (asuntos "C. y E., D." y Opinión consultiva).

Y no acoge, al menos de momento, el método de reconocimiento de situaciones jurídicas que, a mi juicio, es la única técnica para garantizar en su integridad el art. 8º, CEDH, esto es, que la filiación acreditada legalmente en el Estado de nacimiento del niño debe ser reconocida en cualquier otro Estado ("Schlittner-Hay"). Como veremos en el siguiente epígrafe, quizás el Tribunal de Justicia de la Unión Europea le ayude a transitar el camino (60).

(59) GONZÁLEZ BEILFUSS, C., "Jurisprudencia del Tribunal Europeo...", ob. cit., p. 228.

(60) La jurisprudencia del TEDH ha influido en las actuaciones de los Estados parte. Así, por ejemplo, en Francia, Estado que más veces ha sido condenado en esta materia, el Pleno de la Corte de Casación anuló a través de dos sentencias de 3 de julio de 2015 (nºs 14-21.323 y



#### IV. La ayuda adyacente: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y la sentencia “Pancharevo”

El TJUE está llamado a desempeñar un papel fundamental en esta materia. Si bien su objetivo es interpretar con carácter vinculante todos los textos normativos elaborados en el seno de la Unión Europea con el objetivo de alcanzar una aplicación uniforme en los distintos Estados miembros, lo que es particularmente necesario en el sector de la cooperación transfronteriza en materia civil en la que se incardina el derecho internacional privado, lo cierto es que sobre la base del principio de reconocimiento mutuo y al amparo de la libre circulación de personas en la Unión Europea se pueden dar pasos que profundicen en la idea de que solo respetando las situaciones jurídicas creadas, particularmente aquellas que tienen que ver con el estado civil de las personas y con el estatuto familiar, se pueden garantizar los derechos humanos que a ellas asisten (61).

El 14 de diciembre de 2021, el TJUE dictó una sentencia trascendental en el asunto C-490/120, “Pancharevo”, que va en esta línea y que por ello debe ser muy bienvenida (62). La cuestión controvertida en este caso era si Bulgaria podía negarse a expedir el documento de identidad a una niña, hija de una mujer de nacionalidad búlgara casada con otra mujer de nacionalidad británica, niña que constaba inscrita en el Registro Civil español, por haber nacido en España, como

15-50.002), las decisiones de instancia que impedían el acceso al Registro civil de nacimientos que constaban en certificaciones extranjeras en los que se acreditaba que el padre intencional era también el padre biológico.

(61) Vid. DURÁN AYAGO, A., “Libre circulación de personas (y familias) y método de reconocimiento de situaciones jurídicas: un camino inacabado», en KEMEL-MAJER DE CARLUCCI, A. / MOLINA DE JUAN, M. (dras.), Paradigmas y desafíos del Derecho de las Familias, Niñez y Adolescencia, Ed. Rubinzal Culzoni, Argentina, 2019, ps. 263-285; ID., “Libre circulación de personas y familias en un mundo globalizado: cuestiones por resolver desde la perspectiva de los Derechos humanos”, en SANZ MULAS, N. (dra.), Los Derechos Humanos 70 años después de la Declaración Universal, Tirant Lo Blanch, 2019, ps. 75-99.

(62) ECLI:EU:C:2021:1008. Accesible en CURIA - Documentos (europa.eu), consultado el 22 de diciembre de 2021.

hija de ambas. Las autoridades búlgaras insistieron en requerir una prueba biológica para saber quién era la madre biológica de la menor, para expedir un certificado de nacimiento, cuestión necesaria para poder tramitar el documento de identidad, no admitiendo la transcripción de la certificación registral española que las solicitantes presentaron. El municipio de Sofía argumentó a este respecto que el modelo de certificado de nacimiento en vigor en Bulgaria prevé una única casilla para la “madre” y otra para el “padre”, y tan solo podía inscribirse un nombre en cada una de las casillas. Desde la perspectiva búlgara, la mención en un certificado de nacimiento de dos progenitores de sexo femenino era contraria a su orden público, que no permite los matrimonios entre personas del mismo sexo. Las recurrentes consideraron que era discriminatorio esta petición de prueba biológica y que además vulneraba la libre circulación de personas en la Unión Europea.

La Gran Sala del TJUE interpretando los arts. 20 y 21 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (63) y los arts. 7°, 24 y 45 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (64), considera que en el caso de un menor ciudadano de la Unión cuyo certificado de nacimiento expedido por las autoridades competentes del Estado miembro de acogida designa como progenitores a dos personas del mismo sexo, el Estado miembro del que el menor es nacional está obligado, por una parte, a expedirle un documento de identidad o un pasaporte sin exigir para ello la expedición previa de un certificado de nacimiento por sus autoridades nacionales, y, por otra parte, a reconocer, al igual que cualquier otro Estado miembro, el documento procedente del Estado miembro de acogida que permita al menor ejercer con cada una de sus madres su derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

(63) Diario Oficial de la Unión Europea, C 326, de 20 de octubre de 2012, accesible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES>, consultado el 22 de diciembre de 2021.

(64) Diario Oficial de la Unión Europea, C 364, accesible en [text\\_es.pdf \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:12012E/TXT&from=ES), consultado el 22 de diciembre de 2021.

Precisa además que aunque es cierto que el estado civil de las personas es competencia de los Estados miembros, que disponen de libertad para contemplar o no el matrimonio entre personas del mismo sexo en su derecho nacional, así como la parentabilidad de estas, cada Estado miembro debe respetar el derecho de la Unión al ejercitar dicha competencia y, en particular, las disposiciones del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea relativas a la libertad de circulación y de residencia de los ciudadanos de la Unión, reconociendo para ello el estado civil de las personas establecido en otro Estado miembro de conformidad con el derecho de este. Este proceder no vulnera la identidad nacional ni amenaza al orden público de dicho Estado miembro, porque esta obligación no supone que el Estado miembro de que se trate contemple en su derecho nacional la parentabilidad de personas del mismo sexo, ni que se reconozca, con fines distintos del ejercicio de los derechos que el derecho de la Unión confiere a la menor, el vínculo de filiación entre ella y sus madres mencionadas como progenitoras en el certificado de nacimiento emitido por las autoridades del Estado miembro de acogida.

Esta sentencia supone la constatación de lo que más pronto que tarde comenzará a ser tendencia y considero que puede ayudar al TEDH a ir afinando su jurisprudencia. El que la acción del TJUE se limite a la Unión Europea no impide para que el TEDH esté atento a la evolución de su jurisprudencia. Y es que, como hemos sostenido en otras ocasiones (65), el principio de reconocimiento mutuo y el método de reconocimiento de situaciones jurídicas son dos partes del mismo todo. Se trata de reconocer la situación ya creada en un Estado en cualquier otro en que deba surtir efectos, sin que el orden público internacional del Estado requerido pueda constituirse en un obstáculo. La lógica de la libre circulación de personas en la Unión Europea no es más que la destilación del derecho humano a ser considerado personal y familiarmente como lo que se es en cualquier Estado del mundo.

En los asuntos tratados y resueltos por el TEDH se incide en que el Estado parte del

CEDH no puede obstaculizar el reconocimiento de la filiación ya acreditada en el extranjero porque vulneraría el derecho que tiene el niño a su identidad filial y personal, pero sigue haciendo hincapié en el hecho biológico, como si ello fuera indispensable para garantizar este reconocimiento. Siguiendo la jurisprudencia del TJUE en el asunto "Pancharevo", el reconocimiento no derivaría de un hecho biológico, ni pasa por exigir una nueva determinación de la filiación, como el Tribunal Supremo español vino a exigir en su sentencia de 6 de febrero de 2014 (66), sino simple y llanamente en el reconocimiento de la relación jurídica creada conforme al derecho de otro Estado. Es tan simple como eso.

En el asunto "Schlittner-Hay", el TEDH no entra a valorar si Polonia ha vulnerado el art. 8º al no permitir constatar en ese país la filiación de un niño nacido en Estados Unidos a través de gestación por sustitución, residente en Israel, con componente biológico del padre comitente que tenía además de la nacionalidad israelí también la polaca. Como ya adelanté, considero que en esta sentencia el TEDH no ha estado atinado, puesto que se otorga a Polonia un margen de discrecionalidad muy amplio, valorándose que no ha habido injerencia en la vida de este niño por no reconocérsele la nacionalidad polaca, en la medida en que no vivía en Polonia ni en ningún otro Estado de la Unión Europea. En este caso, el componente europeo del asunto nos hace preguntarnos acerca de si la respuesta que hubiera podido dar el TJUE hubiera sido otra. Y aquí surge un aspecto importante que debe tenerse en cuenta para abordar estos casos en el futuro, y es el distinto ámbito de actuación de TEDH y TJUE. Pues, en principio, la actuación del TJUE, sobre la base del principio de reconocimiento mutuo, solo estaría garantizada en el caso de que la filiación se hubiera acreditado de origen en un Estado miembro de la Unión Europea y se quisiera que se reconociera en otro Estado de la Unión. En el asunto "Schlittner-Hay", la filiación se ha acreditado en el Estado de origen de nacimiento del niño (Estados Unidos) y en el Estado en el que reside la familia (Israel). El componente europeo en el origen, en tanto autoridad interviniente en la constatación/re-

---

(65) DURÁN AYAGO, A., "Libre circulación de personas (y familias) y método de reconocimiento de situaciones jurídicas...", loc. cit., p. 263-285.

---

(66) ECLI: ES:TS:2014:247, accesible en STS 247/2014 - ECLI:ES:TS:2014:247 - Poder Judicial, consultado el 26 de diciembre de 2021.

conocimiento de la filiación no es europea, por lo que, *a priori*, el respeto de la ley de origen, en tanto base del reconocimiento mutuo, no estaría en cuestión. Por lo que el ámbito en que debería haberse resuelto favorablemente es el que coincide con la acción del TEDH.

No es posible entender el actuar del TEDH en este caso, en el que se separa de la jurisprudencia “Mennesson”, “Labasee”, “Foulon et Bouvet” y “Laborie” contra Francia. Aunque la familia no residiera en Polonia ello no es obstáculo para entender que Polonia ha impedido acreditar la filiación en ese país, cuestión previa para la obtención de la nacionalidad polaca.

### V. Esbozo de conclusiones

En los últimos años, el TEDH se ha convertido en un actor protagónico en los casos de gestación por sustitución. No tanto por tener que conocer sobre los requisitos de los acuerdos de gestación por sustitución en sí, como por sus efectos, esto es, por la acreditación del vínculo de filiación generado por estos contratos. Los asuntos que ha resuelto hasta el momento tienen todos el componente internacional. La filiación se había acreditado en un Estado en que esta práctica estaba regulada y se pretendía reconocer en otro Estado, miembro del CEDH, que se negaba a ello.

La interpretación que del art. 8° ha venido haciendo el TEDH puede decirse que es conservadora, puesto que únicamente reconoce que se vulnera este derecho respecto del niño y solo en la medida en que el padre comitente haya aportado también su material biológico. Solo en este caso considera que el interés superior del menor no queda asegurado si no se reconoce la filiación. Por lo que en estos momentos el TEDH no opta por la aplicación del método de reconocimiento de situaciones jurídicas.

Como apunta E. Lamm, el interés superior del menor solo puede quedar garantizado si se reconoce la filiación del niño desde su nacimiento sobre la base de la autonomía de la voluntad procreacional de ambos comitentes o del comitente, sin supeditarla a la comprobación de ningún vínculo genético y sin hacer distinciones según que este haya sido o no aportado. Incluso aunque pudiera exigirse que al menos uno de los comitentes aporte su material genético, ello solo debiera ser a los efectos de acceder a la gestación por sustitución, no a los efectos de establecer la filiación (67).

Ya el voto particular del juez Lemmes en el asunto “Valdís Fjölnisdóttir” se manifestó en este sentido. Hay que desmitificar la importancia del vínculo biológico, porque a la postre, esto solo perpetua una discriminación entre los niños según su origen. Además, respecto de la madre comitente, abocarla a una nueva determinación de la filiación supone introducir una inseguridad innecesaria, sin tener en cuenta además que no siempre habrá medios en el Estado en el que se pretende el reconocimiento para una nueva determinación de la filiación conforme a la ley de ese Estado. Así, por ejemplo, cuando no quepa la adopción conjunta, si en el intervalo los comitentes se han divorciado o si la diferencia de edad entre comitente y el niño no permite su adopción.

La estabilidad del estado civil exige un tratamiento más ambicioso. Únicamente cuando se sea capaz de afrontarlo estaremos en situación de reconocer que los derechos humanos de los niños que nacen a través de gestación por sustitución quedan garantizados. El resto, es dar vueltas siempre en torno al mismo círculo vicioso.

(67) LAMM, E., "Gestación por sustitución. La importancia de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos humanos y su impacto", *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 2, diciembre 2014, ps. 47.

# Inteligencia artificial y derecho en la era digital

Evelyn Téllez Carvajal (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Derecho informático en la formación del abogado en la era digital.— III. IA y derecho.— IV. Derechos humanos y TIC.— V. Conclusiones.

## I. Introducción

Existen un sinnúmero de temas alrededor de las tecnologías de la información y la comunicación y el derecho. Hoy en día, por ejemplo, es común encontrar temas relacionados a la protección de datos personales en medios digitales, es relevante dar a conocer cómo mantener la anonimidad de los sujetos y no violentar su derecho a la privacidad, o bien, el tema de la propiedad intelectual en Internet y sus violaciones constantes como las descargas de música o la utilización de videos o imágenes sin el pago de las licencias o permisos correspondientes. También podrían mencionarse los riesgos y vulnerabilidades existentes a través de los sistemas informáticos que permiten ataques conocidos como “hackeos” o bien el desarrollo cada vez más especializado de ataques conocidos como ciberataques que han alcanzado incluso a los satélites que se encuentran en orbitas espaciales y que nos llevan a repensar conceptos como la guerra ante la ciberguerra, la diplomacia frente a la ciberdiplomacia o la ciudadanía frente a la ciudadanía digital.

Los científicos sociales, y en particular los licenciados en Derecho, han llegado a los temas tecnológicos prácticamente por casualidad, ya sea porque hay que trabajar contratos específicos en una oficina de transferencia de tecnología o bien porque el cliente ha llegado con una consulta que involucra estos temas y que el abo-

gado con una formación tradicional no sabe cómo atender y comienza a buscar información específica en los buscadores más utilizados e incluso consultando las preguntas y respuestas de otros sitios en la red.

Sea cual sea la manera en que las TIC llegan a la vida de los juristas, en la mayoría de los casos no ha sido por elección, al menos no cuando nos referimos a aquellos juristas que forman parte de la generación de los llamados Generación Z y mucho menos de los que pertenecen a la generación *baby boomers*. Mas, como se ha señalado, poco a poco la realidad nos ha lanzado a la necesidad de conocer y atender los retos que presenta el derecho en la era digital.

En principio, para contextualizar la situación actual del derecho en la era digital es menester reconocer la situación que se enfrenta en los ámbitos de formación de los abogados especialmente en el derecho informático. Cómo se encuentran hoy reguladas las distintas temáticas de los entornos digitales, y sobre todo si el legislador, y los juristas comprenden la materia de discusión y debate ante los retos legales que se imponen con los avances tecnológicos, en particular en el caso que nos ocupa la IA.

Enseguida se exponen algunos aspectos de la informática jurídica, es decir, esta parte de la informática que permite la automatización de procesos en las funciones jurídicas como es el uso de sistemas predictivos que puedan ser utilizados por jueces en su análisis de pruebas, revisión de criterios jurisprudenciales y hasta niveles de peligrosidad de los involucrados en un proceso criminal. Los sistemas expertos o sistemas jurídicos expertos no es más que inteli-

---

(\*) Profesora investigadora en el Infotec, Centro de Investigación e Innovación en Tecnologías de la Información y Comunicación, y profesora de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de México.

gencia artificial aplicada al derecho en el que se procesa información para la automatización en procesos de pensamiento, la toma de decisiones y en el apoyo a la solución de problemas concretos.

Finalmente, en un estudio del derecho en la era digital no puede faltar el tema de la IA como herramienta para la vulneración de derechos humanos, de manera consciente o inconsciente ya que si bien para las TIC y en especial la IA es una herramienta fundamental para dar respuesta a las diferentes problemáticas que tenemos en las sociedades no podemos eludir que también pueden generar sesgos en detrimento de algunos derechos humanos.

## II. Derecho informático en la formación del abogado en la era digital

La enseñanza del derecho informático es relativamente reciente en las aulas universitarias de las Facultades de Derecho y Escuelas de Ciencias Jurídicas, tomando en consideración obviamente que materias como el derecho mercantil surgen en la Edad Media y otras, como derecho familiar, tienen sus orígenes en el derecho romano. A ciencia cierta se desconoce el origen de la disciplina como tal; sin embargo, "Lee Loevinger, en su ensayo denominado 'Jurimetrics. ¿El siguiente paso hacia adelante?' (1949) definió *jurimetrics* como una disciplina destinada a enfrentar los problemas relativos a la relación entre el derecho y las nuevas tecnologías; el procesamiento de datos legales, el uso de la lógica en el campo legal y la automatización de todas las dimensiones de la actividad legal. De esa primera definición, se deriva la de Losano con su giuscibernética y la de Fronsini como giuritecnica hasta llegar a la expresión que ahora es de uso aceptado: informática legal" (1).

Durante la década de los años 70 proliferaron los trabajos en relación con el derecho y su relación con la informática, en particular en el contexto alemán. La literatura al respecto del origen

del derecho informático rescatan los trabajos del doctor Wilhelm Steinmüller quien desarrollara una base para una teoría general de las computadoras y el derecho (*Rechtsinformatik*), así como los trabajos del profesor Wolfgang Kilian, quien estableció el Instituto para el Derecho Informático en Hannover (2).

En el contexto latinoamericano se utiliza el concepto de derecho informático mayoritariamente pero también se puede encontrar el concepto de derecho telemático, derecho de las nuevas tecnologías, derecho de las tecnologías de la información y comunicación, iuscibernética, entre otros. Hasta hace relativamente poco tiempo en las escuelas de derecho no se incluían contenidos al respecto. Hoy día en lo que respecta a la enseñanza del derecho y las TIC, tenemos el reto de ya no solo incorporar su estudio en las aulas universitarias sino trabajar a la par con legisladores y operadores jurídicos sobre aspectos específicos de determinadas tecnologías como es la IA, y su regulación.

La enseñanza del derecho informático presenta es un tema inacabado pues aún no es claro si debe de impartirse como una asignatura totalmente independiente, una nueva rama del derecho o sus contenidos deben de ser incluidos de manera transversal en el derecho de la propiedad intelectual, el derecho penal, el derecho de la protección de datos personales, entre otros.

Tomando como base la información en línea de algunas universidades que ofertan la carrera de Derecho, se encontró información sobre la asignatura de derecho informático. Por ejemplo, en la Universidad de San Martín de Porres algunos de los contenidos que incluye la asignatura son la sociedad de la información, la regulación del ciberespacio, en donde se aborda el tema de los derechos humanos y los derechos del ciberespacio, la protección jurídica del *software* y la contratación electrónica, el

(1) BINAZZI, S., CIAMPO, C., FAMELEI, E., et al, "IT-Law: An Advanced Documentation System in Legal Informatics, JILT, 1999, 1, versión en línea sin número de página. Disponible en línea en [https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1999\\_1/idg/binazzi/](https://warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/1999_1/idg/binazzi/). Fecha de consulta 14 de diciembre de 2021. El original se encuentra en idioma inglés, la traducción es libre.

(2) Véase BING, J. "Let there be litle: A brief history of legal information retrieval", EJLT 1, 1, 2010, versión en línea sin número de página. Disponible en línea en <https://ejlt.org/index.php/ejlt/article/view/15/20>. Fecha de consulta 14 de diciembre de 2021. El original se encuentra en idioma inglés, la traducción es libre.

comercio electrónico, los delitos informáticos y el gobierno electrónico.

En la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en sus cursos integradores, se puede cursar la asignatura de Sociedad de la Información. Por el contrario, en otras universidades este tipo de contenidos no se ofertan de manera obligatoria sino en cursos de posgrado.

Por ello es importante que se tome en consideración la incorporación del estudio de los temas de derecho y las nuevas tecnologías pues los “problemas que surgen a raíz de la invención, la innovación y difusión de la tecnología y que impactan el pleno desarrollo social, económico y cultural de la sociedad, [...] requieren de la elaboración de normas jurídicas o bien de reinterpretaciones de regulaciones existentes...” (3).

Al incorporar estos estudios en las aulas se debe considerar que ciertos términos no pueden ser usados como sinónimos y entender algunas diferencias básicas:

- Informática jurídica: la tecnología como instrumento en el quehacer jurídico.

- Informática jurídica de gestión y control: el uso de la tecnología para el procesamiento de textos, almacenamiento de datos, comunicaciones en redes sociales, uso de computadoras etérea.

- Informática jurídica documental: bases de datos, motores de búsqueda, para el almacenamiento y recuperación de documentos.

- Derecho informático: la tecnología como objeto de estudio.

Una vez analizado el contexto en el que los abogados nos situamos ante la novedad de incorporar los temas de las TIC en nuestra práctica es necesario que reflexionemos sobre temas más específicos como la IA y su relación con la manipulación indebida de datos, la falta de autoridades algorítmicas, los sesgos naturales

---

(3) VILLANUEVA, E. y DÍAZ, V. "Derecho se las nuevas tecnologías (en el siglo XX derecho informático)", Oxford, México, 2015, p. 12.

derivado del entrenamiento de los algoritmos y las repercusiones de este tipo de tecnologías en los derechos de los individuos alrededor del mundo.

### III. IA y derecho

En todo quehacer humano existe la capacidad de realizar una acción y saber cómo llevarla a cabo. Aquí el derecho interviene para regular ciertas conductas, modelar el actuar de las conductas externas de los individuos en la sociedad dependiendo de múltiples factores pues es sabido que el derecho es un producto cultural que no tiene un valor intrínseco, sino que es sistemático. Por otra parte, tenemos el imperativo técnico moral que reza así: “Si la investigación pone de relieve el límite de lo que es posible hacer, entonces todo lo que se puede hacer tiene que poder ser hecho” (4). Este imperativo debe llevarnos a la reflexión específica sobre la moral y ética de todo aquello que es posible hacer. En el caso de la IA debe existir un límite por ejemplo a los sesgos premeditados en el entrenamiento de los algoritmos y salvaguardar ante todo la intimidad, seguridad, derechos y libertades en general de los individuos e impedir que los gobiernos o empresas privadas sobrepasen estos límites simplemente porque pueden hacerlo.

Así encontramos el imperativo tecnológico que precisamente enfrenta al imperativo ético, pues el primero señala que “[t]odo aquello que técnicamente se pueda hacer, tenderá a hacerse” (5) y el segundo se pregunta sobre la condición humana entre la diferenciación de lo que está bien y lo que está mal. Es precisamente aquí donde debemos indagar si las tecnologías están adecuadamente reguladas o si los seres humanos están conscientes sobre las conductas que deben seguir para no caer en actos que pudieran ser constitutivos de algún hecho ilegal o que pueda comprometer sus derechos. ¿Qué tan conscientes están los creadores de determinados softwares y diseñadores de algoritmos sobre las consecuencias que sus creaciones pueden

---

(4) GONZÁLEZ RODRÍGUEZ-ARANÍZ, G., "El imperativo tecnológico una alternativa desde el humanismo", Cuadernos de bioética. Vol. 15. No. 53, 2004, p. 39.

(5) QUERALTÓ, R., "Ética y sociedad tecnológica: Pirámide y retícula", ARC, No. 5, 2002, p. 58.

traer aparejadas para los derechos de las personas?, ¿cómo estamos ciertos de que al seleccionar los sesgos específicos que debe de haber necesariamente en el desarrollo de la IA no generan actos de segregación o discriminación?

La IA “es una rama de la informática jurídica que trata de realizar con máquinas, tareas que puede realizar el ser humano aplicando cualquier tipo de razonamiento. Es una automatización de actividades que vinculamos con procesos del pensamiento humano, tales como la toma de decisiones, solución de problemas y aprendizaje” (6). Una de las problemáticas que enfrentan los abogados, jueces, peritos, etcétera, es la inmensa cantidad de información alojada en bases de datos en las que se pueden encontrar, leyes, reglamentos, tratados internacionales, sentencias, e inclusive se han de considerar información de principios generales del derecho y *soft law*. Clasificar y organizar todo este cúmulo de información se antoja imposible, sin embargo, la sistematización de ella es hoy posible.

Sin embargo, la IA no solo permite la sistematización de la información, sino que gracias a ella y la semántica se pueden modelar conocimientos como los conceptos jurídicos, la argumentación y el razonamiento jurídicos para que los resultados arrojados puedan ser utilizados por jueces y abogados en sus labores diarias.

Esta automatización de las actividades en el mundo jurídico contemplan “informática jurídica documentarias, la informática de control y gestión, la informática metadocumentaria se traduce en los sistemas expertos legales constituidos por una base de conocimientos, mecanismos de inferencias y la interfase entre el usuario y la máquina, pero básicamente estamos hablando de la inteligencia artificial aplicada al mundo del derecho y que tiene vertientes muy educativos porque eventualmente puede coadyuvar en los procesos de educación, de investigación y para la toma de decisiones judiciales” (7).

(6) MARTÍNEZ BAHENA, G. C., "La inteligencia artificial y su aplicación al campo del Derecho", *Alegatos*, No. 82, México, 2012, p. 828.

(7) *Ibidem*.

En la práctica podemos ver la IA en el sistema de apoyo al Tribunal de Resolución Civil de Columbia Británica, Canadá. Este sistema permite la producción de documentos y hacer un plan de separación entre las parejas que deciden deshacer su vínculo matrimonial, así en esta plataforma las personas pueden obtener y completar formularios en línea, pueden recibir ayuda por medio de un chatbot, hacer uso de herramientas de cálculo e incluso obtener ayuda de un experto (8).

Para poder obtener este tipo de herramientas es indispensable contar con grandes cúmulos de datos, que se obtienen de casos reales, de litigios resueltos por medio de decisiones judiciales. En este sentido al sistematizar la información de estos documentos se pueden crear otro tipo de situaciones como es predecir el comportamiento de determinados abogados y jueces y con ello crear sesgos en la oportunidad para presentar un caso ante un abogado e inclusive la tendencia en una decisión legal o fallo judicial.

El problema que surge de estos sistemas predictivos es que algunas empresas ya están diseñando sus propios sistemas para ponerlos a disposición de los jueces y que estos puedan obtener los resultados obtenidos de hacer estimaciones respecto a los delincuentes y su grado de peligrosidad o bien en la tendencia de reincidencia y con ello influir en la toma de decisiones de un juez. Es evidente que en el diseño de estos sistemas debe de haber sesgos que permitan considerar un comportamiento peligroso del que no lo es y es aquí donde se pueden estar generando sistemas que puedan ser discriminatorios, causar segregación racial. Como ejemplo de fallos en la aplicación de IA tenemos el sistema automático de pasaportes de Nueva Zelanda implementado por el Departamento de Asuntos Internos que negó el pasaporte a Richard Lee quien es descendiente de asiáticos y a quien el sistema consideró que tenía los ojos cerrados. Esto es un claro ejemplo de que el sistema no contaba con demasiadas fotos de personas con rasgos asiáticos lo cual puede derivar en un acto discriminatorio.

(8) Véase PÉREZ DE ARCE, J. A., "Tribunales civiles en línea: Una propuesta para introducirlos sin afectar el derecho a acceder a la justicia de quienes no están conectados a Internet. RCDT, vol. 8, 2019, p. 192.

Así el derecho en la era digital frente a la IA encuentra dos problemas fundamentales:

“- La barrera tecnológica que nos impide conocer muchos de los aspectos implicados en este tipo de sucesos. No somos capaces de comprenderlos e incluso desconocemos el significado de algunos términos.

“- La dificultad para identificar y calificar nuevas situaciones en el de por sí complejo contexto legal, máxime si además tienen que ver con cuestiones respecto a las cuales siquiera hay criterios legales y judiciales claros. Los pseudovicios legales y las interpretaciones dispares están más presentes que nunca” (9).

Es interesante reflexionar sobre la capacidad de los juzgadores al momento de tratar con temas en los que se involucran las TIC, pues se ha dejado de manifiesto la brecha que existe entre los juzgadores y las nuevas tecnologías. El caso más emblemático lo pudimos observar durante los problemas de privacidad que involucraban a la red social Facebook.

Como debía haberse esperado, los senadores que realizaron las preguntas tenían en promedio sesenta y dos años; la edad por sí misma no debía ser un factor relevante para el caso de análisis, que era la privacidad en una red social, pero en las preguntas se dejó ver una clara muestra de la brecha que separa a los legisladores con el desconocimiento en la práctica de por lo menos esta red social.

“Senador Schatz: Si envió un email a alguien por WhatsApp, ¿Facebook puede verlo?

“Zuck: No, senador, WhatsApp está encriptado, no podemos ver nada de eso.

“Senador Schatz: Sí, pero si alguien envía un mensaje sobre Black Panther en WhatsApp, ¿tendré anuncio de Black Panther en Facebook?

“Zuck: No”.

---

(9) FLORES FERNÁNDEZ, J. "Adolescente ciberdelincuente: ¿un accidente?". Pantallas Amigas, e-LEGALES. Guía para la gente "legal de Internet", s/f. Disponible en <http://e-legales.net/adolescente-ciberdelincuente-un-accidente/> Fecha de consulta 14 de diciembre de 2021.

El martes, el senador por Utah Orrin Hatch, de 84 años —quien ya había sido senador por casi ocho años cuando Zuckerberg nació— preguntó cómo funcionaba el modelo de negocios de Facebook, dado que la red social no cobra por su uso. “Senador, tenemos publicidad”, explicó Zuckerberg, y sonrió. El director general volvió a sonreír cuando el senador Lindsey Graham, de Carolina del Sur, preguntó si Facebook era un monopolio. “Ciertamente no parece de esa forma para mí”, respondió Zuckerberg (10).

Así, es necesario entender que, si bien es cierto que las TIC son herramientas que pueden apoyar en las labores propias de los jueces y abogados en la toma de decisiones, sin embargo, no podemos desviar la atención cuando estos avances científicos y tecnológicos pudieran atentar en contra de los derechos de los individuos.

#### IV. Derechos humanos y TIC

La incorporación de los temas tecnológicos en materia de derechos humanos es reciente, los primeros instrumentos internacionales que se conocen sobre el tema, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en 1948; o los Pactos de Derechos Civiles y Políticos y el de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, no dan cuenta de los temas tecnológicos, pues evidentemente las fechas en las que se celebran aún no existían las problemáticas como la que hoy representan la IA en el mundo jurídico.

“[...] Dentro del *corpus iuris* internacional de los derechos humanos que se encuentra vigente actualmente, solamente la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, hace referencia a las nuevas tecnologías debido justamente a que estos avances tecnológicos pretenden ser herramientas que benefician a la sociedad como se ha dejado de

---

(10) Milenio. S/A, "Las preguntas absurdas sobre Facebook que respondió Zuckerberg", Milenio, 2017. Disponible en <https://www.milenio.com/estilo/las-preguntas-absurdas-sobre-facebook-que-respodio-zuckerberg>, fecha de consulta 13 de diciembre de 2021.



manifiesto desde la Cumbre del Milenio en el año 2000” (11).

Sin embargo, el tema tecnológico a nivel internacional ha cobrado relevancia y se han realizado las Cumbres de Ginebra 2003 y Túnez 2005, bajo los auspicios de la Unión Internacional de Telecomunicaciones. Específicamente, “[e]n el Plan de Acción de Ginebra se trataba de establecer una cooperación para dar respaldo a la Agenda de Solidaridad Digital (países desarrollados, empresas con capacidades tecnológicas en apoyo a países en desarrollo). En Túnez se habló de la creación de un Fondo de Solidaridad Digital sin ser más específica. Algunos de los objetivos señalados para alcanzarse en 2015 fue que todas las universidades y escuelas, bibliotecas públicas, centros de salud, hospitales y las oficinas de gobierno y oficinas de correos estuvieran conectados a las tecnologías de la información y comunicación” (12).

Es una realidad que incorporar las TIC a las sociedades trae ventajas en muchos aspectos de la vida diaria; inclusive las Naciones Unidas ven a la IA como una herramienta para poder conseguir los Objetivos del Desarrollo Sostenible para el año 2030. Amina J. Mohammed, vicesecretaria general de las Naciones Unidas y presidenta del Grupo de las Naciones Unidas para el Desarrollo Sostenible, señaló: “¿Qué necesitamos para hacer de la inteligencia artificial una fuerza para el bien y cómo nos podemos asegurar que nadie se quede atrás en esta era de rápidos cambios tecnológicos? Estas preguntas no serán resueltas en esta reunión ni tampoco por un solo gobierno, entidad o empresa. Esto requiere que aprendamos como aprovechar el poder de la tecnología y pensar creativamente en cómo utilizar esta herramienta para hacer frente a los complejos retos de nuestro tiempo” (13).

(11) TÉLLEZ, E. "Tecnologías, seguridad informática y derechos humanos", *Ius et Scientia*, Vol. 4. No. 1, 2018, pp. 24 y 25.

(12) *Ibidem*, p. 25.

(13) UN, "La inteligencia artificial como herramienta para acelerar el proceso de los ODS", 2017. Disponible en <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/2017/10/la-inteligencia-artificial-como-herramienta-para-acelerar-el-progreso-de-los-ods/>. Fecha de consulta el 14 de diciembre de 2021.

El uso de los grandes cúmulos de datos que alimenta la IA, para el entrenamiento de algoritmos que hacen programas para mostrar comportamientos inteligentes y reconocer patrones e incluso proporcionar soluciones son fundamentales para el logro de los Objetivos del Desarrollo sostenible como es por ejemplo “rastrear el movimiento de los usuarios de teléfonos móviles para predecir la propagación de enfermedades infecciosas” como sucedió durante estos tiempos de la pandemia por COVID 19. Sin embargo, este manejo del *big data* y el entrenamiento algorítmico puede como ya lo hemos anunciado vulnerar sesgos y violentar la privacidad, intimidad y otros derechos de los individuos en una sociedad de la era digital.

Por ello es importante recordar, como lo menciona Garriga Domínguez, que “[l]as tecnologías de la información y de la comunicación han supuesto, sin duda, grandes ventajas y beneficios, tanto para las personas como para las empresas y administraciones, en orden a facilitar sus objetivos, personales o profesionales, o sus funciones, permitiendo su realización de una manera más eficiente y rápida. No obstante, no puede ignorarse que el desarrollo de estas tecnologías ha supuesto nuevos riesgos para los derechos y las libertades de las personas” (14).

## V. Conclusiones

1. La enseñanza del derecho y las tecnologías de la información y la comunicación aún no son incorporadas de manera adecuada en las aulas universitarias ya que hace falta tanto claridad en la manera en que se deben abordar los contenidos en las currículas universitarias, así como la relevancia de los temas que deben ser tratados por los profesionales del derecho.

2. Las tecnologías de la información y comunicación llegaron a la vida cotidiana en las sociedades alrededor del mundo sin que los individuos tuvieran la oportunidad de reparar sobre los comportamientos éticos en el uso de estas tecnologías.

(14) GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. "Algunas consideraciones sobre los derechos humanos en Internet. Su posible colisión con las medidas adoptadas para la protección de la propiedad intelectual", en Pérez Luño, A. E., "Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos", Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 83.

3. Las tecnologías de la información y la comunicación se han visto como una oportunidad para acceder a una mejora en la vida diaria de las personas y se ha dejado de observar que también existen riesgos en la incorporación de estas tecnologías en la vida diaria sin una adecuada educación al respecto.

4. Actualmente abogados y jueces han comenzado a implementar el uso de la inteligencia artificial para apoyar su labor.

5. Actualmente podemos ver que existe una brecha sobre el conocimiento de cómo funcionan las tecnologías y los aplicadores del dere-

cho pues existe una brecha generacional entre lo aprendido en las aulas universitarias y la incorporación de las Tecnologías de la Información y Comunicación en la vida diaria de las personas que impactan en el mundo jurídico. Eso, a su vez, complica la manera en que se entienden y juzgan las conductas de los actores que se ven involucrados en el tema del derecho en la era digital.

6. Finalmente no podemos ignorar que con el uso de la IA podríamos también estar violentando derechos de los individuos en esta sociedad de la información y el conocimiento.

# Repensando las causales de disolución del vínculo matrimonial en el derecho peruano

Un guiño a la imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial

César Daniel Cortez Pérez<sup>(\*)</sup>

Lizeth Vanessa Livias de Freitas<sup>(\*\*)</sup>

**Sumario:** I. Introducción.— II. La familia.— III. El matrimonio y la unión de hecho.— IV. Separación y ulterior divorcio.— V. Causales de disolución del vínculo matrimonial.— VI. Sobre la reforma de las causales de disolución del vínculo matrimonial. Un guiño a la imposibilidad de hacer vida en común.— VII. A modo de conclusión.

*“Lo esencial es invisible para los ojos.”*

Antoine DE SAINT-EXUPÉRY, *El Principito*<sup>(\*\*\*)</sup>

## I. Introducción

En el año 2019 la comisión encargada del Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano presentó una propuesta de modificación de

los diferentes libros del Código Civil, es a partir de este hecho que muchas instituciones jurídicas se vienen analizando, repensando, discutiendo, comparando con las diferentes doctrinas, legislaciones y realidades tanto nacionales como ex-

---

(\*) Doctorando en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister en Derecho Civil y Comercial por la Universidad Nacional de Trujillo. Catedrático universitario y asesor legal. En el Perú, miembro del Instituto Peruano de Derecho Civil (IPDC) y del Instituto Peruano de Derecho Societario (IPDSO). En el extranjero, miembro de la Asociación Latinoamericana de Magistrados, Funcionarios, Profesionales y Operadores de Niñez, Adolescencia y Familia (ALAMFP y ONAF) Mendoza-Argentina y del Instituto Brasileiro de Direito de Família - Seção Rio Grande do Sul (IBDFAM/RS) Porto Alegre-Brasil. Autor de diversos artículos jurídicos pu-

---

blicados en revistas especializadas de derecho a nivel nacional e internacional.

(\*\*) Bachiller en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad Privada del Norte.

(\*\*\*) Con Amor: "Las estrellas son bellas a causa de una flor que no se ve". "Ve y mira de nuevo las rosas, ahora comprenderás que la tuya es única en todo el mundo". "Los ojos están ciegos, hay que buscar con el corazón". "Domesticar, es una cosa demasiado olvidada, significa crear lazos". "Fue el tiempo que pasaste con tu rosa lo que la hizo tan importante". (Antoine de Saint-Exupéry - El Principito).

tranjeras, esto con el fin de predecir las diferentes consecuencias (positivas o negativas) que la modificación del Código Civil Peruano traería a la sociedad. Entendemos y somos conscientes que el Código Civil es mucho más cercano a la población que la misma constitución y por ende el derecho de familia debe guardar una regulación que sea cercana y que refleje la idiosincrasia de nuestro pueblo.

Después de prácticamente dos años de aislamiento entre familiares, amigos y compañeros de trabajo, viviendo un “encierro” obligatorio como consecuencia del estado de emergencia sanitaria producto del COVID-19 mucho cambió en nuestras vidas y eso sin duda ha repercutido en las familias, donde muchas hoy ven en el divorcio una solución a un matrimonio infeliz que se mostró en todo su esplendor en estos dos años de obligatoria convivencia (2020 - 2021) producto de la cuarentena. Hoy se vuelve a analizar y discutir si las propuestas de modificación al Código Civil son viables y se ajustan a la actual necesidad de la población y con mayor razón se debe repensar en el derecho de familia poscuarentena y si acaso las causales de disolución son las más adecuadas hoy en día o si debemos dar algunas pinceladas a las modificaciones planteadas en el libro de familia propuestas en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano. En esta oportunidad demos un guiño a las causales de disolución del vínculo matrimonial, en especial a la llamada “imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial”.

## II. La familia

“Familia” es sinónimo de grupo de personas unidas por el matrimonio o parentesco. La unión y el emparentamiento por consanguinidad o afinidad es la regla (1). Pero el matrimonio y el parentesco van quedando de lado, ceden el paso a la unión estable (uniones de hecho, concubinato) y las relaciones cuasifamiliares siendo ahora la colaboración, la ayuda y el auxilio lo que marca al grupo familiar: un presupuesto en común, un mismo techo, división de los quehaceres (limpieza, cocina, gastos, etc.),

(1) CICU, A., "El Derecho de familia", Ed. Ediar, Buenos Aires, 1947, p. 27.

son lo esencial. La convivencia sustentada en la colaboración es su signo distintivo (2).

La familia se ha entendido históricamente como aquel grupo de personas que se encuentran unidas por lazos de parentesco y como consecuencia de ello cohabitan bajo un mismo techo, esta importante institución con el pasar de los años va teniendo diferentes concepciones y percepciones, hoy en día muchos entienden a la familia como aquel grupo de personas que viven juntos sin necesidad de un lazo consanguíneo.

Aquí es importante resaltar que: Como institución social la familia es considerada por Eduardo Zannoni como un “régimen de relaciones sociales que se determina mediante pautas institucionalizadas relativas a la unión intersexual, la procreación y el parentesco” (3). Pero este criterio puede resultar restringido para englobar la gran dimensión de la familia, es por ello por lo que resulta más preciso conceptualizar a la familia con base en su naturaleza jurídica y extensión teniendo dos tipos, como sostiene Méndez Costa (4):

- la familia institución, integrada por los padres e hijos no emancipados por el matrimonio que conviven bajo la autoridad parental y,

- la familia parentesco, conformada por personas unidas por un vínculo de parentesco, sin convivencia ni sujeción a autoridad familiar.

Si después de estas primeras líneas quisiéramos llegar a un concepto único de familia, esta sería una tarea ardua y para muchos, imposible, esto es así si entendemos que la familia no tiene como característica la homogeneidad. Este mundo está plagado de diferentes tipos de relaciones que viven los seres humanos que llegan a conformar, según cada uno, una familia, esto tiene que ver con la multiculturalidad y el factor convivencia.

(2) VARSI, E., "Tratado de Derecho de Familia", Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2011, t. I, p. 16.

(3) ZANNONI, E., Derecho de familia, Astrea, Buenos Aires, 1998, 3ª ed., t. I, p. 3.

(4) MÉNDEZ, M. y D'ANTONIO, D., "Derecho de familia", RubinzalCulzoni Editores, Buenos Aires, 2001, t. I, p. 23.

Es por las razones expuestas en el párrafo precedente que no encontramos una definición exacta de familia en el Cód. Civil peruano, pero, si damos un guiño al derecho comparado encontraremos que el Estatuto das Familias (5), preparado por el Instituto Brasileiro de Direito de Família (IBDFAM), como bien lo rescata el Dr. Varsi Rospigliosi (6) nos ofrece una definición que bien podría agrupar los diferentes tipos de familia: “Nos ofrece un aporte cuando considera que es protegida como familia toda comunidad de vida instituida con la finalidad de convivencia familiar, en cualquiera de sus modalidades (art. 3°). Es un tratamiento interesante tomado en cuenta dentro de las disposiciones generales de este proyecto de ley brasileiro. Permite una apropiada regulación legal de la familia en razón de ciertas características identificadas y predefinidas, como son: Comunidad, conjunto de personas y convivencia”.

Entonces el concepto de familia en el derecho de Brasil antes citado nos brinda una interesante e importante perspectiva, ya que nos da la posibilidad de subsumir dentro de esta definición a los diferentes tipos de familia que existen, teniendo en cuenta que el amor y la intención de hacer vida en común son fines relevantes para la constitución de un grupo familiar.

Por lo tanto, el concepto de familia no es un concepto homogéneo, pero el brindado por el IBDFAM es muy alentador y práctico. Teniendo una idea conceptual sobre tan importante institución, también podríamos preguntarnos por su naturaleza jurídica, y en lo que respecta a este tema existen muchas teorías, por lo que solo resaltaremos dos, aquella que entiende que la naturaleza jurídica de la familia desde el punto de vista social es la de una institución y la teoría que establece que la familia desde el punto de vista jurídico debe ser entendida como un sujeto de derecho. El Dr. Varsi (7) desarrolla estas dos posiciones y las presenta de la siguiente manera:

---

(5) Projeto de Lei 2285/2007. Vid. Estatuto das Famílias. Co edición Magister y IBDFAM, Belo Horizonte, 2007. También en la web (marzo de 2008).

(6) VARSI, E., ob. cit., p. 20.

(7) Ibidem, p. 47.

- Como una institución social. La familia es una colectividad humana cuyas actividades individuales se compenetran bajo reglas sociales de una autoridad que guía los intereses de sus integrantes. Una parte de la doctrina establece que la institucionalidad de la familia se da por su carácter universal y trascendencia en el tiempo, lo que permitió su arraigo en el espacio socioeconómico y cultural. Sus opositores consideran que la familia no puede ser considerada una institución, pues no es un término legal pudiendo decirse, sin temor, que la familia es una institución social —más que jurídica— que se expresa de una multiplicidad de formas a través de entidades familiares, entre ellas, el matrimonio y la unión estable y, de una u otra, pero como consecuencia de la interacción de afectos, la filiación.

- Como un sujeto de derecho. La familia tiene una categoría especial y goza de una capacidad jurídica con sus correspondientes derechos y obligaciones, diferentes, distintos del de sus integrantes considerándosele desde una concepción económica un patrimonio autónomo.

En el capítulo II del Título I de la Constitución Política de 1993 del Estado peruano se reconoce al matrimonio y a las llamadas uniones de hecho, que son instituciones que serán desarrolladas brevemente a continuación.

### III. El matrimonio y la unión de hecho

#### III.1. El matrimonio

Partamos por lo que nuestro Código Civil regula en su art. 234: “El matrimonio es la unión voluntariamente concertada por un varón y una mujer legalmente aptos para ella y formalizada con sujeción a las disposiciones de este Código Civil peruano, a fin de hacer vida en común.

“El marido y la mujer tienen en el hogar autoridad, consideraciones, derechos, deberes y responsabilidades iguales”.

Una casación del año 2001 establecía como fin del matrimonio la perpetuidad de la especie humana, el tenor de la CAS N° 3006-2002-Lima era el siguiente: “Por el matrimonio, el hombre

y la mujer asociados, en una perdurable unidad de vida sancionada por la ley, se comprometen recíprocamente y cumpliendo los fines de la especie la perpetúan al traer a la vida la inmediata descendencia”.

Podemos apreciar que el Código Civil peruano (el cual data de 1984 y se encuentra vigente) establece que el matrimonio es la unión de un hombre y una mujer, por lo que no da cabida a poder hablar de la legalidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo, establece el Código Civil que el marido y la mujer al contraer matrimonio buscan hacer una vida en común, así también se resalta la igualdad de derechos entre el marido y la mujer.

Curiosamente, después de 17 años, en el año 2001 la casación mencionada en párrafos precedentes establece como fin del matrimonio “el perpetuar la especie”, es decir, se contrae matrimonio solo para procrear. Evidentemente esto hoy 2022 es impensable, teniendo en cuenta que hoy en día el mundo entiende que aquello que une a una pareja en matrimonio o en otro tipo de grupo familiar no es la concretización del fin procreacional, sino, el “afecto”, “el amor”, es el afecto el elemento fundamental en la creación de relaciones familiares y no la solemnidad, las ceremonias o el cumplimiento de ritualismos.

No podemos olvidar que los grupos familiares están compuestos por personas unidas por sentimientos e identificación familiar, es justamente el afecto de unos a otros lo que promueve hoy en día la celebración del matrimonio o cualquier otra unión que busque constituir una familia. Consideramos que el Perú como muchos otros países poco a poco irá modificando su perspectiva sobre la noción de familia, dando paso al reconocimiento de derechos a otros grupos familiares.

Podemos decir entonces que el matrimonio es la unión legal y voluntaria de dos personas que tienen como objetivo en base al afecto hacer vida en común, esta unión debe ser celebrada en la forma prevista por la ley. En el caso peruano el matrimonio es celebrado por personas de distinto sexo, las cuales adquieren la calidad de marido y mujer.

### III.2. La unión de hecho

Con respecto a este acápite es relevante destacar lo establecido en la doctrina nacional: “En el Perú el ordenamiento jurídico ha permanecido, y permanece, al margen de la regulación plena de las uniones estables, las que son también denominadas uniones de hecho o concubinato. Si bien su existencia es de larga data, fue recién a partir de la Constitución Política del Perú de 1979, la que dio mérito al art. 326 del Cód. Civil vigente, que se empieza a tomar en serio las cosas. Como se observa, la escueta regulación efectuada para esta institución familiar, no se haya acorde con su trascendencia práctica. En la mayoría de los casos las uniones libres generan familias que se encuentran discriminadas, esto porque no optaron en consagrar la unión mediante el matrimonio. Dentro de este contexto, la Constitución de 1993, en su art. 5, el mismo que es núcleo del reconocimiento, protección y amparo de las uniones estables en Perú, consagra la unión de hecho como la unión estable de un hombre y una mujer, libres de impedimento matrimonial, que forman un hogar de hecho, dando lugar a una comunidad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le sea aplicable. Este artículo, a diferencia del art. 9 de la Constitución de 1979, no establece un periodo mínimo ni máximo de tiempo, sustentándose en la premisa de que la norma de desarrollo es el art. 326 del Cód. Civil de 1984. La norma civil no es contraria a la Constitución al considerar que la unión ‘estable’ implica un periodo mínimo de duración para el reconocimiento legal de sus efectos que, para el caso que nos ocupa, es de dos años, pudiendo ser menos siempre que se pruebe el estado de familia” (8).

Desarrollar lo concerniente a la unión de hecho es tarea ardua, sin embargo, a estas alturas del trabajo rescataremos en primer lugar su naturaleza jurídica, la cual se basa en una teoría institucionalista como el matrimonio, pues la unión de hecho es un acto voluntario y cumple con los deberes propios del matrimonio como son los deberes de fidelidad, asistencia, deberes y obligaciones frente a los hijos. En segundo

(8) VARSÍ, E., "Tratado de Derecho de Familia", Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2011, t. II, p. 378.

lugar, vamos a referirnos a la clasificación de la unión de hecho:

### III.2.a. La unión de hecho propia

La unión de hecho propia también llamada unión de hecho en sentido estricto es aquella donde se cumplen todos los requisitos establecidos por la ley por la cual los sujetos que la componen puedan optar por contraer matrimonio, esto es así ya que los sujetos se encuentran libres de impedimento matrimonial. Esta unión de hecho propia es análoga a la relación jurídica matrimonial.

La unión de hecho propia está compuesta por ciertos elementos, siendo estos los siguientes: a) dos personas de distinto sexo, b) libres de impedimento matrimonial, c) derechos, deberes y obligaciones semejantes al matrimonio, d) efectos patrimoniales semejantes al matrimonio y e) la determinación del estado de familia.

### III.2.b. La unión de hecho impropia

La unión de hecho impropia también llamada unión de hecho en sentido lato o concubinato sanción es aquella unión que si bien puede ser estable no cumple con los requisitos legales para que los sujetos que la componen puedan optar por contraer matrimonio, es decir existen impedimentos legales. Por lo tanto, este tipo de unión no requiere del cumplimiento de ningún requisito.

“En el caso que se conciba dentro de la presente unión bastará que dicha concepción haya sido en la época en la cual estuvieron viviendo juntos para que se presuma que el hijo nacido de la concubina es del concubino. Este efecto personal de orden filial es con respecto a la descendencia, no con respecto al concubino. Si se presenta el caso en que la mujer se encuentra casada no se aplicará lo expuesto en líneas anteriores, se presume que el hijo es del marido, no del concubino” (9).

## IV. Separación y ulterior divorcio

“El matrimonio como comunidad de vida que asocia a dos personas que proyectan un destino común debe aspirar a ser permanente, que solo debería concluir con la muerte de uno de los cónyuges, sin embargo, en el desarrollo del mis-

mo, pueden acontecer diferencias que a criterio de los consortes se vuelven insalvables, optando ellos por una separación o quizás el rompimiento del vínculo matrimonial. Estas diferencias traducidas en desinteligencias y desencuentros llevan a veces a enfrentar a los cónyuges, lo que trae como consecuencia perjuicios no solo para la pareja y lo que es más dañino graves efectos negativos para la prole, que termina recibiendo las consecuencias de esa atmósfera negativa que van formando los padres. En esta situación, la ley que no puede estar ajena a estas realidades ha diseñado el camino para darles a los cónyuges la posibilidad de que suspendan o pongan fin a esta comunidad de vida” (10).

En lo que respecta a la separación de cuerpos, esta no extingue el vínculo matrimonial solo suspende los deberes de lecho y habitación, y pone fin al régimen patrimonial de sociedad de gananciales, pero deja subsistente el vínculo matrimonial, así también se puede mencionar ciertos elementos que son propios de esta, así tenemos los siguientes (11).

- El elemento objetivo o material: que se produce con el alejamiento de los cónyuges por decisión unilateral o acuerdo de ambos, lo cual es el incumplimiento de este modo con el deber de cohabitación.

- El elemento subjetivo o psíquico: que viene a ser la intención de interrumpir la convivencia mediante la separación, poniendo fin a la vida conyugal, por más que algún deber se cumpla.

- El elemento temporal: por el cual se requiere que la separación de hecho se prolongue por dos años, si los cónyuges no tienen hijos o si estos son mayores de edad y cuatro años si tienen hijos menores de edad.

No debemos olvidar que “[l]a separación de los cónyuges implica no cumplir con uno de los fines del matrimonio cual es la comunidad de vida, y este incumplimiento debería ser crítica-

(10) AGUILAR, B., "La familia en el Código Civil peruano", Ediciones Legales, Lima, 2010, p. 195.

(11) ILLANES, M., "Separación de cuerpos y divorcio", Perú, 2019. Perú. Recuperado en Google Académico: <http://repositorio.ulasamericas.edu.pe/handle/upa/791>. (marzo 2019)

(9) VARSI, E., ob. cit., p. 399.

do, sin embargo, se dan casos en que se llegan a situaciones límites entre la pareja que hacen recomendable que se separen, pues de lo contrario se agravarían los conflictos con grave perjuicio para ellos y para los hijos. Sobre el particular no comulgamos con aquellos que señalan que la separación es un mal necesario, pues si es un mal, como pensamos, por qué necesitaríamos ese mal, nadie busca el mal, sino más bien se le evita, más si consideramos a la separación como una medida inevitable, pues de lo contrario tendríamos que obligar a esa pareja que siga conviviendo en un ambiente hostil y lleno de desencuentros”.

Las causales de separación de cuerpos son las que encontramos en el art. 333 del Cód. Civil peruano, encontrándose aquí un número exacto de causales estableciéndose así un *numerus clausus*, es decir la numeración de estas causales es limitativa a diferencia de lo que sucede en otras legislaciones donde se ha establecido una causal abierta, siendo el órgano jurisdiccional el encargado de merituar el requerimiento de separación de cuerpos optando por admitirla o no.

Esta separación legal da la posibilidad de reconciliación, pero si esto no sucediera los aún cónyuges optarán por el ulterior divorcio basados en las mismas causales establecidas en el art. 333 del Cód. Civil peruano.

En lo que respecta al divorcio este pone fin al vínculo matrimonial, en la ruptura matrimonial muchas veces se busca un culpable, una razón, para ellos existe dos tesis o teorías sobre el divorcio. Explica el Dr. Jiménez Muñoz (12) que las posiciones favorables al divorcio pueden enfocarlo desde diversos puntos de vista, según cuales se consideren que han de ser los principios inspiradores de su regulación, pudiéndose así distinguir, dentro del denominado divorcio judicial (13):

(12) JIMÉNEZ, F., "El divorcio en España: Unos apuntes sobre su evolución histórica" en: "Observatorio de Derecho Civil", La Familia, Vol. 12, Motivensa Editora Jurídica, Lima, 2012, 2ª ed., p. 154.

(13) En la cual no basta con el mero acuerdo de voluntades de los cónyuges en privar de efectos su matrimonio, sino también un procedimiento judicial, a diferencia del denominado divorcio consensual, en que basta con

- La tesis del divorcio-sanción, según la cual determinados hechos antijurídicos se configuran como causa de divorcio para el cónyuge que no los haya cometido (al que comúnmente se denomina "inocente"), como una sanción cuya imposición queda al arbitrio de este, mediante el ejercicio de la acción de divorcio. Por ello, el proceso de divorcio incide básicamente sobre la culpabilidad o la inocencia de los cónyuges, y en este sistema se hace hincapié en causas que entrañen incumplimientos graves de los deberes conyugales: abandono, adulterio.

- La más reciente tesis de frustración o del divorcio-remedio o divorcio-quebra atiende a que, cuando existe un fracaso razonable irreparable del matrimonio, de modo que ya no puede cumplir la función que el ordenamiento le reconoce, su mantenimiento, lejos de ser socialmente conveniente, es perjudicial, y por ello es más conveniente darlo por concluido, huyendo de la difícil indagación de las causas de la ruptura, de esta forma, se trata de resolver la situación de los cónyuges en todas las situaciones en que la vida en común, por la concurrencia de determinadas causas, ha resultado intolerable.

## V. Causales de disolución del vínculo matrimonial

Son 13 las causales que encontramos en el art. 333 del Cód. Civil peruano vigente a la fecha que ponen fin al vínculo matrimonial, a continuación, presentaremos un breve alcance y/o análisis de cada una de estas causales, obviando la causal número 11 que será la que desarrollaremos en un acápite independiente por ser esta en la que se centra el presente artículo. Así también presentaremos las propuestas de modificación que existen respecto a las causales de disolución del vínculo matrimonial, propuestas que fueron presentadas a la comunidad jurídica en el año 2019 por la comisión encargada del Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano.

tal acuerdo de voluntades o la voluntad de uno solo de los cónyuges, si acaso con la necesidad de comunicarlo ante la autoridad pública correspondiente (claramente minoritario de forma pura en el Derecho Comparado). LASARTE, C., "Derecho de Familia", De los Principios de Derecho Civil, Marcial Pons, Jurídica, Madrid, 2011, 10ª ed., t. VI, p. 110.



### V.1. Breve análisis

A continuación, las causales de disolución del vínculo matrimonial prescritas en el art. 333 del Cód. Civil peruano:

a) Adulterio. Esta es una falta grave al deber de fidelidad (se configura cuando uno de los cónyuges tiene acceso carnal con una persona que no es su consorte), esta ofensa en muchos casos pone fin a la vida en común, pues conlleva a la pérdida de la confianza entre los cónyuges, sin embargo, es posible que el cónyuge agraviado considere que pese a la falta puede continuar junto con su consorte y por ende continuar con el matrimonio, esta posibilidad la encontramos prescrita en el art. 336 del Cód. Civil peruano, que a la letra establece: “No puede intentarse la separación de cuerpos por adulterio si el ofendido lo provocó, consintió o perdonó. La cohabitación posterior al conocimiento del adulterio impide iniciar o proseguir la acción”.

Existe un plazo de caducidad para aquellos que deseen ejercitar la acción basada en el adulterio para poner fin al matrimonio, esta acción caduca a los seis meses de conocida la causa por el ofendido o a los cinco años de producida, el plazo de caducidad lo encontramos prescrito en el art. 339 del Cód. Civil peruano.

Respecto al aspecto probatorio, un sector de la doctrina señala que en el caso de hijos adulterinos la probanza es obvia, si no existiera un hijo adulterino, entonces, la suma de indicios podría llevar al juzgador a la convicción de la realización del adulterio, se prefiere aquí la prueba escrita.

b) Violencia física o psicológica. Se entiende por violencia física toda acción que causa un daño a la integridad física de la persona, a su salud y que por lo general deja huellas visibles como moretones, equimosis, hemorragias, etc.

Por otro lado, la violencia psicológica es entendida como una acción u omisión que pueda causar temor, humillación, inseguridades, etc., son agresiones emocionales, afectivas, que, si bien no dejan huellas visibles, si dañan el mundo interior de la persona. Estas se llevan a cabo por medio de insultos, amenazas, chantajes, expresiones verbales denigrantes.

Respecto al aspecto probatorio, en el caso de la violencia física es mucho más sencillo, un certificado del médico legista sería una prueba clave, en el caso de la violencia psicológica, el informe del psicólogo es relevante para calificar esta causal y se pueda obtener la extinción del vínculo matrimonial.

c) Atentado contra la vida del cónyuge. En este caso debemos referirnos a la tentativa, exactamente a la tentativa de homicidio. Aquí se puede reflejar un total desprecio hacia la vida de uno de los cónyuges por parte de su contraparte en el matrimonio. Evidentemente al solo constituir tentativa y no haberse consumado el hecho delictivo, provoca en el cónyuge sobreviviente un temor plenamente justificado que en una próxima oportunidad el cónyuge agresor pueda consumir el delito. Aquí el órgano jurisdiccional debe resguardar la vida, disolviendo el vínculo matrimonial.

Respecto al aspecto probatorio, se considera importante que exista un proceso penal en marcha.

d) Injuria grave que haga insoportable la vida en común. La injuria grave puede entenderse como una ofensa grave, inexcusable que recibe uno de los cónyuges por parte del otro y que vulnera su honor, su dignidad, esta ofensa debe ser tan grave que haga insoportable mantener una vida en común, además la ofensa debe ser intencional.

Respecto al aspecto probatorio, “(...) se ha señalado con razón que es muy difícil acreditar injuria cuando esta se produce dentro del hogar y sin testigos, a no ser que esté documentada, pero si no fuera así estaríamos ante al dicho de uno y otro, por ello se considera para los efectos de la probanza que la injuria debe ser pública, entendiéndose como tal que terceros den cuenta de la ofensa” (14).

e) Abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los periodos de abandono no exceda este plazo. Esta causal importa que uno de los cónyuges se aleje del hogar familiar incumpliendo así los deberes propios del matri-

(14) AGUILAR, B., ob. cit., p. 202.

monio, dejan de convivir y por ende comienza a desaparecer el tener una vida en común. La doctrina plantea la existencia de tres elementos para la configuración de esta causal: “Dejación de la casa conyugal o el abandono físico, que ese hecho sea injustificado, y el término de abandono que es de dos años o los periodos de abandono excedan ese plazo” (15).

Esta causal no se configura si el demandado acredita que su alejamiento del hogar conyugal se debe a razones justificadas, por ejemplo, el trabajar lejos.

Respecto al aspecto probatorio, se debe acreditar el domicilio conyugal del cual el demandado se alejó. También consideramos que en base al principio de quien alega un hecho debe probarlo, el demandante debe probar lo injustificado del abandono.

f) Conducta deshonrosa que haga insostenible la vida en común. Para la configuración de esta causal se requiere no de un solo acto sino de un conjunto de actos repetitivos, es decir, un estilo de vida y que este sea ofensivo para uno de los cónyuges lo cual acarreará la imposibilidad de mantener una vida en común. La doctrina brinda como ejemplos para la configuración de esta causal: La prostitución o el proxenetismo.

Estas conductas deshonrosas perjudican la vida de pareja, pudiendo el cónyuge agraviado sufrir daños emocionales, esto conllevará al deterioro de la relación y en protección no solo del honor sino de la buena reputación la disolución del vínculo matrimonial es la solución.

g) Uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía. “El consumo de drogas es tratado por el legislador en cuanto a la institución del matrimonio en forma diferente, así si el pretendiente a matrimonio es un consumidor habitual que le ha creado dependencia, es decir es un toxicómano, entonces constituye causal de anulabilidad de matrimonio, en el caso de que el otro cónyuge hubiera ignorado ello, pero si ya dentro del matrimonio uno de los cónyuges es un consumidor de estas sustancias sin llegar a ser todavía dependiente, entonces el legislador

posibilita al otro cónyuge a que pueda solicitar la separación legal. Entendemos la causal como una medida a favor del cónyuge agraviado a fin de evitarle una cohabitación con un toxicómano” (16).

h) La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio. El fin de esta causal como una para alcanzar la disolución del vínculo matrimonial es la protección al cónyuge sano, sin embargo, aquí habría que preguntarse la forma como es que el cónyuge contagiado contrajo la enfermedad, si lo hizo producto de una relación extramatrimonial o si de pronto fue un accidente, en este segundo caso, la solución debería ser en todo caso la suspensión de hacer vida en común según lo establecido por el art. 347 del Cód. Civil peruano y no la separación y ulterior divorcio, esto vulneraría el deber de asistencia que se deben los cónyuges. Esto último es un tema para analizar con mayor detenimiento en el futuro.

Respecto al aspecto probatorio, esta causal se prueba con el certificado médico donde conste la existencia de la enfermedad grave y que esta haya sido adquirida fecha posterior a la fecha del matrimonio.

i) La homosexualidad sobreviniente al matrimonio. El Dr. Aguilar sobre esta causal explica lo siguiente: “La forma como se ha fraseado es confusa, pues como sabemos la homosexualidad no aparece de la noche a la mañana, por lo tanto, si uno de los cónyuges es homosexual, no lo será a partir del matrimonio, sino que tal estado existía ya antes del matrimonio, quizás lo que pretende decir el legislador es que se tome conocimiento de la homosexualidad cuando ya está en vigencia el matrimonio, recordemos que el art. 277 inciso 5 del Cód. Civil consignó como error sustancial que hace imposible la vida en común a la homosexualidad, posibilitando que el consorte ignorante de tal estado de su pareja pueda pedir la anulación del matrimonio, sin embargo, como sabemos, esta acción tiene un plazo que es de dos años de celebrado el matrimonio.

“La presente causal de separación debe interpretarse respecto del cónyuge agraviado, el

---

(15) Ibidem.

(16) AGUILAR, B., ob. cit., p. 204 - 205.

mismo que toma conocimiento del estado de su consorte ya dentro del matrimonio, y si este conocimiento se da dentro de los dos años de celebrado el matrimonio tendría dos acciones a su favor, la anulabilidad del matrimonio y la de separación, y si el conocimiento se da luego de superado los dos años de matrimonio, la única vía será la separación.

“La justificación de la causal se encontraría en la naturaleza de la unión matrimonial, en la que se da la cópula sexual entre un hombre y una mujer en una relación exclusiva y excluyente” (17).

j) La condena privativa de la libertad por más de dos años impuesta por delito doloso después de la celebración del matrimonio. Lo primero que podemos observar es que en la redacción de la presente causal no se establece el tipo de delito que se debe cometer, si es doloso o culposo, si se comete contra el cónyuge a algún miembro de su familia, etc. En este extremo es una causal que deja mucho para pensar. Consideramos que el cónyuge que sufra este tipo de condena penal ocasionaría en el otro una afectación al honor, a su reputación y que esto en muchos casos haría imposible la vida en común. También debemos tener en cuenta el art. 338 del Cód. Civil peruano que prescribe lo siguiente: “No puede invocar la causal a que se refiere el inciso 10 del art. 333, quien conoció el delito antes de casarse”. El hecho que origina esta causal se encuentra subsumido en el art. 277 inciso 5 del Cód. Civil que sanciona el mismo con la anulabilidad del matrimonio, el plazo para hacer uso del derecho de acción es de dos años.

k) La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. Esta causal será analizada más adelante.

l) La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el art. 335. La doctrina establece que “(...) la separación de hecho debe presentarse como causa objetiva, sin entrar a investigar el por qué se produjo la separación ni tampoco buscar culpables, bas-

ta solo la separación y que se hayan cumplido los plazos, por lo tanto, podríamos estar frente al caso del abandonante que luego de cometer una ilicitud, como la de abandonar a su cónyuge e hijos, esperaría el transcurso del plazo para solicitar la separación legal, tan cierto es esto que el mismo inciso contiene una excepción al art. 335 del Cód. Civil, referido a que nadie puede invocar hecho propio para solicitar separación, pues bien, para el caso bajo comentario no se aplicaría tal artículo que, como sabemos, parte de una base ética” (18).

Esta causal debe cumplir con ciertos requisitos, siendo estos los siguientes: 1) requisito objetivo, que es el quebrantamiento permanente de la convivencia, 2) requisito subjetivo, la falta de voluntad para seguir juntos, 3) requisito temporal, el cumplimiento del término legal, 4) el cumplimiento de la obligación alimentaria, y 5) que la separación no sea consecuencia del trabajo.

m) La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio. En este caso ambos cónyuges han acordado dar por concluido el matrimonio, este debe tener una duración no menor de dos años, en el caso de que existan hijos menores, los cónyuges deben acompañar a su solicitud los acuerdos correspondientes a la tenencia, régimen de visitas, alimentos y la liquidación de la sociedad de gananciales. En estos casos el Ministerio Público interviene en salvaguarda de los menores de edad, en caso los cónyuges no tuvieran hijos menores evidentemente el Ministerio no intervendrá.

*V.2. Propuesta de modificación de las causales de disolución del vínculo matrimonial presentadas por la comisión encargada del Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano*

En esta sección presentaremos una pieza gráfica elaborada por el Dr. Castillo Freyre quien plasma en un cuadro comparativo la norma vigente y la propuesta de reforma presentada por la comisión encargada del Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano al art. 333 que regula las causales de disolución del vínculo matrimonial. Así también las opiniones de este jurista peruano respecto a la propuesta de modificación a esta norma.

(17) *Ibidem*, p. 207.

(18) *Ibidem*, p. 212.

*Artículo 333*

<b>Código Civil vigente</b>	<b>Anteproyecto de Reforma del Código Civil (R.M. n.º 0300-2016-JUS)</b>
<p>Artículo 333.- Causales</p> <p>Son causas de separación de cuerpos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El adulterio.</li> <li>2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.</li> <li>3. El atentado contra la vida del cónyuge.</li> <li>4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.</li> <li>5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.</li> <li>6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.</li> <li>7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el art. 347.</li> <li>8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.</li> <li>9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.</li> <li>10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.</li> <li>11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.</li> <li>12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el art. 335.</li> <li>13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.</li> </ol>	<p>Artículo 333.- Causales.</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Son causas del divorcio o, en su caso, de separación de cuerpos:             <ol style="list-style-type: none"> <li>a) Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos.</li> <li>b) La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años.</li> <li>c) El mutuo acuerdo de los cónyuges, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio.</li> </ol> </li> <li>2. El divorcio o separación de cuerpos convencional será judicial, notarial o administrativo municipal.</li> </ol>

Fuente: CASTILLO, M. "Tentaciones Académicas 2", Servicios Gráficos S.A., Lima, 2020, ps. 114-115.

Frente a esta propuesta de modificación, el Dr. Castillo Freyre plantea el siguiente análisis (19): “Este artículo es muy conocido, pues regula las causales de separación de cuerpos. La comisión propone minimizar el divorcio sanción y poner de relieve el divorcio remedio. Para tal efecto, plantea derogar los once primeros incisos del 333 y subsumirlos en un inciso que diga ‘Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos.’ El primer problema de la norma propuesta es su inmensa amplitud y vaguedad, la misma que podría dar pie a invocar muchas situaciones para hacerlas encuadrar en el precepto. A entender nuestro, las causales de separación de cuerpos deben ser lo más precisas posibles, a efectos de evitar que se juegue con un tema tan delicado. Mejor es una lista taxativa, como la de los incisos 1 al 11 del art. 333 en actual vigencia, que una lista infinita de supuestos, como la que consagraría el proyectado inciso 1, literal a) del art. 333. Por otra parte, la comisión propone en el art. 333, inciso 1, literal b), «La separación de hecho de los cónyuges durante un periodo ininterrumpido de dos años». Esta norma deroga la parte del inciso 12, que señala que «Dicho plazo será de cuatro años y si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad». No estamos de acuerdo con esta supresión, pues la norma en vigencia protege a los hijos menores de edad y brinda una oportunidad mayor para que los cónyuges reflexionen al respecto. Además, se propone derogar el extremo del inciso 12, que dice «En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el art. 335». Esta norma no debería ser derogada porque ella marca, precisamente, la diferencia entre las normas de divorcio sanción (art. 333, incisos 1 al 11) y las relativas al divorcio remedio (incisos 12 y 13, en actual vigencia).

“Por otra parte, la comisión propone regular un literal c) para el nuevo inciso 1, que diga: ‘El mutuo acuerdo de los cónyuges, después de transcurrido un año de la celebración del matrimonio’, reduciendo el plazo actual de dos años, a uno. Tampoco estamos de acuerdo con esta propuesta que reduce las posibilidades de la pareja de tener una adecuada reflexión sobre la posibi-

lidad de mantener o terminar con su matrimonio. Siguiendo la lógica de la comisión, mejor se podría suprimir el plazo mínimo y permitir que los cónyuges acuerden su separación el mismo día en que se casaron”.

Después de haber presentado instituciones tan relevantes como la familia, el matrimonio, la unión de hecho y las causales de disolución del vínculo matrimonial desde la doctrina y lo que prescribe la ley, era también relevante dar a conocer la última propuesta de modificación a las causales de disolución del vínculo matrimonial, propuesta que data del año 2019 y que recibe interesantes análisis como el presentado en el párrafo precedente. Ahora es momento de dar a conocer nuestro punto de vista acerca del divorcio y sobre todo de esta propuesta de modificación, siendo esta una opinión muy particular.

## **VI. Sobre la reforma de las causales de disolución del vínculo matrimonial. Un guiño a la imposibilidad de hacer vida en común**

La disolución del vínculo matrimonial se produce cuando los lazos conyugales se han visto lesionados, así por ejemplo a nivel global, en países como Italia, España, Irlanda o Malta, se ha legalizado el divorcio en tiempos relativamente recientes, ello directamente relacionado con algunos cambios socioculturales que están transformando la forma en la que se vive y, especialmente, en la que se comparte el hogar (20).

Así también en Latinoamérica, al hacer una radiografía de los matrimonios en el país de Colombia, tomando información suministrada por la Superintendencia de Notariado y Registro (SNR) de los últimos años, la Corporación Excelencia en la Justicia (CEJ), encontró que por cada 100 matrimonios registrados se presentaron 41 divorcios entre enero de 2016 y septiembre de 2019. En consecuencia, en este periodo se registraron 214.596 matrimonios civiles y 88.118 divorcios. La información suministrada detalla que en 2016 se presentaron 61.518 matrimonios civiles en Colombia, 58.289 en 2017, 56.309 en 2018 y 38.480 hasta el tercer trimestre de 2019. Mientras que 23.262 divorcios se presentaron

(19) CASTILLO, M., "Tentaciones Académicas 2", Servicios Gráficos S.A., Lima, 2020, p. 115 — 116.

(20) Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico. En: <https://elordenmundial.com/mapas-y-graficos/tasa-divorcios-ocde/>. (Septiembre 2020)

en 2016, 23.065 en 2017, 24.057 en 2018 y 17.734 hasta el tercer trimestre de 2019. Durante los tres primeros trimestres de 2019 se celebraron 12% menos matrimonios en comparación a los celebrados durante el mismo periodo en 2016; 5% menos en comparación a 2017 y 0.4% menos en comparación a los registrados durante 2018 (21).

Por otro lado, el país de Ecuador cuenta con el Registro Estadístico de Matrimonios y Divorcios, siendo una investigación orientada a cuantificar los hechos vitales ocurridos e inscritos en las oficinas de Registro Civil a nivel nacional. Los datos se obtuvieron gracias a la información proporcionada por las oficinas de la Dirección Nacional de Registro Civil, Identificación y Cedulación y Corporación Registro Civil de Guayaquil. Es importante mencionar que se incluyó en esta investigación la información de matrimonio civil igualitario y divorcios, obteniéndose así que en 2020 se registraron 38.938 matrimonios y 14.568 divorcios (INEC, 2020).

En el plano nacional, en el Perú, el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) según la información proporcionada por el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC), dio a conocer que en el año 2018 se inscribieron 92.440 matrimonios civiles a nivel nacional. Por departamento, se aprecia que el 43,4% de los matrimonios se inscribieron en el departamento de Lima (40 141), le siguen Arequipa 6,0%, Puno 4,8%, Cusco 4,7%, Junín 4,4%, La Libertad y Piura 4,3% cada uno, entre los de mayor proporción. En lo que respecta al divorcio, de acuerdo con el RENIEC, en el año 2018, a nivel nacional se registraron 16.742 divorcios. Por departamento se observó que el mayor porcentaje de divorcios se reportó en Lima con 63,6%, seguido de la Provincia Constitucional del Callao 8,1%, La Libertad 5,4%, Arequipa 2,9%, entre otros. Por lo tanto, la tasa de divorcios en el país representa 5 por cada 10.000 habitantes, siendo el Callao la que registra la tasa

más alta, al reportar 13 por cada 10.000 habitantes (22).

Ante dicha situación, se tiene que en el año 2019 se emitió la res. ministerial 0128-2019-JUS, en la cual se establecen diversas modificaciones al Código Civil peruano, no siendo una excepción las causales de disolución del vínculo matrimonial; estas propuestas de reforma fueron presentadas por el Grupo de Trabajo del anteproyecto de reforma del Código Civil de 1984, así se encuentra, por ejemplo, que:

La comisión propone minimizar el divorcio sanción y poner de relieve el divorcio remedio. Para tal efecto, plantea derogar los once primeros incisos del 333 y subsumirlos en un inciso que diga: “Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos”. El primer problema de la norma propuesta es su inmensa amplitud y vaguedad, la misma que podría dar pie a invocar muchas situaciones para hacerlas encuadrar en el precepto (23).

Ciertamente, las últimas propuestas de reforma del Código Civil y en especial aquellas que atañen a las causales de disolución del vínculo matrimonial provocan incertidumbre y la espera prolongada de su discusión, análisis y futura entrada en vigencia crea en los abogados, operadores, y estudiantes el reto académico de analizar, respaldar o criticar estas, proponiendo en muchas oportunidades cambios o recomendaciones significativas a favor de la sociedad y del derecho nacional.

Así, en lo que respecta a la propuesta por la cual se reducen las causales de divorcio, algunos sectores establecen que el acogimiento de un sistema divorcista no casual es la única fórmula que puede dar la seguridad de gozar del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el

(21) Corporación Excelencia en la justicia. En: <https://cej.org.co/destacados-home-page/el-matrimonio-estadejando-de-ser-para-siempre-entre-enero-de-2016-y-septiembre-de-2019-por-cada-100-matrimonios-registrados-en-colombia-se-presentaron-41-divorcios/>. (Mayo 2020)

(22) Instituto Nacional de Estadística e Informática. En: <https://www.inei.gov.pe>

(23) CASTILLO, M., ob. cit., p. 115.

cual irradia el derecho a la intimidad y a la dignidad familiar y personal (24).

Sin embargo, el Dr. Castillo (25) sostiene que la propuesta presentada por el Grupo de Trabajo del anteproyecto de reforma del Código Civil de 1984 más que un acierto, es un error, en tanto que lo más adecuado para nuestra realidad es tener un divorcio causado y no brindar la posibilidad ilimitada a los justiciables de poder demandar la disolución del vínculo matrimonial bajo cualquier supuesto, lo cual sería posible si entrara en vigencia dicha propuesta. Así, el mencionado jurista sostiene como un primer problema la amplitud y vaguedad de situaciones que podrían ser el inicio de múltiples demandas de divorcio, según lo señalado por él:

Las causales de separación de cuerpos deben ser lo más precisas posibles, a efectos de evitar que se juegue con un tema tan delicado. Mejor es una lista taxativa, como la de los incisos 1 al 11 del art. 333 en actual vigencia, que una lista infinita de supuestos, como la que consagraría el proyectado inciso 1, literal a) del art. 333.

Teniendo en cuenta lo antes explicado y habiendo presentado en páginas precedentes la propuesta de reforma por parte de la comisión encargada del Anteproyecto de Reforma del Código Civil Peruano y la opinión de juristas nacionales, nos podríamos preguntar: ¿de qué manera debe plantearse la reforma legal de las causales de disolución del vínculo matrimonial en el derecho de familia peruano?, ¿es correcta la propuesta de reforma de las causales de disolución establecidas en el art. 333 del Código Civil Peruano?

Estas interrogantes y el estudio hecho, nos lleva a plantear el siguiente presupuesto, consideramos que la reforma de las causales de disolución del vínculo matrimonial debe plantearse de manera precisa, clara, evitando crear una amplitud y vaguedad perjudicial en un tema donde lo ideal es tener causales lo más defini-

das posibles, siendo esto así, se debe modificar el art. 333 del Cód. Civil, para ello se debe establecer una nueva regulación del artículo antes mencionado (pero no como lo propone la comisión encargada del Anteproyecto de Reforma del Código Civil), donde se excluya del total de causales únicamente el aún vigente inciso 11 que prescribe: “La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial”, justamente por ser una causal que tiene una redacción que permite una amplitud de supuestos, una vaguedad que evidentemente es perjudicial en una norma del derecho de familia que debería gozar de claridad y de exactitud, más aún cuando el derecho contemporáneo propugna precisión en la regulación de estas causales, justamente este inciso adolece de precisión, por lo que este supuesto de disolución del vínculo matrimonial se encontraría subsumido en otras causales.

Lo comentado en el párrafo precedente también es compartido por la doctrina nacional, la cual establece que la causal de imposibilidad de hacer vida en común es “(...) una causal abierta y, en abstracto, comprendería a todas las situaciones descritas en otras causales, pues solo a guía de ejemplo diremos que, respecto del adulterio, es obvio que una falta de esta naturaleza torna imposible la vida en común, o el atentado contra la vida del cónyuge imposibilita la vida en común, por lo que, respecto a la causal que comentamos, la dejaría casi sin contenido, y en atención a ello en la práctica judicial se está dejando a la discrecionalidad del juez tomar en cuenta la causal según el caso específico que se presente” (26).

## VII. A modo de conclusión

- Como primera conclusión: del trabajo realizado y de acuerdo a las bases teóricas, y análisis documental creemos que es necesario y útil reformar el art. 333 del Cód. Civil que regula las causales de disolución del vínculo matrimonial proponiendo una regulación más precisa y clara, evitando así crear una amplitud y vaguedad perjudicial en un tema donde lo ideal es tener causales lo más precisas posibles, para ello la derogación del aún vigente inciso 11 que prescribe: “La imposibilidad de hacer vida en

(24) MORENO, G., Las decisiones extranjeras de divorcio frente a la exigencia de conformidad con el derecho del foro: El ejemplo chileno y peruano. Recuperado en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6405344>. (2018)

(25) CASTILLO, M., ob. cit., p. 115.

(26) AGUILAR, B., ob. cit., p. 211 - 2012.

común, debidamente probada en proceso judicial” es lo ideal.

- Como segunda conclusión: consideramos que la propuesta de reforma a las causales de disolución del vínculo matrimonial que presentó en el 2019 la comisión encargada de la reforma del Código Civil peruano de 1984 en lugar de solucionar o actualizar nuestra normativa en el derecho de familia estaría creando una vaguedad y la amplia posibilidad de invocar infinidad de supuestos que se podrían enmarcar en un único precepto que a la letra establece: “Cuando se verifican hechos, atribuibles a uno o a ambos cónyuges, que hagan intolerable la convivencia de estos o que ocasionen un grave perjuicio al desarrollo y bienestar de los hijos”. Consideramos que lo más adecuado sería mantener un sistema causado de divorcio derogando únicamente el aún vigente inciso 11 del art. 333 del Cód. Civil peruano.

- Como tercera conclusión: se puede afirmar que, del análisis de la doctrina como parte del estudio del orden jurídico propio de la dogmática jurídica, se obtiene que las fuentes documentales analizadas establecen un cuidado y protección para la familia lo cual no significa que no acepten el divorcio y sus causales como la solución frente a la imposibilidad de mantener vivo el matrimonio, concluyendo que el mantener el divorcio causado en el Perú es lo

más adecuado procurando modificar la regulación con el fin de obtener una normativa clara y precisa, por eso es importante para el proceso de divorcio contar con causales específicas que den por concluido el matrimonio teniendo en cuenta que esta institución (el matrimonio) es promovido por el Estado.

- Como cuarta conclusión: finalmente, consideramos que la modificación o actualización del art. 333 del Cód. Civil peruano es necesaria, debido a que el derecho y sus normas son cambiantes y estas deben ser reflejo de lo que acontece en la sociedad, siendo más precisos se requiere de una norma que regule el divorcio causado pero con causas precisas, claras y no ambiguas que puedan ser postuladas como última opción para dar por concluido el matrimonio y, el citado artículo, no es reflejo de lo que acontece en esta sociedad y menos contiene en su fórmula legal un conjunto de causales claras, motivo por el cual, en el presente trabajo establecemos como único aspecto a tomar en cuenta para su actualización el siguiente: se debe modificar o actualizar el art. 333 del Cód. Civil peruano, manteniendo las causales en el consignado con la única excepción del inciso 11 el cual debe ser derogado, logrando así tener una norma libre de imprecisiones y vaguedades. Quedando la propuesta legislativa de la siguiente manera:



<p align="center"><b>Código Civil vigente de 1984</b></p> <p align="center"><b>Artículo 333.- Causales</b></p>	<p align="center"><b>Propuesta legislativa</b></p> <p align="center"><b>Artículo 333.- Causales</b></p>
<p>Son causas de separación de cuerpos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El adulterio.</li> <li>2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.</li> <li>3. El atentado contra la vida del cónyuge.</li> <li>4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.</li> <li>5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.</li> <li>6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.</li> <li>7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el art. 347.</li> <li>8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.</li> <li>9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.</li> <li>10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.</li> <li>11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.</li> <li>12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el art. 335.</li> <li>13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.</li> </ol>	<p>Son causas de separación de cuerpos:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. El adulterio.</li> <li>2. La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.</li> <li>3. El atentado contra la vida del cónyuge.</li> <li>4. La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.</li> <li>5. El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.</li> <li>6. La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.</li> <li>7. El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el art. 347.</li> <li>8. La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.</li> <li>9. La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.</li> <li>10. La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.</li> <li><b>11. La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial. (*)</b></li> <li>12. La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el art. 335.</li> <li>13. La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.</li> </ol>

(\*) Derogado

Elaboración: Lizeth Vanessa Livias de Freitas



# ESTUDIOS

---



# Códigos Procesales de Familia, componedores de derechos

Ángela G. Fernández (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Generalidades.— III. Rol del juez.— IV. NNyA y su abogado.— V. Casuística.— VI. Conclusión.

## I. Introducción

Las relaciones de familia, su dinámica y permanente transformación exigen contar con un procedimiento especializado que permita abordar los conflictos de manera integral.

El derecho a la tutela judicial efectiva y el respeto a las garantías del debido proceso entrelazan sus raíces en el reconocimiento de grupos vulnerables.

La necesidad de fijar pautas diferenciadas para atravesar los conflictos vinculares, e incluso para facilitar el desarrollo autónomo de cada uno de sus miembros, requiere la implementación de mecanismos que faciliten el acceso a la justicia y garanticen el devenir de un proceso con perspectiva de derechos humanos.

La flexibilidad de las formas, la participación de un equipo interdisciplinario y el análisis de la situación con perspectiva de género —sin menospreciar los antiguos rituales dispositivos—, se presentan como nuevas pautas rectoras a la hora de transitar el proceso frente al conflicto y de otorgarle una solución.

Estas ideas no son novedosas en los ámbitos forenses especializados de nuestro país. Sin embargo, aún son pocas las jurisdicciones que han regulado y puesto en práctica esta normativa procesal específica.

---

(\*) Abogada. Docente CBC/UBA "Principios de Derechos Humanos y Derecho Constitucional". Exintegrante del Equipo Público de Abogados del Niño de la AGT. Actualmente en funciones en la Defensoría de Menores e Incapaces en lo Civil, Comercial y del Trabajo N° 7.

El objetivo de este trabajo consistirá en resaltar sus puntos principales, señalando tanto las coincidencias como los articulados novedosos, y mostrar la incidencia que pueden tener en las relaciones familiares sometidas a un trámite judicial.

## II. Generalidades

"La primera estructura fundamental del orden procesal viene dada por la Constitución, y en nuestro país por los tratados internacionales con rango constitucional enunciados en el art. 75, inciso 22, en los derechos procesales fundamentales que allí se establecen, todo (...) se conjuga para consagrar el derecho a la tutela judicial efectiva" (1).

"El hecho que el hombre sea titular de una cantidad de garantías inherentes a su dignidad posibilita que se constituya en el centro, raíz y fin del ordenamiento jurídico". Esas garantías "no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normativa y efectividad, posibilitando la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional (...) sus alcances no se limitan a la defensa de los derechos, sino también se extienden al resguardo de las instituciones y del sistema constitucional mismo" (2).

---

(1) PAULETTI, A.C., "La importancia actual de los principios del proceso civil", en PEYRANO, J. W. (dir.), Principios Procesales, Editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2011, t. I, ps. 73/75.

(2) CALVINHO, G., "El proceso con derechos humanos — Método de debate y garantía frente a poder", Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, 2011, ps. 36, 76 y 77.

Por su parte, “el Código Civil y Comercial de la Nación ha sentado las bases que han de regir los procesos de familia en todo el país. En dicha regulación erige a la tutela judicial efectiva como el principio primero y más relevante, que debe tomarse en cuenta para el diseño de las regulaciones procesales locales (art. 706, CCCN). Tal afirmación no soslaya que la sola inclusión de la tutela judicial efectiva en el Código Civil y Comercial, como principio esencial en los procesos de familia, constituye también una pauta de interpretación normativa dirigida al juez, quien en la aplicación de las disposiciones procesales debe optar por la más congruente con ese fin (conf. arts. 1° y 2°, CCCN). No obstante ello, la adecuación de la normativa procesal resulta imprescindible”. Son las leyes procesales locales las que deben “incorporar los institutos que permitan asegurar la tutela judicial efectiva y oportuna” (3).

Esto fue receptado y plasmado en el Código Procesal de Familia y Violencia Familiar de la provincia de Mendoza (4) cuando en su art. 2° establece: “Interpretación y aplicación de las normas procesales. Las disposiciones de esta ley deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales ratificados por la Nación Argentina, las leyes de la Nación y la Constitución de la Provincia de Mendoza”.

También en el Código Procesal de Niñez y Adolescencia de la provincia del Chaco (5), cuando en el art. 1° dispone: “Fines del proceso e interpretación y aplicación de las normas pro-

cesales. La finalidad del proceso de niñez, adolescencia y familia es la efectiva operatividad de las normas del derecho sustancial. Las disposiciones de este código deben ser interpretadas y aplicadas en consonancia con la Constitución Nacional y la Constitución de la Provincia del Chaco, los instrumentos internacionales de Derechos Humanos en los que la Nación sea parte, en el Código Civil y Comercial de la Nación y los principios generales de los procesos de familia enunciados en este cuerpo normativo; las leyes especiales y las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de Personas en Condiciones de Vulnerabilidad”.

Lo mismo en el Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de la provincia de San Luis (6), que en su art. 2° dispone: “Interpretación y aplicación de las normas procesales. Las disposiciones de este Código deben ser interpretadas y aplicadas de conformidad con la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los Tratados Internacionales ratificados por la Nación Argentina, las leyes de la Nación y la Constitución de la Provincia de San Luis”.

Debe internalizarse que las garantías procesales son las instituciones creadas a favor de las personas, para que dispongan de los medios necesarios para hacer efectivo el goce de sus derechos subjetivos.

En los nuevos códigos procesales de niñez y familia se consideró necesario hacer referencia a cómo deben interpretarse y aplicarse las normas de procedimiento en consonancia con los estándares internacionales de derechos humanos, especialmente aquellos específicos para una categoría especialmente considerada de

(3) DE LOS SANTOS, M., “El Código Procesal Modelo para la Justicia de Familia y la Garantía de la Tutela Judicial Efectiva”, Cita: RC D 1398/2017 — Tomo 215 2 — Procesos de Familia — Revista De Derecho Procesal.

(4) Ley 9120 — Mendoza, 13 de noviembre de 2018 — Boletín Oficial, 21 de noviembre de 2018 — Vigente, de alcance general — Id SAIJ: LPM0009120 - <http://www.saij.gov.ar/9120-local-mendoza-codigo-procesal-familia-violencia-familiar-lpm0009120-2018-11-13/123456789-0abc-defg-021-9000mvorpyel>

(5) Ley Nro. 2950-M — Dec. 3142 — 26 de diciembre de 2018 - file:///D:/Texto%20para%20Rosalia/C%3%B3digos%20procesales%20provinciales%20-%20DE%20FAMILIA/Codigo-ni%C3%B1ez-familia-adolescencia-Chaco.pdf

(6) Ley VI 1053 — San Luis - 13 de septiembre de 2021 — Boletín Oficial, 13 de septiembre de 2021 — Vigente, de alcance general — Id. SAIJ: LPD0001053 - <http://www.saij.gov.ar/1053-local-san-luis-codigo-procesal-familia-ninez-adolescencia-provincia-san-luis-lpd0001053-2021-09-13/123456789-0abc-defg-350-1000dvorpyel?&o=7&f=Total%7CFecha%7CEstado%20de%20Vigencia/Vigente%2C%20de%20alcance%20general%7CTema/Derecho%20procesal%7COrganismo%5B5%2C1%5D%7CAutor%5B25%2C1%5D%7CJurisdicci%F3n%5B5%2C1%5D%7CTribunal%5B5%2C1%5D%7CPublicaci%F3n%5B5%2C1%5D%7CColecci%F3n%20tem%E1tica%5B5%2C1%5D%7CTipo%20de%20Documento/Legislaci%F3n&t=3783#>

justiciables —como son las niñas, niños y adolescentes— y también cita alguno de ellos, un instrumento internacional orientado a un colectivo más amplio, el de personas que por diversas causas están en situación de vulnerabilidad y que por supuesto incluye a las niñas, niños y adolescentes: Las Reglas de Brasilia.

La realidad mostró también, la necesidad de dejar expresamente aclaradas las características y los principios generales que atañen a este tipo de procesos para garantizar la tutela judicial efectiva que, por naturaleza, requiere de una regulación con la suficiente plasticidad para hacer frente a las humanas y más que complejas relaciones familiares. Pero también para solventar la desigualdad real entre las personas que lo transitan, pero sin por ello vulnerar derechos y garantías procesales de aquel sujeto que en la relación familiar judicializada aparenta estar en una posición de más poder.

“El sistema interamericano (...) avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación” (7).

Las Reglas de Brasilia nos dan esta definición: “se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico” (8).

Fácilmente se deduce que en las relaciones sometidas a decisión de los tribunales de Familia se ven a diario todas aquellas notas que ponen al justiciable en condición de vulnerabilidad y no es extraño verlas combinadas.

(7) Comisión Interamericana de Derechos Humanos — Compendio sobre la igualdad y no discriminación — Estándares interamericanos — punto 25 - <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Compendio-Igualdad-NoDiscriminacion.pdf>

(8) Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad — XIV Cumbre Judicial Interamericana — Brasilia 4 a 6 de marzo de 2008 — Regla 3 - <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2009/7037.pdf>

En el fallo “Caso Carvajal y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de marzo de 2018. Serie C No. 352” la Corte Interamericana de Derechos Humanos dispuso en el apartado 193: “La Corte ha establecido que las niñas y los niños tienen derechos especiales a los que corresponden deberes específicos por parte de la familia, la sociedad y el Estado. Además, su condición exige una protección especial debida por este último y que debe ser entendida como un derecho adicional y complementario a los demás derechos que la Convención reconoce a toda persona. Asimismo, el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos de la niña y del niño”. Esta definición no excluye aquellas medidas positivas dentro del ordenamiento procesal. Antes bien, es preciso que existan y se opere de acuerdo con ellas, pues de lo contrario los tribunales llegarían a decisiones apartadas de aquel estándar de protección especial.

Expresado en palabras de la Corte IDH, caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 9 de marzo de 2018: “Este Tribunal recuerda que un proceso, para alcanzar sus objetivos, debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia para atender el principio de igualdad ante la ley y los tribunales y la prohibición de discriminación”.

Llegados a este punto podemos afirmar que el lazo entre lo constitucional, lo humano y lo procedimental se presenta como un conjunto menos riguroso de la forma, pero más equitativo en la tutela. Por cuanto “los Estados tiene la obligación de reconocer y respetar los derechos y libertades de la persona humana, así como a proteger y asegurar su ejercicio a través de las respectivas garantías (art. 1.1.), medios idóneos para que aquellos sean efectivos en toda circunstancia” (9).

“Los Estados no deben interponer obstáculos a las personas que acudan a los jueces o tribunales con el fin de que sus derechos sean determinados o protegidos” señaló el mismo Tribunal internacional, en una redacción de claridad me-

(9) Condición jurídica y Derechos Humanos del Niño - Opinión Consultiva OC 17/2002 del 28 de agosto de 2002.

ridiana de lo que en lenguaje coloquial llamaríamos borrar con el codo (procesal) lo que se escribió con la mano (compromisos normativos con los DDHH).

Así algunos de los códigos de procedimiento especializado, han distinguido en su articulado, por un lado, los caracteres y —por otro— los principios generales rectores en estos procesos. Como ser el de la provincia de Mendoza, donde en su art. 3° señala como “características de los procesos de familia y de violencia familiar: a) Especialidad en familia y violencia familiar; b) Interés superior del niño; c) Acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad; d) Libertad, amplitud, flexibilidad de la prueba y cargas probatorias dinámicas; e) Aplicación de soluciones alternativas a la judicialización; f) Resolución consensuada de los conflictos; g) Participación en el proceso de las niñas, niños y adolescentes, mayores de edad con capacidad restringida e incapaces; h) No se aplica el instituto de caducidad de instancia, salvo que se trate de acciones exclusivamente patrimoniales, entre personas mayores de edad; i) Aplicación supletoria del Código Procesal Civil, Comercial y Tributario de la Provincia de Mendoza”; y en el 4° hace referencia a los principios, dejando constancia que “en los procesos de familia y de violencia familiar rigen los principios de oralidad, intermediación, oficiosidad, buena fe y lealtad procesal, gratuidad y acceso limitado al expediente (...)”.

Otros en cambio han preferido hacer referencia a ellos de manera conjunta, como por ejemplo el de Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de la provincia de San Luis (10) que en su art. 3° establece: “El proceso establecido en el presente Código tendrá los siguientes caracteres y principios generales: a) Especialidad en familia y violencia familiar; b) Interés superior del niño; c) Tutela judicial efectiva (...); d) Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niñas, niños y adolescentes (...) e) Prueba: los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba; f) Cargas probatorias dinámicas: la carga de la prueba recae en quien

está en mejores condiciones de probar. Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos; Resolución consensuada de los conflictos; h) No se aplica el instituto de la caducidad de instancia, salvo que se trate de acciones exclusivamente patrimoniales, entre personas mayores de edad o que la misma favorezca a niñas, niños y adolescentes y/o personas con discapacidad; i) Principio de oralidad e Intermediación: El proceso de familia se desarrolla mediante audiencia orales, estando las partes del proceso, en contacto personal con la Jueza o Juez, facilitando la interacción de las mismas, escuchando activamente; además se debe mantener contacto directo y comunicación personal con los órganos de prueba y miembros del Cuerpo Médico Forense. Es obligatorio en todo proceso que tenga como parte a una niña, niño o adolescente, que el mismo sea escuchado en forma directa por la Jueza o Juez según su madurez y capacidad progresiva o por un equipo interdisciplinario según corresponda; j) Principio de Oficiosidad (...); k) Principio de Buena Fe y Lealtad Procesal (...); l) Principio de Gratuidad (...); m) Acceso limitado al expediente (...); n) Plazos: En el proceso de familia los plazos son fatales, el plazo para resolver la causa comienza a correr una vez firme el decreto de autos; ñ) Economía procesal (...); o) Lenguaje: los actos y resoluciones judiciales deben redactarse mediante construcciones sintácticas sencillas y comprensibles que respondan a la situación particular de las partes, sin perjuicio de su rigor técnico; p) Aplicación supletoria del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de San Luis”.

Lo mismo ocurre con el Código de Procedimiento de Familia de Córdoba (11), que en su “CAPÍTULO III PRINCIPIOS - Caracteres y principios generales del proceso de familia. Art. 15°: El proceso de familia regulado en la presente ley debe respetar los siguientes principios generales: 1) Tutela judicial efectiva (...); 2) Extrapatrimonial (...); 3) Oficiosidad (...); 4) Plazos: en el proceso de familia los plazos son fatales. El

(10) Ley VI 1053 — San Luis, 13 de septiembre de 2021 — Boletín Oficial, 13 de septiembre de 2021, Vigente, de alcance general — Id SAIJ: LPD0001053.

(11) Ley 10305 — Córdoba, 23 de septiembre de 2015 — Boletín Oficial, 8 de octubre de 2015 — Vigente, de alcance general — Id. SAIJ: LPO0010305 - <http://www.saij.gob.ar/10305-local-cordoba-codigo-procedimiento-familia-lpo0010305-2015-09-23/123456789-0abc-defg-503-0100ovorpyel>



plazo para resolver la causa comienza a correr una vez firme el decreto de autos; 5) Oralidad e intermediación (...); 6) Economía procesal (...); 7) Conciliación (...); 8) Acceso limitado al expediente (...); 9) Interés superior de las niñas, niños y adolescentes (...); 10) Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niñas, niños y adolescentes (...) 11) Prueba: Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba (...); 12) Lenguaje (...); 13) Buena Fe y Lealtad Procesal (...)."

O el de Código Procesal de la Niñez Adolescencia y Familia de la provincia del Chaco que en su art. 2° establece: "Preceptos generales. En el proceso de familia regirán las siguientes reglas y principios generales: 1) Tutela general efectiva y debido proceso (...); 2) Acceso a la justicia de personas en situación de vulnerabilidad (...); 3) Especialidad e Interdisciplinariedad (...); 4) Interés superior del niño (...); 5) Resolución consensuada de los conflictos (...); 6) Participación en el proceso de personas con capacidad restringida, incapaces y niñas, niños y adolescentes (...); 7) Proceso por audiencias (...); 8) Oficiosidad y dirección del proceso (...); 9) Gratuidad (...); 10) Reserva. Acceso limitado al expediente (...) 11) Lenguaje (...); 12) Flexibilidad de las formas y la congruencia (...); 13) Principios relativos a la prueba (...); 14) Principio de colaboración (...); 15) Principio de la doble instancia (...); 16) Pueblos originarios (...)."

Lo propio hace el Código Procesal de Familia de Entre Ríos (12), al sentar en el "Título I - Parte General - Capítulo I.- Principios generales" en los cuales señala los principios generales en su artículo primero, haciendo hincapié en la gratuidad, el lenguaje y el principio del interés superior del niño y el derecho a ser oído, en los arts. 2°, 3° y 6° respectivamente. Y el Código Procesal de Familia de Río Negro (13), que en

(12) Ley 10668 — Paraná, 12 de marzo de 2019 — Boletín Oficial, 8 de abril de 2019 — Vigente, de alcance general — Id. SAJ: LPE0010668 - <http://www.saj.gov.ar/10668-local-entre-rios-ley-procesal-familia-lpe0010668-2019-03-12/123456789-0abc-defg-866-0100evorpyel>

(13) Ley 5396 — Viedma, 20 de septiembre de 2019 — Boletín Oficial, 10 de octubre de 2019 — Vigente, de alcance general — Id. SAJ: LPR0005396 - <http://>

su "Libro I - Parte General - Título I Principios del Fuero de Familia" hace referencia a la oficiosidad, gratuidad, lenguaje simple y comprensible, flexibilidad de formas, libertad, amplitud y adquisición de la prueba, conforme los arts. 2°, 3°, 4°, 5° y 6° respectivamente. Incluyendo como varios de los códigos procesales analizados, la multidisciplinaria —ver art. 15—.

Ahora bien, este último Código Procesal introduce entre sus artículos un principio importantísimo para compensar la desigualdad real, como es el de la "perspectiva de género" —ver art. 5°—. Y agrega también "la obligación esencial de quienes intervienen en procesos de familia, (de) no agravar con acciones u omisiones el conflicto familiar motivo del proceso" —ver art. 7°—.

### III. Rol del juez

Llevar adelante un proceso en consonancia con el desarrollo de los derechos humanos, implica recordar que "el juez se ve obligado a ponderar entre la fuerza normativa de la constitución y la mediación legislativa" y que "como resultado de esa ponderación asumirá —o no— un papel más activo en la resolución del caso" (14).

"Si bien la doctrina ha proclamado el activismo judicial en todo tipo de procesos, este modelo se refuerza en lo que Morello ha denominado justicia de 'colaboración' o 'acompañamiento', de marcado interés social, donde el magistrado asume una misión de apoyo y colaboración de todos los involucrados, que se brinda con el fin de compensar las desigualdades de las partes" (15).

[www.saj.gov.ar/4142-local-rio-negro-codigo-procesal-civil-comercial-provincia-rio-negro-lpr2004142-2011-08-11/123456789-0abc-defg-241-4002rvorpyel](http://www.saj.gov.ar/4142-local-rio-negro-codigo-procesal-civil-comercial-provincia-rio-negro-lpr2004142-2011-08-11/123456789-0abc-defg-241-4002rvorpyel)

(14) CALVINHO, G., "El proceso con derechos humanos — Método de debate y garantía frente a poder", Colección Textos de Jurisprudencia, Editorial Universidad del Rosario, 2011, p. 163.

(15) AÓN, L. C. y FAMÁ, M. V., "El abuso del principio dispositivo en los procesos de familia", Cita: RC D 355/2016, Tomo: 2014 1 — Abuso del proceso — Revista de Derecho Procesal.

Su mirada componedora a la hora de resolver el conflicto, y la necesaria intervención de profesionales de diferentes disciplinas, van marcando el camino hacia un proceso en el que la función de todos los operadores judiciales es indispensable.

Entre las pautas que imponen al juez estos nuevos códigos de procedimiento, está el deber del magistrado de “recurrir al equipo técnico interdisciplinario al fin de ampliar el conocimiento sobre el conflicto planteado” —art. 16, inc. 11) del Código Procesal de Niñez y Adolescencia de la provincia del Chaco y 13 inc. 11) del Código entrerriano—, y/o “receptar el asesoramiento del equipo interdisciplinario a fin de ampliar el conocimiento sobre el conflicto planteado” —art. 14, inc. d) del Código Procesal de Familia de Río Negro—.

Todo ello con el fin de garantizar derechos de manera integral y sostenible, así como de evaluar y revisar su incidencia en la problemática familiar.

En el caso del ordenamiento procesal de la provincia patagónica, agrega algunas tareas específicas en cabeza del secretario o secretaria del juzgado, como “dirigir en forma personal (...) las audiencias conciliatorias”; y, entiendo que lo siguiente es no solo novedoso sino de enorme relevancia para los justiciables y su posicionamiento como sujetos y partes en los expedientes —“realizar visitas a los nosocomios y lugares de internación” — conf. art. 16, inc. a) y b).

“Asumiendo una actitud dinámica y responsable, respetuosa de la intimidad familiar y la autonomía personal” —según letra del art. 21, inc. c) del Código Procesal de Familia puntano—. “Incentivando una resolución consensuada del proceso, facilitando un diálogo constructivo y no adversarial” —conf. art. 16, inc. 2) del Código Procesal de Niñez y Adolescencia chaqueño—.

#### IV. NNyA y su abogado

Todos los códigos reseñados, en mayor o menor medida, se refieren al espacio de escucha que deben tener niñas, niños y jóvenes en el proceso de familia. Es una previsión que, a más de 30 años de redactada la Convención sobre

sus derechos, no debería estar ausente de las regulaciones procesales.

Ahora bien, la provincia del Chaco incluye en el art. 33 una disposición que la distingue de las otras provincias, pues exige asistencia letrada en caso de que formule peticiones al tribunal. En una primera lectura y naturalizada la práctica de escuchar a las niñas, niños y adolescentes solos, en un acto procesal oralizado como son las audiencias o entrevistas, podría aparecer como una limitación o un exceso de formalidad inconveniente para la búsqueda del interés superior. Sin embargo, si se hace un análisis detenido de lo que implica, puede llegarse a la conclusión de que agrega una garantía más —y fundamental— a esa persona en extremo vulnerable (16).

En efecto, los códigos procesales —como el Nacional en sus arts. 56 y 57— exigen a cualquier justiciable que se presente con patrocinio jurídico para participar de actos donde se ventilen o controvertan derechos, al igual que para hacer cualquier tipo de presentaciones en el expediente. Eso no puede interpretarse de ningún modo como un obstáculo al acceso a la Justicia, sino como un reaseguro de que, por inexperiencia, estado emocional u otra razón, el particular se perjudique a sí mismo sin saberlo.

Ahora bien, ¿por qué no establecer el mismo requisito cuando se trata de resguardar de eventuales perjuicios a una persona que se encuentra en una situación de especial vulnerabilidad?

Claro que implementar esto exigiría al propio Estado poner medios materiales y humanos para cumplir la obligación que ya tiene hace mucho asumida en cuanto al resguardo de todos los derechos de las niñas, niños y adolescentes, pero ahora puntualmente en cuanto a garantizar una asistencia jurídica especializada, de calidad e independiente en cuanto solo debe responder a los deseos o necesidades que plantea su asistido.

---

(16) Art. 33 del código chaqueño: comparecencia sin patrocinio letrado de personas menores de edad y con capacidad restringida. El juez debe dar a conocer a la niña, niño o adolescente con edad y grado de madurez suficiente o a la persona con capacidad restringida que ha presentado un escrito que requiere firma de abogado, sin ella no puede tratar su petición, debiendo ser ratificada por un letrado.

En este orden el Código chaqueño dispone que “las niñas, niños y adolescentes que cuenten con edad y grado de madurez suficiente y las personas con capacidad restringida pueden solicitar al Juez, al Ministerio Público, a entidades profesionales del derecho u organismos del Poder Ejecutivo pertinentes, información sobre los posibles abogados especializados a los fines de elegir uno que lo asista en juicio” —art. 31—.

Lamentablemente, se avanza muy lentamente en este tipo de cambios, que aún realiza discriminaciones, olvidando que “el Poder Judicial está obligado a remover los obstáculos legales de jerarquía inferior a las normas constitucionales en aras de tal propósito” (17).

### V. Casuística

Compartimos a título ejemplificativo, tres fallos donde se cita la normativa procesal de familia y resultan ejemplificativos de lo escrito hasta aquí, no en tanto disponen realizar determinados actos procesales, sino en cuanto establecen estándares que deben regir la actitud y proceder de los magistrados. Podríamos decirle “pautas de humanización del proceso”.

El primero corresponde a una violencia familiar: “Resistencia, 28 de mayo de 2021. Encuadrándose el caso de autos en lo previsto por la normativa contenida en los arts. 149, 150, y 151 de la ley 2950-M de la Prov. del Chaco, destaco que: los presupuestos de admisibilidad son la verosimilitud del derecho, el peligro en la demora y la prestación de una caución o contra cautela. En estos tipos de supuestos, la interpretación de los presupuestos tiene ciertas aristas particulares. (...) Las medidas protectorias enumeradas (se refiere al art. 165) son meramente enunciativas. El Juez puede disponer toda otra medida que entienda corresponder para asegurar el cuidado y protección de la víctima según la situación o hechos de violencia acaecidos (...) situación que debo considerar ya que la denunciante o sus hijos no solo tienen temor de acercarse, sino que a raíz de la presente resolución se busca evitar que intenten romper el orden de alejamiento respecto del presunto agresor para

comprobar el estado de los perros poniendo en peligro su propia integridad” (18).

En función de la valoración que hace de esos presupuestos de las cautelares y la amplitud que le otorga el art. 165, el tribunal dispone una medida de resguardo de la víctima de violencia doméstica no enumerada en la ley y ordena que se le restituyan dos perros, los que representaban un enorme valor afectivo en la etapa vital que aquella transcurría y eran utilizados por el victimario como instrumento para presionar y afligir a su víctima.

En este otro fallo, la magistrada hace aplicación del lenguaje simple y comprensible que establece el art. 4° del Código de Río Negro, al punto de dedicarle un párrafo a la joven cuyos intereses se ventilaban, como si se dirigiera a una adolescente de su propia familia. En este le explica con claridad coloquial que estaba decidiendo —nada menos— la inconstitucionalidad de un artículo del Cód. Civ. y Com.: “Viedma, 17 de agosto de 2021.- Y Vistos: Los presentes obrados caratulados: ‘ACCY s/ guarda’ (...). Por último quiero dedicarle un párrafo a MAC porque tengo presente que la participación del niño, niña o adolescente en el proceso va más allá del espacio de escucha, sino que se completa con una devolución en lenguaje sencillo y comprensible de lo decidido para que la sentencia llegue a ella, a la niña, que es su principal destinataria (art. 707 del CCyC y art. 4 del CPF).- MAC hoy quiero contarte que decidí darle fuerza de ley al acuerdo que hicieron tu mamá y tus abuelos para cuidarte durante el tiempo que ella esté trabajando en Bariloche. Eso quiere decir que tanto para tu defensora (L.) y para mí está todo ok. Escuché atentamente todo lo que me contaste en el Zoom que hicimos y luego lo que dijeron ellos y entendí todo lo importante que es para vos quedarte en tu casa donde estás cómoda junto a tus abuelos CEC y DCP, viviendo en Viedma. Quiero que sepas que dentro de un año, si es que todavía mamá sigue trabajando en otra ciudad y seguís al cuidado de los abuelos, nos vamos a volver a encontrar para saber cómo va todo y como vamos a seguir. Te mando un saludo virtual. P. (...) Resuelvo: I.- Decla-

(17) FAMÁ, M. V., "Filiación por naturaleza y por técnicas de reproducción humana asistida", *La Ley*, Buenos Aires, 2017, t. I, p. 22.

(18) <http://www.colectivoderechofamilia.com/b-n-a-c-p-r-j-s-violencia-familiar-juzgado-de-ninez-adolescencia-y-familia-n-3-chaco-18-05-21/>

rar la inconstitucionalidad del art. 643 del CCyC únicamente respecto de la limitación al otorgamiento de la guarda a los parientes, dejando por fuera de la norma a los referentes afectivos (socioafectividad), por vulnerar derechos humanos y fundamentales de la infancia reconocidos por los Tratados Internacionales, la Constitución Nacional, leyes nacionales y provinciales, vulnerando el interés superior de MAC” (19).

Por último, en este decisorio se mantiene la vigencia de medidas de protección pese a que la propia beneficiaria pedía su levantamiento. Para ello, pondera especialmente el informe del Equipo Interdisciplinario (art. 143) y arriba a la conclusión de que está viciada la voluntad de la víctima. Hace referencia también a su obligación, como jueza de familia de detectar factores de sometimiento y vulnerabilidad, para —a través de su decisorio— equilibrar esa desigualdad (arts. 14 inc. c y d): “Viedma, 06 de julio de 2021.- Y Vistos: Los presentes obrados caratulados: ‘JLHC y otro (en representación) c/ JPH s/ violencia (f)’; (...) traídos a despacho para resolver... Teniendo en cuenta que la tutela judicial efectiva y el deber de debida diligencia del Estado en casos de violencia, no solo se trata de la pronta adopción de medidas de protección al momento en que se denuncian los hechos de violencia, sino que también dicho mandato convencional/constitucional se traduce en el sostenimiento de las medidas de cautelares cuando la víctima quiere desistir. Por esa razón y porque constituye deber de la judicatura fundar adecuadamente sus resoluciones (art. 3 del CCyC) y juzgar con perspectiva de género (mandato constitucional) es que valoré las circunstancias y el contexto de la causa apoyada por la interdisciplina que aportó el Equipo Técnico en su informe (art. 143 del CPF) y estoy convencida que la manifestación de voluntad de la Sra. AMC (desistir de la denuncia) está viciada porque la violencia a la que está sometida le quita el discernimiento y libertad que el consentimiento requiere, tal como fue analizado en los considerandos precedentes.- Entonces sabiendo que es mi obligación como jueza de familia requiere valorar

con mayor detenimiento cada caso en particular de manera de detectar factores de sometimiento y vulnerabilidad, que condicionen y pongan en mayor desventaja —como en este caso— a la víctima respecto de su agresor, de manera que la decisión que se adopte tienda a equilibrar esta desigualdad de poder instalada en la dinámica familiar, entiendo que, en este estado, no están dadas las condiciones para ordenar el levantamiento de las medidas cautelares de protección oportunamente dispuestas ni mucho menos desestimar o archivar la denuncia... Por lo expuesto en los términos del art. 25 del Código Procesal de Familia; RESUELVO: 1) No hacer lugar al pedido efectuado por la Sra. AMC de levantamiento de las medidas de protección dispuestas el día 24/06/2021” (20).

## VI. Conclusión

Hemos repasado los fundamentos para una normativa procesal autónoma en materia de Familia y capacidad de las personas. También vimos que los códigos provinciales existentes a la fecha tienen enorme cantidad de coincidencias en cuanto a sus principios, notas esenciales y pautas de actuación, como la celeridad, la inmediación, la gratuidad, la oficiosidad, la sustitución de formas rituales por actos procesales eficaces y eficientes, la búsqueda de soluciones consensuadas o —en todo caso— resoluciones judiciales que contribuyan a que cada parte salga del proceso judicial con una nueva dinámica respecto de sus relaciones jurídicas de familia. Alguno de ellos, con notas distintivas en cuanto a conceptos que introduce o en otro caso a requisitos que contempla. Abren el juego, por amplia mayoría, a la participación necesaria de equipos interdisciplinarios, integrantes del propio organigrama judicial y no como consultores externos.

Más allá de la técnica legislativa utilizada frente al requerimiento social para la existencia de códigos de procedimientos especializados en materia de infancia y familia, lo importante es resaltar la conveniencia de contar en todo el territorio nacional con textos como los que se han ido creando en los últimos años.

---

(19) <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-11-viedma-socioafectividad-inconstitucionalidad-guarda-17-07-21/>

(20) <http://www.colectivoderechofamilia.com/juzgado-de-familia-11-viedma-violencia-mantiene-las-medidas-sin-consentimiento-06-07-21/>

Es que, si contamos con tribunales especializados, ellos deben contar con herramientas idóneas para aplicar el derecho de fondo, garantizar el pacífico ejercicio de los derechos individuales, sin verse encorsetados por formas, plazos y requisitos procedimentales que no se condicen con las necesidades del justiciable y las características de la materia. Es que, a fin de cuentas, los jueces son directores del proceso, no dueños de él para estirar y torcer los andariveles de un código procesal que rige tanto una adopción, una restricción de la capacidad, una rendición de cuentas, un interdicto de obra nueva, una sucesión o un expediente por daños y que, por ser de uso tan general, resulta insuficiente para el dinamismo y la urgencia que requieren las cuestiones de familia.

Proveer a los magistrados y a los letrados de una normativa novedosa que responda a la naturaleza de cada instituto del derecho de familia, con una mirada transversal de género y orientada a que los actos procesales sean sencillos, breves, eficientes y por sobre todo inteligibles para el justiciable, será beneficioso para unos y otros y debería colaborar a pacificar a las familias en crisis, repercutiendo ello también en todo el tejido social.

Solo cabe terminar citando al maestro Germán Bidart Campos, quien aseveró que “si el cordón umbilical entre lo procesal y lo constitucional se corta, seguramente se incurre en inconstitucionalidad” (21).

---

(21) GOZAINI, O. A., "Derecho procesal constitucional — Debido proceso", Rubinzal Culzoni Santa Fe, 2004, p. 99.



# ENSEÑANZA EN EL DERECHO DE FAMILIA

---





# Pospandemia electro-bítica o conspirativa: educación entre distancias

Gonzalo S. Aguirre<sup>(\*)</sup>

**Sumario:** I Introducción.— II. Quiero un Zoom anatómico.— III. No conspirarás en vano.— IV. Entre distancias.— V. Utilidad e inconvenientes de la distancia electro-bítica para la instalación formativa.— VI. ¿Qué era lo que recién ahora reconocemos (de nuevo) pero que ya sabíamos?

## I. Introducción

Nos hemos acostumbrado a decirnos que la pandemia y la cuarentena concomitante implicaron desafíos inusitados para la educación, que estos han exigido un esfuerzo por parte de estudiantes y docentes. Sin ánimo de dudar de tal idea, proponemos explorar la otra vía. Esto es, ¿qué sucedería si nos planteáramos que no ha resultado difícil la “adaptación” a las “nuevas condiciones”? ¿Qué sucedería si jugáramos a reconocer que ya estábamos adaptados, incluso sobreadaptados, que las “nuevas condiciones” ya llevaban muchísimo tiempo entre nosotros?

La intención no es tener razón. Asumimos incluso que la primera vía es la correcta: ¿quién habrá podido no esforzarse? Sin embargo, quisiéramos explorar qué nos da a pensar la vía que aquí planteamos, la que dialécticamente niega a la primera. Por sencilla curiosidad. Pero también pensando en las actitudes para la enseñanza pospandemia, en aquello que habremos de hacer en los años por venir, al menos en el ámbito universitario circunscripto a la enseñanza del Derecho.

---

(\*) Docente en la materia "Elementos del Derecho Privado" del Ciclo Básico Común, en "Teoría del Estado" de la carrera de Abogacía, en "Filosofía" del Profesorado de Ciencias Jurídicas, y en "Pedagogía Universitaria" y "Práctica de la Enseñanza" de la Dirección para el Desarrollo Docente de la Facultad de Derecho de la UBA.

Seremos breves y compactos. Las propias condiciones epistémicas de nuestro planteo así lo requieren. Y es que no habría tanto para diagnosticar, y lo que hubiera, de algún modo, ya lo sabíamos. Por lo que no podríamos presentar más novedad que la ocasión de un reconocimiento y, a partir de ello, de una mínima turbación, de una sutil motivación. En última instancia, solo nos hemos permitido tantear el recorrido de una vía que nos ha parecido desatendida. Cada uno podrá precisar, luego, ese tanteo con su propia práctica o, si este recorrido no le concerniera, remitirse a la primera vía cuya vigencia viene presupuesta.

## II. Quiero un Zoom anatómico

Sencillamente hemos de asumir que, a nivel de entrenamiento formativo básico, una clase a distancia y una clase presencial son equiparables. Hemos descubierto que hay una presencialidad “a distancia” y que había una distancia presencial. Proxémicamente hablando, cabría plantear dos tipos de distancia y de presencialidad: la bítica y la conspirante. En la primera predominan los dispositivos electro-bíticos que resumimos en la noción de “pantallas”; en la segunda, literalmente, predomina un respirar juntos, un aire compartido.

Ahora bien, cualquier asignatura conlleva una *instancia de instalación* de nociones comunes, de bibliografía común, de un ámbito común

sobre el cual poder motivar la curiosidad epistémica y la investigación temática. Esta “instalación” resulta, por *default*, ineluctablemente aburrida. Implica, si se quiere, una paciencia de cableado, de composición y reposición. Pide una predisposición al leudado que, destáquese, es bien difícil de lograr. Como sea, no precisamos conspirar para esto. Más aún, se diría que la presencialidad conspirante puede jugar (conspirar) en contra de la aparición de esta actitud. Se diría que el acercamiento adecuado, el zoom preciso para generar esta paciencia lo brinda la distancia electro-bítica: instálase mientras cocina, leude mientras cuida a sus hijos. En definitiva, haga algo mientras se aburre. Incluso si las dos cosas resultaran aburridas, el diferencial entre ellas dejará una estela, literal, de di-versión.

### III. No conspirarás en vano

Cuando ya tenemos algo en común, cuando un corpus teórico o bibliográfico ya nos comunica (y, repetimos, esta comunidad no ha de darse por hecha), entonces es cuando hace sentido conspirar, reunirse a compartir un aire común. Recién entonces aparece la chance de una afinidad, de una curiosidad. Pero la chance, por definición, no siempre se concreta: no siempre salta la chispa, no siempre se activan los vasos comunicantes. Restaría dejar planteada la situación suplementaria: ¿puede dicha chispa eventual expresarse bíticamente o, sí o sí, precisa un encuentro conspirante que de cauce a su potencia expresiva? Ciertamente, no es una pregunta que pueda responderse sin remitir a cada experiencia singular, a cada lance de dados.

### IV. Entre distancias

Propugnamos para los cursos un primer encuentro conspirante en el que se realicen las presentaciones de rigor, y en el que se anuncie y fundamente el siguiente plan de acción: una primera mitad de instalación a distancia electro-bítica y una segunda mitad que tantee la pertinencia de una distancia conspirativa. Propiciar esta última con encuentros que habrán de aumentar su frecuencia si la “afinidad investigadora” tiene lugar. De otro modo, lo mejor será administrar o acrecer o afianzar electro-bíticamente las nociones comunes ya instaladas. Pues resulta bien frecuente que la afinidad o curiosidad investigadora surja más tarde, más allá del

cursado de una asignatura. Y un docente podría definirse como alguien que brinda “herramientas” para un problema o comunidad por venir: Nadie ni nada (se) instala solo.

### V. Utilidad e inconvenientes de la distancia electro-bítica para la instalación formativa

La distancia electro-bítica permite compartir sincrónica y asincrónicamente materiales bibliográficos y audiovisuales. Habilita, también, una instancia sincrónica de “chateo” escrito mientras se instala oralmente el “contenido” o, como suele decirse, mientras se “da la clase”. Ese “chateo” se diría horizontal y paralelo. Permite que lo que, en distancia conspirativa, podría sentirse como una “interrupción”, fluya más libremente mientras “vamos entrando en confianza”, sin la presión de la pertinencia o no de la intervención.

### VI. ¿Qué era lo que recién ahora reconocemos (de nuevo) pero que ya sabíamos?

- La duración de los cursos está estipulada, pero los tiempos del aprendizaje no.
- Estar juntos en un aula no garantiza que se exprese la potencia conspiradora: para estar juntos no basta con que haya seres sentados uno al lado del otro.
- Las clases son aburridas. La disposición a ese aburrimiento es escasa.
- La curiosidad investigadora es elusiva. Hasta que no surge es difícil conspirar.
- A menor predisposición para el aburrimiento, mayor tendencia a las simultaneidades. Al hacer dos cosas aburridas a la vez, estas se relanzan entre sí, y divergen, y diversionan.
- Las “pantallas” no atentan contra el espacio conspirativo. Incluso pueden potenciarlo en la instancia de instalación, siempre y cuando se cuente con la chance de una presencialidad conspirante. Esta siempre habrá de resultar clave para la activación y comunicación de curiosidades latentes.
- La ausencia de “pantallas” no garantiza la conspiración. El arte de la conversación se habría perdido antes de la invención del telégrafo,

no con la invención de la telefonía celular. Se diría que el telégrafo fue ya un intento de paliar la pérdida de aquel arte.

- La distancia no tiene una sola manera de medirse.

- Rendir correctamente un examen solo demuestra que alguien sabe rendir exámenes correctamente.

- La enseñanza y el aprendizaje son una aventura compartida y simultánea. Toda comunidad implica una educación.

- Hay un tiempo conspirativo y hay un tiempo de la instalación. El primero requiere valor y el segundo paciente atención. Sin aburrimiento no hay valor.

- No hay recetas ni algoritmos para generar o detectar "afinidad o curiosidad investigadora". Como ya de antaño detectara lógicamente Platón (1), la condición para el aprendizaje ni

(1) "De manera que esto es lo que digo, que una de dos, o nacemos con ese saber y lo sabemos todos a lo largo de nuestras vidas, o que luego, quienes decimos que aprenden no hacen nada más que acordarse, y el aprender sería reminiscencia." (Fedón, Gredos, Madrid, 76a). "Y ahora tú, precisamente, padre que eres de las letras [grammatón], por apego a ellas, les atribuyes poderes contrarios a los que tienen. Porque es olvido lo que pro-

se enseña ni se aprende. Siendo así, la cuestión siempre es la misma y tiene que ver con lo que Miguel Morey denomina "sabiduría de las dosis" (2): saber cuándo parar y cuánto poner en juego. Desde antiguo se conoce como el problema del *kairós*, de la oportunidad, del justo punto, del punto caramelo. Solo la experimentación en la práctica de la enseñanza (3) y la apertura teórico-pedagógica podrán mantener activa, cada vez, la atención precisa para reconocer y componer con ese problema en la cotidianidad docente.

ducirán en las almas de quienes las aprendan, al descuidar la memoria, ya que, fiándose de lo escrito, llegarán al recuerdo desde fuera, a través de caracteres ajenos, no desde dentro, desde ellos mismos y por sí mismos. No es, pues, un fármaco [remedio] para la memoria [mneme] lo que has hallado, sino un simple recordatorio [un simple fármaco para la hypomnesis, para el hecho de recordar o para activar reminiscencias]." (Fedro, ídem, 275a).

(2) "Debemos comportarnos con las ideas como con el resto de modificadores de conciencia, con la sabiduría de las dosis y atendiendo a las experiencias en cabeza ajena." (Morey, "De la conversación ideal. Decálogo provisional" en Pequeñas doctrinas de la soledad, Sexto Piso, México, 2007, p. 428).

(3) Un ejemplo de esta experimentación es la faena que lleva adelante el grupo de estudio e investigación Atedpo (Ateliê de Educação Potencial) de la Universidade Federal de Rio Grande do Sul (Porto Alegre, Brasil), coordinado por Máximo Lamela Ado.



# ACTUALIDADES

---



# Actualidad en derecho internacional privado de familia 1/2022

Nieve Rubaja (\*)

**Sumario:** I. Introducción.— II. Proyectos legislativos a nivel nacional y provincial.— III. Aportes de la jurisprudencia nacional.— IV. Agenda internacional con temas de DIPr de familia.— V. Eventos académicos 2021 de DIPr en la región.— VI. Palabras de cierre.

## I. Introducción

En esta entrega nos proponemos abordar algunas de las novedades que se produjeron en el ámbito del Derecho internacional privado de familia (en adelante, DIPr de familia) en el año 2021. Así, repasaremos algunos proyectos legislativos a nivel nacional y provincial que mantienen su estado parlamentario, presentaremos algunos de los aportes de la jurisprudencia nacional y algunos avances en la agenda internacional en temas de DIPr de familia. Finalmente, señalaremos algunos eventos académicos que se desarrollaron *on-line* que trataron algunas de las temáticas de las que nos ocupamos.

## II. Proyectos legislativos a nivel nacional y provincial

### II.1. Congreso Nacional

En ediciones anteriores hemos presentado y resumido los proyectos de ley pendientes ante el Congreso de la Nación. Aquí solamente enunciaremos los que continúan manteniendo estado parlamentario (1):

a) *Convenio de La Haya de 23 de noviembre de 2007 sobre el Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia. La Cámara de Senadores de la Nación había*

(\*) Abogada. Especialista en Derecho de familia. Profesora de Derecho internacional privado UBA, Universidad Nacional de José C. Paz y Universidad Nacional de Avellaneda.

(1) RUBAJA, Nieve, "Actualidad en el Derecho internacional privado de familia", RDF 94, 179.

*dado media sanción a la ley que aprueba el Convenio el 10/10/18. Aún queda pendiente la aprobación en Cámara de Diputados.*

b) Convenio relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, La Haya 1996 (en adelante, CH 1996).

Nuestro país ha firmado el Convenio el 11/6/2015, y ha sido aprobado por ley 27.237 (sanc. 26/11/2015; promul. 22/12/2015; publ. 23/12/2015). De acuerdo con lo dispuesto en el art. 61.2.a) del Convenio este entrará en vigor en nuestro país el día primero del mes siguiente a la expiración de un periodo de tres meses después del depósito de su instrumento de aprobación. A la fecha esto aún no ha sucedido por lo que se ha dado nuevamente trámite parlamentario a este Convenio en atención a ciertos errores detectados en su traducción al momento de su aprobación. Así, el Senado de la Nación ha dado media sanción el 8/10/2020 a una ley modificatoria de algunos artículos que contenía la ley 27.237 (Expte. 128/20).

c) Proyecto de reforma del art. 2635 del Cód. Civ. y Com. Cooperación internacional para la adopción a otorgarse en el extranjero.

Varios proyectos de ley trataron esta cuestión, es decir modificar el mencionado artículo introduciendo el tercer párrafo que traía el anteproyecto pero que fue suprimido de la versión final:

i) Como hemos adelantado en nuestra entrega anterior, el proyecto de ley (Expediente Di-

putados: 3328-D-2019) proponía agregar al art. 2635 del Cód. Civ. y Com. el siguiente párrafo: “Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero”. El proyecto perdió estado parlamentario.

ii) Proyecto iniciado en Diputados. Expediente Diputados: 5514-D-2020. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 149 Fecha: 16/10/2020. Este proyecto perdió estado parlamentario el 01/03/2022.

iii) Proyecto iniciado en Diputados. Expediente Diputados: 2382-D-2021. Publicado en: Trámite Parlamentario N° 64 Fecha: 02/06/2021. La modificación se expresa en los siguientes términos: “Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero”.

Entre los fundamentos del proyecto se destacan los siguientes pasajes (2): “El derecho argentino no admite las adopciones internacionales salientes, es decir, que extranjeros adopten NNA argentinos, aunque si admite las adopciones internacionales entrantes, es decir, que la Argentina funcione como país de recepción de NNA”. “Así, las únicas adopciones que no están permitidas son las de NNA con domicilio en Argentina para ser adoptados por personas que no residen en el país ni tengan la nacionalidad argentina —adopciones salientes”. “En nuestro ordenamiento jurídico no existe prohibición legal o convencional, ni tampoco se puede considerar afectado el orden público internacional argentino por la inclusión de este tercer párrafo, máxime la regla general ya contenida en el

art. 2611 del Cód. Civ. y Com., que sostiene: ‘Sin perjuicio de las obligaciones asumidas por convenciones internacionales, los jueces argentinos deben brindar amplia cooperación jurisdiccional en materia civil, comercial y laboral’. Lo cierto es que, al no haber un mecanismo previsto para ello, ni designada una autoridad a tal fin, los pretensos adoptantes nacionales se ven obligados a judicializar el pedido, no siempre con viento a favor. Cuestión que era abordada por el Anteproyecto y que el debate parlamentario del Cód. Civ. y Com. dejó afuera”.

## II.2. Proyectos y nueva legislación provincial

a) Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de la Provincia de Corrientes, ley 6580, del 27/10/2021, en el Título VI (procesos especiales) incluye específicamente en el Capítulo 12 el de la restitución internacional de niños.

b) Código Procesal de Familia, Niñez y Adolescencia de la Provincia de San Luis, ley VI-1053/2021, Fecha de Sanción: 11/08/2021, Fecha de Promulgación: 26/08/2021, el Título XIII refiere a la Restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y demás cuestiones de Derecho internacional privado en las relaciones de familia.

c) Anteproyecto de Código Procesal de Familias, Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires fue presentado por el Poder Ejecutivo el 5 de agosto de 2021 y está publicado en [www.agendaparticipativa.gba.gov.ar](http://www.agendaparticipativa.gba.gov.ar). La Subsecretaría de Planificación Estratégica del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, inició la labor de 12 comisiones destinadas a revisar y analizar críticamente las diversas temáticas allí reguladas. El Anteproyecto regula el proceso de restitución internacional de niñas, niños y adolescentes y el proceso de comunicación internacional en la Sección 77. Se estima que la versión final del Anteproyecto estará terminada entre marzo y abril de 2022.

## III. Aportes de la jurisprudencia nacional

A continuación, presentaremos algunos casos fallados en nuestro país que abordan temáticas del DIPr de familia para invitar a la reflexión y sin ánimos de exhaustividad.

(2) Se pueden compulsar los fundamentos en: <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/2382-D-2021.pdf>, disponible al 24/02/2022.



### III.1. Restitución internacional de niños

a) CS, "R. P., C. A. c. M. O., N. D. R. s/ restitución internacional de menores", 06/05/2021 (3): ¿principio de restitución *versus* principio de no devolución?

Surge del fallo que el Sr. C. E. R. P. contrajo nupcias con la Sra. M. O. en el año 2012, al tiempo que se encontraba embarazada de su hija P. A. R. M. y que en el año 2016, por desavenencias que hicieron imposible la vida en común, la madre quedó al cuidado de la niña, según lo acordado verbalmente, y luego de un tiempo solicitó un permiso de salida de Venezuela, a favor de la niña, para viajar a la Argentina por el período comprendido entre el 20/10/17 y el 20/12/17, a fin de comenzar un curso de cocina. El padre accedió a otorgar el permiso en virtud de que la progenitora de la niña le había asegurado que no tenía intenciones de radicarse en nuestro país, afirmación que encontraba sustento en que la Sra. M. era madre de otros dos hijos que residían en Venezuela. Posteriormente, la madre le solicitó la extensión del permiso, el que fue otorgado hasta el 31/08/18, puesto que había obtenido una beca de estudios en nuestro país. Al vencimiento del permiso, y ante la negativa a regresar, el padre promovió la solicitud de restitución internacional de su hija ante la Autoridad Central de Venezuela el día 19/10/18.

La madre contestó la demanda, interpuso excepción de incompetencia y se opuso a la solicitud de restitución de la niña con fundamento en la excepción de "grave riesgo" prevista en el art. 13.1.b) del Convenio de La Haya sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores (en adelante, Convenio de La Haya) y el art. 11. b) de la Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores. En dicha presentación puso en conocimiento del juez que junto con sus hijas P. A. R. M. y K. R. M. habían solicitado a la Comisión Nacional para los Refugiados (en adelante, CONARE), dependiente del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda de la Nación, la condición de refugiadas desde el 19/10/18, a través de la cola-

(3) Comentado por RUBAJA, Nieve, en "Restitución internacional de NNA: una decisión de la CSJN que suspende el proceso y deja interesantes interrogantes a la luz", Rubinzal Culzoni on line, Cita: RC D 446/2021.

boración de la Comisión para la Asistencia Integral y Protección al Refugiado y Peticionante de Refugio, perteneciente a la Defensoría General de la Nación (4).

En la primera instancia se tuvo por configurada la ilicitud por el hecho de la retención de la niña en el país vencido el plazo de la autorización y, por lo tanto, ello hacía operativa la restitución solicitada por el progenitor. Además, con relación a la condición de refugiada, se expresó que ante la colisión de normas internacionales (Convención de La Haya y la Convención sobre protección de refugiados y el derecho a asilo) la cuestión debía ser analizada a la luz de la CDN y, en consecuencia, se hizo lugar a la restitución.

Llegada la causa a la instancia de apelación (5), se entendió que el actor reclamaba el cumplimiento de las obligaciones asumidas en el Convenio de La Haya y, por su parte, la demandada entendía que la existencia de pedidos de asilo a su favor y de su hija al momento del dictado de la resolución de primera instancia indicaban que debía aplicarse el principio de no devolución consagrado por el art. 7° de la ley 26.165 (6) en cuanto constituía la excep-

(4) Se invocaron especialmente los arts. 2, 4, 7 y 39 de la ley 26.165. En la sentencia de Cámara se destaca que las Defensoras Públicas Coadyuvantes de la Defensoría General de la Nación al contestar la excepción de incompetencia por el actor señalaron que resultaba sumamente llamativo que el pedido de refugio se hubiese efectuado con fecha 19 de octubre de 2018, fecha que coincide con el inicio del reclamo de la restitución internacional formulado por el padre.

(5) CNCiv., Sala E, "R. P. C. A. c/ M. O. N. D. R. s/ restitución internacional de menores", 9/11/2020, MJ-JU-M-129202-AR | MJJ129202 | MJJ129202. Hemos relevado este caso en nuestra publicación anterior de esta sección y retomaremos aquí parte de dicha publicación para la mejor comprensión del caso en su totalidad. RUBAJA, Nieve, "Actualidad en el Derecho internacional privado de la familia", RDF 99-165, 2021.

(6) El artículo establece: "Ningún refugiado, entendiéndose como incluido en este término al solicitante de asilo cuyo procedimiento de determinación de la condición de refugiado esté todavía pendiente de resolución firme, podrá ser expulsado, devuelto o extraditado a otro Estado cuando haya razones fundadas para creer que estaría en peligro su derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona, incluido el derecho a no ser sometido a tortura ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes".

ción prevista en el art. 13.1b) del Convenio de La Haya y en la consideración del mejor interés del niño según el art. 3° de la CDN. Debe destacarse que con posterioridad a la sentencia de primera instancia se había otorgado la calidad de refugiadas tanto a la niña como a la madre —y no solamente a esta última, tal como acontecía en otros antecedentes que allí se mencionan—.

En este contexto, para probar las excepciones en el proceso de restitución el Tribunal valoró especialmente la decisión de la CONARE y el informe producido por la SENNAF. En el análisis de los hechos de violencia que habían sido denunciados por la madre se tuvo especialmente en cuenta el carácter de refugiada de la niña, conforme lo establecía el dictamen emitido por la Comisión Nacional de Refugiados del 7/5/2020 (7). Sumado a ello, cabe atender a que el 13/05/20, la secretaria ejecutiva de la Comisión Nacional para los Refugiados de la Dirección Nacional de Migraciones, comunicó al Tribunal que “[p]or lo dicho anteriormente, la Ley N° 26.165 impide que se ejecute cualquier medida que implique la restitución de la menor a su país de origen”. Cabe señalar que en la sentencia se destaca que la compleja situación descripta en la contestación de demanda, en las entrevistas y en la expresión de agravios que habría sido expuesta ante la CONARE no podía ser conocida ante el principio de confidencialidad impuesto por el art. 48 de la ley 26.165.

Así las cosas, la Sala E tenía que resolver la apelación de la decisión que había ordenado la restitución. A tales fines, hemos destacado la trascendencia de la siguiente aseveración que surge del fallo puesto que constituye la base del razonamiento sobre la que se debía decidir el caso: “La situación que se plantea no es, pues simplemente, la de una colisión entre el principio de restitución consagrado en la Convención de La Haya y el principio de no devolución basado en la ley 26.165 que tiene su fuente mediata en la Convención relacionada con el

estatus de refugiados de las Naciones Unidas aprobada por la República Argentina por ley 15.869 de 1961. Ello implica que la posición adoptada por la progenitora de la menor no consiste simplemente en una resistencia a la restitución de la niña por su condición de refugiada reconocida por el pronunciamiento del CONARE, sino que es la propia normativa Internacional (Convenio de la Haya sobre Restitución Internacional de Niños y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores) la que les daría sustento a sus defensas”.

En definitiva, creemos que el tribunal procuró armonizar ambos instrumentos, estableciendo que correspondía no restituir a la niña en la medida en que las circunstancias que ameritaban que la niña alcanzara la condición de refugiada sirvieran para sustentar las excepciones admitidas en el proceso de restitución. Así, se consideró que las excepciones de los arts. 13.1.b) y 20 del Convenio de La Haya habían sido acreditadas.

En tal inteligencia el Tribunal concluyó que “...se ha acreditado, más allá de la manifestaciones vertidas y del esfuerzo desplegado por las representaciones letradas de ambas partes y los representantes del Ministerio Público, los supuestos de excepción enunciados en los arts. 13 inciso b) y 20 del Convenio de la Haya sobre Aspectos Civiles de la Substracción Internacional de Menores, el art. 11 inciso b) de la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores y de los arts. 2° y 7° de la ley 26.165 de Reconocimiento y Protección del Refugiado, regida por las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos aplicable en la República Argentina, la Convención de 1951 sobre el estatuto de los Refugiados y su protocolo de 1967 (art. 1°)”. Así, se revoca la decisión y se rechaza la restitución internacional solicitada.

Tal como hemos señalado, hasta aquí el caso dejaba a la luz al menos dos cuestiones interesantes sobre las que creemos que merece la pena continuar reflexionado: por un lado, la coalición y/o posible armonización de los derechos de los NNA en los contextos aludidos; por

(7) Aunque es dable destacar que en el dictamen se aseveraba “Que el reconocimiento de la condición de refugiado requiere primordialmente una evaluación de las declaraciones de las solicitantes, no implica un juicio de valor sobre la situación imperante en su país de origen y es un acto declarativo e imparcial.”!

el otro, el diferente rigor probatorio que se exige en aquellos **(8)**.

El padre de la niña interpuso recurso extraordinario frente a dicha decisión. Sin embargo, y según surge de la decisión de Corte, ante la posibilidad de que la niña hubiera abandonado el territorio nacional, y con el objeto de determinar si continuaba o no la competencia del Tribunal, se ordenaron medidas para dilucidar el paradero de aquella. Así, en razón de los informes remitidos al tribunal por el Departamento de Interpol, surgía que el 29/09/20 había recibido una comunicación desde su par en Brasil por la que se informaba que la niña y su mamá residían en el Municipio Juiz de Fora, en el Estado de Mína Gerais. En estas circunstancias, el padre de la niña comunicó que había solicitado a la Autoridad Central venezolana que requiriese a las autoridades brasileñas medidas tendientes a la localización y al cierre de fronteras para evitar nuevos traslados.

Además, el padre había recibido una citación de un tribunal brasileño convocándolo a una audiencia conciliatoria que, finalmente, fue celebrada en forma virtual. En dicha oportunidad la madre de la niña confirmó que se encontraban en Brasil y expresó su deseo de regresar a la Argentina y, a partir de dicho encuentro, se habían comunicado diariamente por teléfono y video llamada.

En este contexto, el padre expresó su interés actual en la resolución del pedido de restitución por la CSJN y, en subsidio, solicitó la suspensión del trámite hasta tanto la niña regrese a Venezuela o a la Argentina.

Nótese que la Corte ha señalado que la decisión de suspensión debía mantenerse hasta tanto se contara con información conducente para dictar un pronunciamiento respecto de las

cuestiones planteadas, en especial sobre objeto de la causa iniciada en Brasil, el estado procesal de su trámite, entre otros. En este contexto, con sustento en el principio de cooperación internacional sobre el que se asienta el Convenio de La Haya y atendiendo al objetivo de luchar contra la multiplicación de sustracciones internacionales y proteger a los NNA en esas situaciones, se requirieron una serie de medidas, entre ellas: a) a la parte actora que informara acerca del objeto de la causa judicial en trámite por ante la República Federativa de Brasil y de su estado procesal; b) a la Dirección de Asistencia Jurídica Internacional —Autoridad Central de Argentina— que se contactara con sus pares de brasileños y venezolanos a los efectos de consultar si se encontraba iniciado otro pedido de restitución internacional; c) a la jueza argentina miembro de la Red Internacional de Jueces de La Haya para que se comunicara con sus pares de los países mencionados y pusiera en conocimiento de la Corte el estado del proceso que tramitaba en Brasil; d) a ambas partes para que informaran —en forma periódica— los acontecimientos que se suscitaban y/o el avance del proceso judicial iniciado en Brasil; e) a la Interpol para que informara acerca de cualquier modificación que se produjera respecto del paradero de la niña y de su progenitora, y f) al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional n° 8 que informara respecto de cualquier avance que pudiese tener la causa penal en trámite por ante sus estrados.

Es decir, la Corte dispuso la diligencia de diferentes medidas requiriendo la cooperación de las partes, de los magistrados que habían intervenido en el asunto y, principalmente, de autoridades nacionales para que requirieran la cooperación de sus pares en el extranjero con el fin de obtener la información necesaria para determinar si debía reanudarse el proceso y, por lo tanto, mantener la competencia en la decisión respecto de la restitución o si, por el contrario, no le correspondía expedirse al respecto atendiendo a las circunstancias antes mencionadas. En definitiva, y en los hechos, la presencia de la niña en el Estado vecino podría conllevar a la tramitación de un nuevo proceso de restitución en esa jurisdicción.

(8) En este sentido cabe también considerar que el art. 46 de la ley 26.165 establece que: "Para considerar probados los hechos bastará que existan indicios suficientes. Si no pudiera recolectarse prueba directa, las autoridades, en su evaluación, podrán basarse de manera supletoria en indicios y presunciones y en la credibilidad del solicitante, en cuyo caso corresponderá aplicar el beneficio de la duda a su favor, siempre que éste hubiera dado cumplimiento a las obligaciones establecidas en el artículo 44".

b) CS, “P. F. N. y otro c. T. S. B. s/ restitución internacional de niños”, 08/07/2021 (9). Medidas de regreso seguro.

En el fallo pronunciado por la Sala H (10) se había confirmado la orden de restitución de una niña a Francia. Entre los agravios de la parte demandada se alegó que no se había valorado armónicamente el Convenio de La Haya con la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, que la residencia habitual de la niña se encontraba en Argentina y que en el caso existía un grave riesgo físico y psicológico en caso de ser restituida a Francia conf. art. 13.1.b) del Convenio.

En primer lugar, la Sala analizó el argumento relativo a la residencia habitual de la niña y citó para ello la reciente doctrina de la Corte sobre el alcance de este concepto, en cuanto sostuvo que este hace referencia a “una situación de hecho que presupone estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad de la vida del menor, con exclusión de toda referencia al domicilio dependiente de los menores” (conf. Fallos: 318:1269). Asimismo, ha resuelto que para que el consenso de los progenitores acerca del lugar de residencia de la familia “pueda adquirir la concreción propia de una decisión jurídicamente relevante, debe tratarse de una clara intención compartida de trasladar la residencia, que debe ser demostrada cabalmente” (CS, “V. M. c. S. Y., C. R. s/ restitución internacional de niño”, 22/10/2020. La Sala concluyó que este extremo no se configuraba en la especie y que de las circunstancias de la causa surgía que la niña había nacido en Francia y que allí tenía su centro de vida, por lo que incluso antes de viajar a la Argentina sus progenitores habían adquirido los pasajes de regreso a ese país.

En segundo lugar, la Sala se refirió a la denuncia de violencia efectuada por la demandada en Argentina, en la que relató hechos que habrían ocurrido en Francia y en Buenos Aires. Según surge del fallo, el organismo interviniente realizó una valoración de la situación de riesgo y

concluyó que “se trataría de violencia de género de larga data” y que “al momento actual, haciendo hincapié en las dificultades para establecer precisiones para la previsión de conductas humanas futuras, se valora la misma como de riesgo medio para la Sra. S. B. T. y riesgo alto para la niña A. A. P. T. de un año...”. Con esos elementos, el juez de grado había dispuesto, “en calidad de medida cautelar, la prohibición de acercamiento del Sr. P. a una distancia no menor de trescientos metros de la persona y del domicilio actual de la Sra. T. y de la niña, y /o por cualquier otro medio que signifique una intromisión injustificada a las personas nombradas. Asimismo, dispuso que la citada medida tendría vigencia hasta la fecha de regreso denunciada en el acta efectuada ante la OVD, es decir hasta el 25 de febrero de 2019”.

Al respecto, en el fallo de la Sala H se sostuvo que este tipo de medidas de protección contra la violencia familiar y de género tienen naturaleza cautelar, por lo que su adopción no implica una decisión de mérito sobre el fondo (11). En este sentido, se concluyó que “[n]o obstante la existencia de las causas referidas, entiende el Tribunal que la sola denuncia por violencia de género no impediría —en este estado— la restitución de la niña al país de su centro de vida. En efecto, y sin que implique soslayar la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la mujer, ratificada por Argentina por ley 23.179 —con jerarquía constitucional—, en este particular supuesto no se vislumbran debidamente acreditados los indicios razonables demostrativos de la situación de peligrosidad o grave riesgo para A. invocada por la progenitora en la materia. (...) Por otra parte, la restitución ordenada por el magistrado de grado no impide en modo alguno la adopción de medidas de protección en el país del centro de vida de la niña, Francia”.

La Sala consideró que la aplicación de la excepción de grave riesgo tampoco podía fundarse en los problemas de salud que padecía la niña y que exigían la atención de profesionales de distintas disciplinas. Luego de remitirse a la

(9) Citas: TR LALEY AR/JUR/105650/2021

(10) CNCiv., sala H, “P. F. N. y otro c. T. S. B. s. restitución internacional de niños”, 29/12/20, [www.fallosdi-argentina.com](http://www.fallosdi-argentina.com), disponible al 24/02/2022.

(11) También se hace referencia a una denuncia de abuso sexual respecto de la niña en la que no había podido completarse el peritaje y a una causa de amenazas la que aún se encontraba en trámite.

doctrina de la Corte en cuanto a la inexistencia de contradicción entre el interés superior del niño (CDN) y los Convenios en materia de restitución, la Sala se refirió al carácter restrictivo y riguroso que debe tener la interpretación de la causal de “grave riesgo” para apartarse del principio de restitución. En consecuencia, se concluyó que “el examen en conjunto de los informes producidos, ponderados en el contexto de las constancias de la presente causa y de las conexas, el marco normativo que rige el presente proceso y las particularidades del caso, nos lleva a la convicción de que no se encuentra debidamente acreditada la excepción contemplada en el inciso b) del artículo 13 del Convenio sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores en cuanto al viaje de regreso a Francia en sí mismo, claro está siempre y cuando se arbitren y se cumplan estrictamente y con la máxima premura las condiciones y medidas necesarias para asegurar la adecuada restitución de la niña, evitándole mayores perjuicios, en resguardo de su interés superior, en pos de su bienestar y de impedir un retroceso (...), máxime si se considera que A. al ser ciudadana francesa podrá continuar sus tratamientos y terapias en ese país, que cuenta con un sólido y eficiente servicio de salud”.

Finalmente, la Sala se expidió sobre los agravios esgrimidos por ambas partes contra las medidas que había dictado el juez de primera instancia para el regreso seguro de la niña a Francia. Entre las medidas se había dispuesto: a) otorgamiento de la guarda de la niña a su madre, durante el retorno a París, y hasta tanto el juez competente eventualmente disponga lo contrario; b) que previo a efectivizar el traslado, el Sr. P. debía brindar los datos, de por los menos un médico/a pediatra y/o neurólogo/a infantil, quien debía ser especialista en trastornos del desarrollo, y asimismo, coordinar un equipo interdisciplinario que cuente con profesionales de las siguientes disciplinas: terapia ocupacional, neurolingüística-fonoaudiología, psicomotricidad y psicología; c) comunicar a la Autoridad Central Argentina esta decisión a los fines de que instrumente los recaudos convencionales, legales y los que considere pertinentes a los fines de garantizar el regreso seguro de la niña a Francia, a cuyo fin se librarán las comunicaciones de estilo, debiendo asimismo, actuar coordinadamente con su par extranjera en función

preventiva, arbitrando los medios informativos, protectorios, de seguimiento y de asistencia jurídica, financiera y social que fueran menester, para que tanto el regreso como el proceso de readaptación en territorio Francés, transcurra del modo menos lesivo para la niña. Asimismo, se le requerirá que informe a este Tribunal sobre las medidas que llevará a cabo a tales fines, a los efectos de fiscalizar el mentado regreso; d) esclarecer y solucionar previamente, a través del actor las situaciones de índole penal que pudieren existir contra la madre, en Francia, debiéndose acreditar en autos dichas circunstancias con la documentación correspondiente; e) disponer el deber de solventar por el padre los gastos de viaje a Francia, de S. B. T. y su hija; f) asegurar provisoriamente, a cargo del accionante el domicilio y las condiciones de vida en París, de la Sra. T. con su hija, por el término de un año, desde que A. y su madre regresen a París, en una vivienda similar a la que residían con el Sr. P., cercana al domicilio del actor, a fin de facilitar el contacto y la comunicación de ambos padres con A.; g) aumentar la extensión de las prestaciones alimentarias provisorias a cargo del Sr. F. P. y favor de A., con el objeto de mantener —en principio— a la niña en el país de retorno con más el pago en especie de la atención integral de la salud de A. en Francia, tenido en cuenta las intervenciones profesionales llevadas a cabo en Argentina. Todo ello, desde que la niña y su madre arriben a Francia y hasta que el juez competente, en su caso, ordene lo contrario. Por razones de extensión solo mencionaremos que las medidas fueron mantenidas por la Sala H, en algunos casos con algunos ajustes.

Frente a la confirmación de la decisión, se interpusieron recursos extraordinarios, que fueron declarados inadmisibles por la Corte Suprema de Justicia con fundamento en el art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com. No obstante, se reafirmó que “que el objetivo del Convenio de la Haya de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores radica en garantizar el regreso del niño no solo inmediato sino también seguro” y para ello ordenó poner en conocimiento de la jueza de grado las consideraciones efectuadas por el Defensor General Adjunto de la Nación en su dictamen.

Por su parte, el Dr. Rosenkrantz, en una disidencia parcial, se expidió sobre el cuestio-

namiento del actor vinculado a la medida de retorno seguro que le exigía esclarecer y solucionar la situación penal de la madre en Francia. El magistrado entendió que el recurso extraordinario —con esa delimitación— debía ser admisible dado que la decisión cuestionada era susceptible de generarle un gravamen irreparable al disponer una medida que condiciona la restitución de un modo incompatible con la interpretación y aplicación del Convenio de La Haya en la materia. En este sentido, señaló que “las medidas de retorno seguro deben ser razonables a fin de resguardar del mejor modo posible los derechos del niño en el cumplimiento de la sentencia de restitución internacional, pero no pueden importar, a priori, la frustración de la finalidad del convenio de garantizar la restitución inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita”.

El magistrado tuvo en cuenta la información proporcionada por la Autoridad Central argentina respecto a que “la denuncia presentada por el padre está en trámite y que Francia tiene un sistema de enjuiciamiento discrecional, dependiendo la iniciación del proceso penal del criterio del fiscal, y agregó que la Vice Procuradora Francesa interviniente en la causa penal manifestó que no tiene intención de perseguir penalmente a la madre de la niña siempre que la restituya a la mayor brevedad posible”. En tales circunstancias, y considerando que el actor se había comprometido a no impulsar dicha acción, se concluyó que la medida de regreso seguro “no puede implicar que una eventual decisión judicial de las autoridades de dicho estado extranjero de acuerdo con su ordenamiento jurídico resulte un obstáculo a la restitución ordenada en la sentencia”.

c) CS, “A. G., L. I. c. R. M., G. H. s/ restitución internacional de menores”, 28/10/2021. La apreciación de la oposición de las niñas a regresar.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, había hecho lugar al recurso de inaplicabilidad de ley, y revocado la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones que rechazaba el pedido de restitución internacional de las niñas A. y N. R. A. a la ciudad de Palafolls, Barcelona, España, con sustento en la oposición de estas a regresar a dicho país (art. 13, penúltimo párrafo, del Convenio de La Haya).

La madre que reclamaba la restitución interpuso recurso extraordinario federal que fue concedido.

La Corte, en relación con la oposición de las niñas al regreso, reiteró su doctrina en el sentido de que “por la singular finalidad del convenio que rige el asunto, no cabe adherir a una sumisión irrestricta respecto de la opinión que pudiese haber expresado el infante. La posibilidad de negar el regreso fundado en ese supuesto particular solo se abre frente a una voluntad cualificada dirigida al reintegro al país de residencia habitual que no ha de consistir en una mera preferencia o negativa, sino en una verdadera oposición, entendida como un repudio genuino e irreductible a regresar” (12).

Asimismo, en relación al argumento relativo al mantenimiento de la relación afectiva y emocional con el círculo de pertenencia existente en la ciudad de Bernal que invocaron las niñas, el tribunal señaló “que la integración conseguida en el nuevo ambiente ... no constituye un motivo autónomo de oposición ni resulta decisivo para excusar el incumplimiento de la obligación internacional asumida, ceñida únicamente a evitar que se concreten sustracciones ilícitas en infracción al derecho de custodia de uno de los progenitores”.

Igualmente, en relación con el argumento relativo a la preferencia de vivir con uno u otro de los progenitores se recordó que “no constituye objeto del proceso de restitución examinar lo atinente al cuidado personal de las niñas, que será asunto de análisis por ante la jurisdicción competente del país de residencia habitual”.

En relación con la escucha de las niñas se deja saber que aquellas habían sido adecuadamente oídas durante el proceso de manera directa por los magistrados intervinientes en las diferentes instancias y también por los profesionales especializados. Que en virtud de ello no podía concluirse la existencia de una oposición a retornar con las características exigidas por el Convenio de La Haya.

(12) Conf. Fallos: 333:604; 334:913; 335:1559; 336:97 y 458; y 339:1742.

Se estimó que el deseo manifestado por las niñas de vivir en Bernal no tenía entidad suficiente para sustentar la excepción puesto que no ponían de manifiesto una resistencia u oposición irreductible a regresar a España, sino una simple preferencia. En definitiva, se deja ver que dichas manifestaciones podían ser reiteradas al tiempo de resolverse las cuestiones de fondo relativas a la custodia y a la responsabilidad parental. Las pericias psicológicas practicadas apoyaban esta decisión.

Finalmente, y teniendo en miras la ejecución de la decisión, se recuerda que el regreso a demás de inmediato debe ser seguro, por lo que se deja a cargo del magistrado de primera instancia determinar la forma, modo y condiciones en la que debería llevarse a cabo el retorno. A tales efectos, se recuerda que la “Guía de Herramientas para el Convenio HCCH Sobre Sustracción de Niños de 1980 en tiempos de COVID-19” (13) sugiere algunas medidas que propenden a cumplir con tal finalidad y que, a su vez, resultan contemplativas de la emergencia sanitaria.

d) Tribunal de Familia de la ciudad de Formosa, Sala B, “Defensoría de Pobres y Ausentes Nro. 1 s/ restitución internacional de menor”, 03/11/2020 (14). Restitución internacional en tiempos de COVID.

El caso versó sobre una solicitud de restitución instada por el padre de una niña de 7 años cuya residencia habitual anterior a la retención ilícita se encontraba en Arica, Chile. En agosto del 2019, los padres convinieron el cuidado personal de la niña estaría a cargo del padre, y que su madre ejercería un régimen de comunicación libre de relación directa y regular. El padre, además, otorgó una autorización para que la niña pasara sus vacaciones con su madre en la ciudad de Formosa, Argentina, acordando el regreso de la niña a Chile a finales del mes de febrero del 2020. De acuerdo con lo estipulado, la niña viajó a la Argentina a vacacionar junto a su madre, pero no retornaron a la ciudad de Arica en la fecha establecida. El día 28 de septiembre del 2020, el padre inició el pedido de Restitución

Internacional ante el Tribunal de Familia de la ciudad de Formosa.

El tribunal comienza su razonamiento recordando que el art. 2642 del Cód. Civ. y Com. establece: “En materia de desplazamientos, retenciones o sustracción de menores de edad que den lugar a pedidos de localización y restitución internacional, rigen las convenciones vigentes y, fuera de su ámbito de aplicación, los jueces argentinos deben procurar adaptar al caso los principios contenidos en tales convenios, asegurando el interés superior del niño...”. A partir de esta premisa se advierte que tanto las riquezas del *hard law* como del *soft law* en la materia son tenidas en cuenta en todos los aspectos de la decisión, es decir se resuelve el caso en aplicación del Convenio de La Haya y se toman especialmente en consideración la Guía de Buenas Prácticas sobre la aplicación del art. 13(b) —excepción de grave riesgo—, la Guía de Buenas Prácticas sobre ejecución de órdenes de restitución (15) y el Protocolo de Actuación para el Funcionamiento de los Convenios de Sustracción Internacional de Niños (en adelante, el Protocolo), aprobado por la Comisión de Acceso a Justicia de la Corte Suprema en el año 2017. Sumado a ello, también se realiza una constante alusión y se reproducen los estándares alcanzados en la temática por la CS.

Es dable destacar la apropiada valoración que se realizó del interés superior de los NNA (en general) atendiendo especialmente al despliegue de tal interés en los procesos de restitución internacional de NNA; en este sentido el Tribunal sostuvo: “Que la aplicación e interpretación de las excepciones en un proceso de restitución debe ser restrictiva y, a pesar de que se fundan en el interés superior del niño, niña y adolescente, en el mismo no debe involucrarse cuestiones de custodia ni proceder a dilucidar la aptitud de los progenitores para ejercer la guarda o custodia, su único objetivo es brindar una solución urgente, centrada en determinar si medió traslado o retención ilícita y de ser así, restituir al niño, sin discutir aquí la cuestión de fondo, puesto que el objeto del proceso es que el niño regrese, debiendo el juez natural, el del

(13) <https://assets.hcch.net/docs/3a0aceaf-a251-4eaa-a42c-4bbc227cd863.pdf> al 24/02/2022.

(14) Publicado en <https://www.incadat.com/es/case/1516> al 24/2/2022.

(15) Estos instrumentos están disponibles en el sitio web de la HCCH, [www.hcch.net](http://www.hcch.net), Sección “Sustracción internacional de niños”.

centro de vida, decidir sobre el ejercicio de custodia; por lo tanto, a los fines de no desvirtuar la finalidad de la CLH. 1980, las excepciones procederán únicamente cuando concurran los presupuestos previstos para ello". Asimismo, en el análisis de las excepciones se analiza de forma diferenciada este interés en el contexto del proceso de custodia posterior en los siguientes términos: "Que las autoridades del Estado de residencia habitual están en mejores condiciones para determinar los méritos de una disputa de custodia, que normalmente implica una evaluación integral del 'interés superior', como, entre otras cosas, y, por lo general, tendrán un acceso más completo y fácil a la información y las pruebas relevantes para la toma de tales determinaciones".

Además, se pone especial atención en el interés superior de la niña atendiendo a sus circunstancias personales y al contexto en el cual vivía en Chile, su familia ampliada, las manifestaciones respecto a algunos de sus primos que se habían mostrado violentos para con ella y sus manifestaciones cuando fue escuchada por un magistrado, una psicóloga del equipo interdisciplinario del Tribunal y la Asesora de menores en una audiencia mediante una plataforma virtual.

Finalmente, luego de resolver que en el caso no correspondía hacer lugar a ninguna de las excepciones planteadas y al momento de decidir la forma en que se efectuaría el retorno se tuvo especialmente en cuenta lo dispuesto en el art. 2642, segundo párrafo del Cód. Civ. y Com., cuando establece: "...El juez competente que decide la restitución de una persona menor de edad debe supervisar el regreso seguro del niño, niña o adolescente, fomentando las soluciones que conduzcan al cumplimiento voluntario de la decisión..."

En este sentido, se recordó que la Guía de Buenas Prácticas relativa a la Ejecución de las órdenes de restitución establece que dichas órdenes deberán realizarse "...en la forma más detallada y específica posible, tomando incluso las medidas que resulten necesarias para proteger rápidamente al niño, niña o adolescente de cualquier otro peligro, así como se deberán implementar medidas tendientes a preparar al niño, niña o adolescente sustraído para su restitución.- Que estas medidas deben consi-

derarse especialmente cuando la restitución involucre el cambio de la persona que ejerce el cuidado primordial del niño, niña o adolescente y/o cuando el contacto entre este y el progenitor perjudicado se interrumpió por un tiempo considerable, en estos casos el tiempo previsto para ello se limitará a lo que sea necesario, por cuanto será también objetivo primordial, evitar el fracaso de la ejecución de restitución debido a la oposición del niño, niña o adolescente a ser restituido, malográndose el propósito del Convenio y de la orden de restitución".

También se consideró que el Protocolo de actuación en su art. 17 establece que, para garantizar el regreso seguro del niño, la sentencia que ordena la restitución, mínimamente debería contener: 1) la fecha o el plazo en que se hará efectiva la restitución; 2) la indicación de la persona que acompañará al menor, sin que ello se convierta en un obstáculo para el regreso del niño; 3) la determinación de quien correrá con los gastos (tickets del niño y del acompañante y alojamiento); 4) el levantamiento de las medidas cautelares de prohibición de salida del país, a los efectos del viaje de regreso y para ese destino; 5) una exhortación a las partes a cooperar y promover el cumplimiento voluntario, para evitar demoras indebidas; 6) establecer si se convocará a psicólogos, mediadores, intérpretes, etc., para dar cumplimiento a la orden, siempre que ello no genere demoras en la ejecución de la sentencia; recaudos que solo configuran una orientación general, pudiendo ser adaptados a las peculiaridades de cada caso.

Todas estas circunstancias debían ser atendidas pero también las peculiaridades del supuesto, entre ellas: el contexto de la pandemia que a ese momento había conducido al cierre de fronteras (especialmente en la Provincia de Formosa), las restricciones en los vuelos internacionales y nacionales e incluso se encontraba suspendido el transporte de pasajeros por vía terrestre; sumado a ello, debía considerarse el hecho de que la madre de la niña estaba cursando el quinto mes de un embarazo, lo que la colocaba en una situación de riesgo o vulnerabilidad frente a la pandemia. Al respecto el Tribunal sostuvo "la realidad que nos aborda nos plantea un nuevo y más trascendental desafío técnico, jurídico, humano, de cooperación y de coordinación, por cuanto no encontramos to-



dos, argentinos, chilenos y ciudadanos del mundo, sumidos en una situación de pandemia que nos impone aguzar el ingenio e instar aún más la cooperación entre las partes e institucionales a los fines del interés superior de L. Y. A. M.”

En el decisorio se realiza un detallado análisis y repaso por las restricciones que tomaron las distintas provincias de nuestro país y las dificultades que ello traía a los fines de “determinar el tiempo prudencial y razonable para que el padre de la niña llegue a Formosa (República Argentina) a buscarla a ella y a su madre, pero nos encuentra esta ‘nueva normalidad’ donde los factores de demora dependen de circunstancias que escapan a la mera voluntad de las partes y hasta de esta Magistratura”. En definitiva, lo que se debía analizar era la posibilidad de llegar a la ciudad de Formosa por vía terrestre y a través de un medio de transporte particular, lo cual implicaba necesariamente trasladarse a través de diferentes jurisdicciones provinciales contando con los respectivos salvoconductos.

Así, siendo que la situación sanitaria existente difería en cada provincia, al igual que el riesgo de contagio, se concluye que “...no debemos caer aquí en una discusión respecto a qué es más importante, si el interés superior de L. Y. A. M. o el interés general de la población en el mantenimiento de la salud pública, ambos son importantes y trascendentes, y ninguno es excluyente del otro, al contrario, el propio interés superior de la niña incluye su salud, lo cual, en este contexto de contagio global, no puede ser abordado sin tener también en cuenta la salud de su propia familia, y el de la comunidad toda, por cuanto no pude ser desconocido el riesgo que implica la circulación indiscriminada de un virus que ya se ha llevado la vida de cientos de miles de personas, madres, padres, hijas, hijos, abuelas, abuelos, tías, tíos, cada persona cuenta, cada persona es una historia, cada persona es parte de una familia y ninguna es más importante que otra”.

En definitiva, entiende el Tribunal que era el propio interés superior de la niña de regresar a Chile el que debía servir de guía para determinar las medidas para tornar efectivo el regreso de modo seguro, teniendo especial importancia tanto el resguardo de su salud, como la de sus padres y sus familias, pero también, ante el

contexto de incertidumbre, atendiendo a que el transcurso del tiempo sin que el regreso pueda efectivizarse provoque afecciones sobre la sobre la niña.

Así, se dispuso que sería el padre, quien así lo había ofrecido, que tendría a su cargo buscar a su hija en la ciudad de Formosa y llevarla a la ciudad de Arica (Chile), costeano este los gastos que ello depare. Asimismo, la niña debería viajar con su madre, considerando que la perito había concluido que “la separación de la madre, en este momento de unión afectiva y complicidad emocional, servirá a una situación de estrés... Es decir que, se debería garantizar el regreso a su centro de vida de la forma menos estresante posible”. Atendiendo a la urgencia en la restitución (puesto que ello era lo que correspondía para asegurar el interés superior de la niña) y a la situación particular de la madre, se dispuso que, en caso de no poder acompañar a la niña, la madre podría designar un referente afectivo en su reemplazo para acompañar a la niña hasta la ciudad de Arica.

Es notable que, en razón de la imposibilidad de fijar los plazos tal como lo aconsejaban los distintos instrumentos antes referidos, y para evitar o al menos aminorar los riesgos de que el transcurso del tiempo puedan llevar al fracaso la ejecución, se consideró necesario que la niña L. Y. A. M. tenga un acompañamiento terapéutico cada quince [15] días con una integrante del Equipo Interdisciplinario de Tribunal de Familia, a los fines de prepararla psicológicamente para su retorno a Arica independientemente del tiempo que llevara su efectivización.

Así, y sin perjuicio de haber ordenado las medidas factibles en atención a la situación de incertezas que imponía la pandemia, y siguiendo la directiva del art. 2642 del Cód. Civ. y Com. se instó a un acuerdo voluntario entre las partes, especialmente para acordar las modalidades de la restitución y el cumplimiento voluntario, sin perjuicio de la obligación primordial de evitar demoras indebidas en la aplicación de la orden de restitución. A tales fines se fijó una audiencia por una plataforma virtual en la que se arribó al respectivo acuerdo.

e) Juzgado de Familia n° 5, San Isidro, “M. Z., A. R. c. G. M., A. N. s/ restitución internacional

de menores”, 15/10/2021 **(16)**. Restitución rechazada.

En el caso es la Autoridad Central la que remite la solicitud de restitución de dos niñas al Paraguay. Surge de la sentencia que según la información brindada por Interpol las niñas habían nacido y residido en ese país hasta el 16/10/18 cuando se trasladaron a la Argentina con su madre.

Surge de la sentencia que la madre de las niñas había regresado a Paraguay en donde había comprado una casa que estaba acondicionando para mudarse con ellas a fines de 2021 y que, por ello, había dejado a las niñas al cuidado de su abuela en Argentina.

Tanto del relato de la abuela como de las entrevistas realizadas a las tres hermanas (15, 11 y 7 años) se advertía y detallaba una trama de violencia de violencia y maltrato soportado por las niñas y su madre por parte de su progenitor.

En tal sentido, es dable advertir que el tribunal encuadra el pedido en aplicación de la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores, y que además se señala que “la Convención Interamericana indicada se inserta dentro de un conjunto normativo de vigencia continental que conforma el Sistema Interamericano de Derechos Humanos y que debe meritarse su aplicación conjuntamente con la Convención Americana de Derechos Humanos (ley 23.054), y su Protocolo Adicional —Protocolo de San Salvador— (ley 24.658); la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ‘Convención de Belém do Pará’ (ley 24.632) y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, adoptada por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana a las cuales adhirió la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada N° 5/2009 y es propiciado su seguimiento como normativa desde la página de la Suprema Corte Provincial”.

En este contexto se procede a analizar si se presentaban en el caso las excepciones conteni-

---

(16) Citas: TR LALEY AR/JUR/192109/2021, se desconoce si la decisión ha quedado firme.

das en los arts. 11 y 25 de la Convención interamericana **(17)**.

Con relación a la excepción de “grave riesgo” (art. 11.b), se toma en cuenta todas las entrevistas efectuadas a las niñas de las que surgía que tanto estas como su madre y una hermana mayor de edad que residía en Paraguay habían sufrido violencia física y psicológica grave y extrema por parte de su progenitor.

Además, se considera que “[d]e forma contundente la Sra. Asesora de Incapaces dictamina considerando que no se encuentran dadas las condiciones para efectivizar la restitución internacional peticionada en razón de los malos tratos severos y reiterados que han recibido las niñas por parte de su progenitor, situaciones que configuran el riesgo grave a que alude la Convención Interamericana”.

En cuanto a la oposición de las niñas a regresar, además de detallar las condiciones en las que se produjo su escucha, se concluye: “Las niñas han sido terminantes al expresar que se oponen a vivir con su progenitor debido a la violencia psíquica y física a la cual fueron sometidas en forma directa e indirecta de parte de su padre e incluso haber sido testigos de lo que relataron como un intento de homicidio del requirente hacia la madre de las niñas”.

Con relación a la excepción plasmada en el art. 25 de la convención interamericana se señala: “Las niñas y adolescente hijas del requirente

---

(17) El art. 11 de la Convención dispone “La autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no estará obligada a ordenar la restitución del menor, cuando la persona o la institución que presentare oposición demuestre: a). Que los titulares de la solicitud o demanda de restitución no ejercían efectivamente su derecho en el momento del traslado o de la retención, o hubieren consentido o prestado su anuencia con posterioridad a tal traslado o retención, o b). Que existiere un riesgo grave de que la restitución del menor pudiere exponerle a un peligro físico o psíquico. La autoridad exhortada puede también rechazar la restitución del menor si comprobare que éste se opone a regresar y a juicio de aquella, la edad y madurez del menor justificase tomar en cuenta su opinión”. El art. 25 de la Convención establece que la restitución “podrá negarse cuando sea manifiestamente violatoria de los principios fundamentales del Estado requerido consagrados en instrumentos de carácter universal y regional sobre derechos humanos y del niño”.

han sido víctimas de flagrante violación a su dignidad, en razón de la violencia machista ejercida por su progenitor de tipo física y psicológica como destinatarias directas: castigos físicos con golpes, patadas, cinto, etc. ‘nos pegaba con casi todo’, y maltrato psicológico dándoles órdenes y tratándolas ‘como sirvientas’ como refiriera una de ellas. Asimismo, como destinatarias indirectas de violencia por haber sido sometidas a ver la violencia que ejercía el progenitor contra su madre y hermana mayor, habiendo sido testigo una de ellas de lo que describe como un intento de homicidio de su padre hacia su madre ‘le puso el cuchillo cerca del corazón’.”

En este contexto se tiene especialmente en cuenta que “[l]a Erradicación de la Violencia contra la Mujer (de la cual también son acreedoras las niñas) es una preocupación regional del Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, porque ‘la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres’ (Declaración de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer ‘Convención de Belém do Pará’)”. Así, se concluye, que hacer lugar a la restitución peticionada, para que vuelvan con el progenitor importaría la violación lisa y llana del art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, del art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, del art. 16 del Protocolo de San Salvador, de los arts. 1°, 2°, 3°, 7° y ccdds. de la Convención de Belém do Pará y de las Reglas 3, 5, 10, 13, 14, 17/20 entre otras de las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad.

Por todo ello, se rechaza la solicitud de restitución, pero se toma en consideración que la madre de las niñas se encuentra en Paraguay y que ellas están en nuestro país sin un adulto que ejerza su representación. Por ello, y hasta tanto se efectivice el regreso de las niñas a Paraguay con su madre, conf. lo dispuesto por el art. 10 de la Convención se otorga en forma provisional y por el plazo de 90 días la guarda provisional en favor de su abuela materna.

Además, se solicita a la Autoridad central que coordine con su par en el Paraguay las gestiones administrativas necesarias para facilitar el re-

greso de las niñas al país de origen, requiriendo realicen los esfuerzos que ameritan las especiales circunstancias para localizar a la progenitora y brindar el apoyo necesario para que esta regrese a la Argentina a buscar a las niñas.

### III.2. Adopción internacional

a) CNCiv., sala H, “F. E., V. s/ información sumaria”, 01/06/2021 (18).

La Sra. V. F. E. promueve información sumaria a fin de que se ordene la producción de una pericia psicológica a su respecto, y de un informe socio ambiental por medio de un perito asistente social, con el objeto de cumplir los requisitos exigidos para postularse para tramitar una adopción internacional que se llevará a cabo en Haití.

La magistrada de grado rechazó la información sumaria por considerar que resulta ajeno a la esfera de actuación del Poder Judicial el emitir un juicio de valor acerca de las aptitudes de quienes pretenden adoptar, destacándose que esa es una tarea propia del Registro Único de Adoptantes a Guarda con Fines Preadoptivos, de conformidad con lo establecido por el art. 8° de la ley 25.854.

En tales términos, consideró que el Equipo Técnico de la mencionada institución serían los encargados de realizar la evaluación de la postulante dando cumplimiento con los protocolos internos de evaluación y, una vez ello cumplido, podrá la suscripta eventualmente y en caso de resultar ello necesario conforme la legislación extranjera citada en la demanda, expedirse en relación con el requerimiento efectuado, correspondiendo en este estado, el rechazo de la información sumaria

Apelada la decisión, el voto mayoritario del Tribunal (19) observó que si bien para las adopciones a nivel nacional es el RUAGA el organismo que realiza este tipo de informes, en caso la peticionante pretendía la adopción de un niño/a que se encontraba fuera de la Repúbli-

(18) DFyP 2021 (octubre), 74. Con nota de Fabiana Quaini; Cita: TR LALEY AR/JUR/66469/2021.

(19) Dres. José B. Fajre y Claudio M. Kiper.

ca Argentina (20), por lo que entendió que no correspondía darle intervención al mencionado organismo.

Sostiene el Tribunal: “En Argentina la única vía para lograr los informes psicológicos y la encuesta ambiental que se ha considerado como oficial es la de un proceso judicial, donde los pretensos adoptantes solicitan la producción internacional de un niño que se llevará a cabo en determinado país”.

Además, se advierte que existen posturas encontradas en cuanto a si la autoridad competente es meramente administrativa o si es judicial, aunque se concluye que no existe ningún impedimento legal para que la jurisdicción se expida —previa producción de la prueba pericial pertinente— sobre la aptitud de la peticionante para adoptar.

Finalmente, con apoyo en distintos precedentes (21), se concluye que una persona con residencia en la Argentina que quiera adoptar en el extranjero “debe” poder obtener el certificado de idoneidad solicitándole a un juez competente en su jurisdicción que se expida al respecto, previa producción de la prueba pertinente.

La Dra. Liliana E. Abreut de Begher, por su parte, cuestionó la vía de “información suma-

---

(20) Para arribar a tal conclusión se sostuvo que “la competencia al DNRUA cuyo propósito central consiste en “...constituir red informática que interconecte los registros provinciales de postulantes a adopción para brindar a todos los niños del país que lo necesitan la posibilidad de guarda familiar con fines adoptivos en su propia provincia, en su región o en otra del país si no fuere factible lo primero...” (art. 1 del decreto 1328/2009 reglamentario de la ley 25.854). En los considerandos del decreto reglamentario antes mencionado se señala: “... Que un sistema así concebido resulta un razonable límite a las maniobras de apropiación de niños por personas de extraña jurisdicción y fortalece el cumplimiento de los recaudos en pos de la adopción nacional que establece el artículo 315 del Código Civil y artículo 5º de la Ley N.º 25.854...”.

(21) CCNCiv., Sala M, “L. M. I. s/ información sumaria”, 08/11/2012, ídem Tribunal de Familia número 1 de San Isidro, autos: 35.150 caratulados: “R. I. H. Y otra s/ Información Sumaria”; SC Buenos Aires., en autos C. 108.957 de fecha 10/02/2010; Cám. Familia 2º Nom. Córdoba, “R. P. M. y otro - Actos de Jurisdicción Voluntaria - Sumaria Información - Recurso de Apelación”, 02/03/2012.

ria” para obtener la prueba e informe solicitados. Además, recordó la postura de la República Argentina frente a la adopción internacional a raíz de la reserva a la Convención sobre los derechos del niño (ley 23.849, art. 2º) y sostuvo que, aunque el anteproyecto del Cód. Civ. y Com. contenía una norma que establecía el deber de brindar cooperación internacional para este tipo de informes aquella había sido suprimida.

b) CNCiv., sala K, “R., M. A. s/ información sumaria”, 28/12/2021.

La actora promovió una información sumaria a los fines de solicitar la producción de determinadas pruebas con el objeto de postularse para llevar a cabo una adopción internacional en Haití que fue rechazada en primera instancia con fundamento en que la petición excede el ámbito de competencia del tribunal. Sostuvo el juez de grado que el RUAGA es el organismo encargado de realizar ese tipo de evaluación a los aspirantes a adopción. La actora apela con el argumento que la adopción a realizar es en el extranjero y no en nuestro país, por ello no es el RUAGA la institución que debe evaluar su idoneidad, ya que esta solo interviene en casos nacionales.

Además, sostiene que en nuestro país la única vía para lograr la producción de informes psicológicos y la encuesta ambiental, para que se considere oficial, es la realizada en el marco de un proceso judicial. Señaló que nuestro país no cuenta con un organismo oficial internacional o agencia habilitada que emita este tipo de certificado y que, por lo tanto, la decisión arribada implica una denegación de justicia ya que dejaría sin vía adecuada para poder postularse para adoptar un niño en Haití. A su vez, señala también que la decisión apelada infringe lo dispuesto por el art. 19 de la Constitución Nacional.

En el fallo de la Sala K se advierte, en primer lugar, que el proceso de información sumaria es una actuación tendiente a reunir los elementos probatorios conducentes a que la autoridad competente tome una decisión, cuando existe duda sobre determinados hechos y que en este caso justamente lo que se buscaba era la producción de la prueba necesaria para acreditar en el extranjero la idoneidad de la actora.

Luego, se recuerda que la adopción internacional tiene lugar cuando un niño o niña que reside en un Estado es adoptado por una persona o personas con domicilio o residencia habitual en otro. Así, se señala que la adopción internacional reconoce su instrumento principal en el Convenio de la Haya del 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, y entre cuyos Estados signatarios, se encuentra Haití, mas no Argentina. Además, que en función de esta fuente cada Estado deberá designar una Autoridad Central encargada de la ejecución de los deberes allí implementados, entre ellos la expedición de certificados de idoneidad de los pretensos adoptantes.

Según explica el Tribunal este Convenio busca efectivizar los derechos establecidos en la Convención sobre los derechos del niño (especialmente conf. art. 21) y recuerda que la Argentina realizó una reserva al momento de ratificar este instrumento (art. 2°, ley 23.849) y que esta “...implica que ha quedado prohibida en nuestro país —hasta tanto se den las condiciones de rigurosidad en esa materia— la adopción internacional, para que ningún niño que habita suelo argentino sea afectado por el delito de venta y/o tráfico infantil”.

Luego, en un argumento que consideramos de suma precisión y pertinencia se asevera: “Entonces, aun cuando en nuestro derecho positivo se restringe la aplicación de la disposición convencional referida a la adopción internacional con relación a los niños con residencia habitual en la República Argentina, nuestra legislación no prohíbe la adopción de un niño en el extranjero, al asignar como marco regulatorio de tal situación las leyes que rigen en el domicilio del adoptado al tiempo de la adopción (arts. 2636 y 2637, Cód. Civ. y Com.) y admitir la posibilidad de transformar en el régimen de adopción plena la concedida en el extranjero (art. 2638, Cód. Civ. y Com.)”. Aquí el Tribunal advierte la diferencia y el alcance de la restricción respecto de las adopciones salientes —niños oriundos de nuestro país para ser adoptados para residir en el extranjero— de las adopciones entrantes —niños oriundos del extranjero que residirán en nuestro país luego de otorgada la adopción—.

En este caso, justamente se trataba de acreditar la identidad en el extranjero para que un niño/a oriundo/a de ese país fuera adoptada por una persona residente en nuestro país y para residir en Argentina. El tribunal asevera que “la única opción que se ha revelado como posible en un país como el nuestro es recurrir ante un juez argentino para que mediante una información sumaria requiera los exámenes pertinentes, tanto psicológicos como ambientales, para dictar luego una sentencia que apruebe o no dicha información sobre la idoneidad para adoptar en un país extranjero...”

El tribunal también recuerda que “mediante el dictamen del 23 de febrero de 2010, la señora Defensora General de la Nación reseñó que nuestro país hizo reserva del art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño, pero de ninguna manera eso implica que estuviera prohibida la adopción de niños en el extranjero por parte de nacionales o que no se reconozca una sentencia extranjera de adopción cuando cumple con todos los requisitos; y que la decisión de adoptar niños en otro país es una decisión unipersonal y libre que, en la medida que no viole leyes nacionales, no puede ser objeto de intromisión alguna por parte del Estado, en virtud del principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional”.

En tal sentido, el tribunal agrega que “la decisión de la accionante de iniciar el proceso de adopción internacional en la República de Haití, en tanto no está prohibida por las leyes locales, recepta el principio de autonomía personal, del que se deriva la libre elección por parte de cada individuo de su plan de vida, por lo que no puede interferir el Estado ni los demás individuos, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y los ideales de virtud que cada uno sustente...”

Concluye el Tribunal que la facultad de la actora de peticionar estos trámites en su país de origen y así concretar su proyecto familiar es un derecho que debe reconocerse. Y señala que “de otro modo, no solo se afectaría el acceso a la justicia del peticionante, sino también el derecho de los niños a crecer en el seno de una familia, lo que alcanza a toda la infancia más allá de su lugar de residencia, ya sea para los niños, niñas

y adolescentes que se encuentran en la Argentina o más allá de sus fronteras”. Así, se revoca la resolución anterior.

### III.3. Cobro de alimentos

a) CNCiv., sala L, “C. N. S. E. c. C. V. H. s. *exequatur* y reconocimiento de sentencia extranjera”, 17/05/2021 (22).

El caso trataba del reconocimiento de una sentencia extranjera (de conformidad con lo dispuesto por los arts. 517 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com.) emitida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer N.º 1 de Vigo, Pontevedra en los autos contenciosos 48/2011 con fecha 13.03.2012 y por la Audiencia Provincial Seccional N.º 6 de Pontevedra, Sentencia N.º 942/12 de fecha 21.12.2012, que establecían la suma de 200, actualizándose a 300 mensuales. La sentencia de primera instancia había controlado los requisitos aludidos y reconoció la sentencia.

El demandado apela la sentencia y argumenta que el monto a retener excede el porcentaje que prescriben las normas vigentes en virtud del salario que percibe mensualmente y que de concretarse se quedaría sin medios para subsistir (techo, comida, etc.).

Sin embargo, se recuerda al demandado que “cualquier planteo relativo al monto de la cuota alimentaria deberá ser planteado ante el Tribunal que la estableció” y se confirma la decisión apelada.

### IV. Agenda internacional con temas de DIPr de familia

Algunas de las temáticas en agenda y su estado en el ámbito de la Conferencia de La Haya de DIPr.

a) La labor del Grupo de Expertos sobre reconocimiento y ejecución de acuerdos transfronterizos en disputas familiares que involucran a niños (23).

(22) Publicado en <http://fallos.diprargentina.com/2021/07/c-n-s-e-c-c-v-h-s-exequatur-y.html>, disponible al 24/02/2022.

(23) Los documentos elaborados para este proyecto como las Conclusiones y Recomendaciones de las reuniones están disponibles en el siguiente enlace: <https://>

En anteriores entregas hemos profundizado sobre la labor de este Grupo de Expertos y señalado que en las reuniones de junio de 2017 y 2018 se elaboró el *navigation tool* o instrumento no vinculante que fue presentado en más de una oportunidad a la reunión del Consejo para su aprobación y que, pese a las distintas modificaciones que se fueron efectuando en función de las observaciones de los Estados, no logró ser aprobado.

Por ello, se realizaron modificaciones más significativas y la nueva versión del instrumento fue trabajada en el ámbito del Grupo de Expertos en dos reuniones virtuales en el año 2021.

Actualmente, la nueva propuesta se denomina *Draft Practitioners Tool on Cross-Border recognition and enforcement of agreements reached in the course of family matters involving children*. La nueva propuesta tiene como objetivo describir cómo los acuerdos en el ámbito del derecho de familia en disputas que involucran NNA en casos con elementos extranjeros pueden ser reconocidos y ejecutados en aplicación de los tres convenios elaborados en el seno de la Conferencia de La Haya de DIPr (en adelante, HCCH) que abarcan las problemáticas relativas a la organización familiar: el HCCH 1980 sobre sustracción internacional de niños, el HCCH 1996 sobre Protección internacional de niños y el HCCH 2007 sobre cobro internacional de alimentos (24). El instrumento será sometido a la votación del Consejo General la semana del 28 al 4 de marzo de 2022. Esperamos que sea aprobado por los Estados miembro. Dado que es un instrumento no vinculante, en caso de ser aprobado, automáticamente se podría empezar a aplicar.

b) La labor del Grupo de Expertos sobre filiación / GS (25).

[www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/recognition-and-enforcement-of-agreements](http://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/recognition-and-enforcement-of-agreements), al 24/02/2022.

(24) Nótese que en el caso de nuestro país la utilidad sería relativa puesto que, al momento, la Argentina sólo se vincula por el Convenio de La Haya de 1980 en materia de restitución internacional de niños, pero no por el de 1996 o el de 2007.

(25) Los documentos elaborados para este proyecto como las Conclusiones y Recomendaciones de las reuniones se encuentran disponibles en el siguiente enlace:

El Grupo se ha reunido en tres oportunidades en el año 2021 por modalidad virtual (febrero, julio y noviembre).

En nuestras anteriores entregas hemos detallado el avance de la labor del Grupo reunión por reunión (26). En la última reunión de 2019 se propuso que el Grupo se reúna dos veces antes de presentar su reporte al Consejo en la reunión anual del año 2022 para poder tomar una decisión final sobre cómo proceder con este proyecto. Este plazo fue ampliado hasta marzo de 2023 en razón de las demoras y dificultades que ocasionó la crisis de COVID-2019 a nivel global. En esa oportunidad el Grupo deberá presentar su informe final.

En las reuniones mantenidas en el año 2021 se continuó discutiendo el posible contenido de dos instrumentos vinculantes: un Convenio internacional en materia de filiación (excluida la GS) y un Protocolo para el reconocimiento de la filiación establecida como consecuencia de acuerdos de GS transfronterizos. Con respecto al segundo de los mencionados instrumentos se analizaron distintos enfoques para abordar la temática. Este año 2022 el grupo se enfocará en la redacción de su informe final.

c) Grupo de trabajo sobre la prevención y tratamiento de las prácticas ilícitas en la adopción internacional.

La labor de la HCCH no se circunscribe a la elaboración de instrumentos internacionales, sino que, por el contrario, es una de las principales características del organismo en la actualidad la labor posconvenio que viene realizando para su aplicación eficiente. En igual sentido, puede aseverarse que no es suficiente con el reconocimiento de los derechos de los NNA, sino que es imprescindible su operatividad y restablecimiento en caso de haber sido vulnerados.

Además, dentro de la revisión de la aplicación práctica de los Convenios se llevan a cabo Comisiones Especiales, cada 4 o 5 años. En el contexto de estas Comisiones se ha advertido el

<https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>, al 24/02/2022.

(26) RUBAJA, Nieve, "Actualidad en el Derecho internacional privado de familia", RDF 89, 337, y 179.

desafío de lograr detectar y combatir las prácticas ilícitas en la adopción internacional en relación al Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional (27) y, en consecuencia, se ha conformado el Grupo de Trabajo cuya labor persigue, esencialmente, lograr asegurar y garantizar los derechos humanos y el interés superior de los NNA cuyas adopciones se otorgan en el marco de dicho Convenio.

Concretamente, el mandato del Grupo es considerar el desarrollo de formas más eficaces y prácticas de cooperación entre los Estados para prevenir y abordar casos específicos de abuso, y más específicamente, desarrollar un conjunto de herramientas (*Toolkit*) que contenga los elementos necesarios para cumplir con el objetivo. Este instrumento deberá ser presentado en la próxima Comisión Especial que se llevaría a cabo tentativamente durante el año 2022.

Si bien la Argentina no es parte del Convenio de La Haya de 1993 en materia de adopción internacional e, incluso, ha realizado una reserva al respecto cuando aprobó y ratificó la Convención sobre los derechos del niño (ley 23.849, art. 2°), debe considerarse que al momento este Convenio cuenta con un importante estado de ratificación —104 Estados (28)— y que cada vez hay una mayor cantidad de adopciones internacionales que se efectúan en su aplicación; además, debe advertirse que muchas de las adopciones internacionales realizadas por residentes de nuestro país o nacionales que se encuentran en el extranjero se realizan en aplicación de este instrumento.

(27) Cabe recordar que el Convenio procura garantizar la transparencia en los procedimientos de adopción internacional y velar por el interés superior de cada NNA a adoptar, incluida la protección del derecho a la identidad. Además, que el Convenio se estructura sobre el principio de subsidiariedad que implica que para proceder a la adopción internacional de NNA debe descartarse primero la posible adopción a nivel nacional. Entre otros, ver: RUBAJA, Nieve, "Protección del derecho a la identidad en la adopción internacional" en Tratado de los Derechos de niñas, niños y adolescentes. Segunda edición actualizada y ampliada, dirigido por Fernández Eugenia Silvia, Thomson Reuters, 2020.

(28) Consultar estado de ratificación en [www.hcch.net](http://www.hcch.net).

d) Grupo de Expertos en materia de transferencia de fondos en el cobro internacional de alimentos (29).

El Grupo se reunió en febrero de 2022 en continuación de su labor de debate de las buenas prácticas y de identificación de posibles mejoras futuras en relación con la transferencia transfronteriza de los pagos de manutención de los hijos, con vistas a facilitar estas transferencias de modo más rentable, transparente, rápido, eficiente y accesible. Ello en función de la labor posconvenio en el marco del Convenio de La Haya de 2007 sobre el tema (30).

El Grupo de Expertos reconoció la diversidad de modelos para el cobro de las pensiones alimenticias, como las transferencias directas del deudor al acreedor, transferencias a través de una institución del Estado requerido y a veces a través de una institución en el Estado requirente. Se reconoció que la participación de las Autoridades Centrales y el grado de centralización de los pagos varían según los diferentes sistemas jurídicos, sistemas bancarios nacionales y regionales y medios disponibles.

Se reconoció también que en la actualidad se transfieren fondos para gran cantidad de cobro de alimentos para NNA a nivel internacional, pero que persisten las dificultades relacionadas con las elevadas y poco transparentes comisiones bancarias y/o costes de conversión de moneda de divisas, la pérdida de datos de pago entre diferentes formatos de pago, los problemas ocasionales de comunicación entre las Autoridades Centrales y la falta de seguimiento de los pagos. En particular, se subrayó que el uso de cheques es un problema importante. Sin embargo, desde la creación del Grupo de Expertos se ha avanzado mucho en la eliminación gradual del uso de cheques.

Se observó que las soluciones y las buenas prácticas debatidas en el contexto del Convenio La Haya de 2007 son igualmente pertinentes

---

(29) El reporte del Grupo se encuentra disponible en <https://assets.hcch.net/docs/10ec221a-4a8a-4792-88e4-42e226228da8.pdf> al 24/02/2022.

(30) Tal como hemos señalado al comienzo del presente, recordamos que este Convenio aún no se encuentra vigente en nuestro país.

para la Convención de las Naciones Unidas de 1956 sobre el cobro en el extranjero de las obligaciones alimentarias, el Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de las obligaciones alimenticias, otros instrumentos regionales o bilaterales (31).

Entre las conclusiones y recomendaciones consensuadas se encuentran las siguientes:

- Cheques: se consideró que la eliminación del uso de cheques era un objetivo que merecía la pena, tras un período de transición adecuado, teniendo en cuenta que algunos Estados ya no pueden recibir cheques o tienen o tienen limitaciones de tiempo para dejar de utilizarlos. El Grupo de Expertos convino en que la transferencia electrónica de fondos era el camino a seguir.

- Transferencias de fondos: hubo consenso en la necesidad de encontrar soluciones para la transferencia internacional de fondos que permitan aumentar la transparencia y reducir los costes. Los acreedores no deberían asumir los costes de la transferencia de fondos y deben recibir el importe íntegro fijado.

- Punto centralizado para las transferencias internacionales: cada Estado Parte debería considerar la posibilidad de establecer un punto centralizado para transferencias internacionales dedicado a las transferencias entrantes y salientes de fondos. El punto centralizado podría contribuir a: ayudar a la normalización de la transferencia internacional de fondos; aumentar la transparencia con respecto a los costes de dichas transferencias; reducir los costes asociados a dichas transferencias; ayudar a la Autoridad Central en el control de los pagos; simplificar y acelerar la transferencia de fondos cuando los pagos sean limitados o deban ser examinados con fines reglamentarios.

---

(31) Esta Convención ha sido ratificada por nuestro país por ley 17.156 BO 10/2/1967, modificada en su art. 1° por ley 19.739. Nos vincula actualmente con 65 países. Ver estado actual de ratificación en <http://treaties.un.org>.



- Control de los pagos: el seguimiento de los pagos podría garantizar un registro de pagos preciso; ayudar a la ejecución de los pagos; apoyar la comunicación entre las Autoridades Centrales para conciliar los importes enviados y recibidos; ayudar a establecer informes estadísticos; etc. Los expertos reconocieron que no todas las Autoridades Centrales participan directamente en la transferencia de pensiones alimenticias y, por lo tanto, puede que no dispongan de una supervisión o comunicación sistemática. No obstante, señalaron que otra opción en esta situación sería adoptar un sistema en el que la prestación del cobro y la transferencia rápida de las pensiones alimenticias podría delegarse en organismos públicos y/u otros organismos.

- Conversión de divisas: se presentaron distintas alternativas, por ej. que la autoridad de ejecución notifique al deudor que el importe que debe pagarse en la moneda del deudor es el mismo; cuando la decisión de alimentos se registre para su ejecución en la moneda de ese Estado, el Estado en cuestión pueda ajustar periódicamente el importe que debe pagar el deudor, con el fin de evitar la acumulación de atrasos, que puede conducir a una ejecución indebida; podría considerarse la posibilidad de obtener el acuerdo del deudor que el importe adeudado en moneda extranjera se retire directamente de la cuenta del deudor, con el objetivo de garantizar que el importe pagado coincida con el importe adeudado.

## V. Eventos académicos 2021 de DIPr en la región

Sin perjuicio de que nuevamente varios de los eventos que habitualmente se llevan a cabo de manera presencial, y que es una de las valiosas y anheladas oportunidades en las que profesores/as e interesados/as en estos temas nos reunimos para dialogar, intercambiar opiniones y debatir sobre los temas de común interés, algunos de estos eventos se han llevado a cabo online y han permitido que la comunidad académica ofreciera espacios de profundización, intercambio y reflexión. Entre los numerosos encuentros que se llevaron a cabo y que incluyeron temas relativos al DIPr de familia destacamos los siguientes:

1. Seminario “Nuevas perspectivas en Derecho Internacional Privado”, que se llevó a cabo desde el 16 de julio al 17 de agosto de 2021, durante 7 encuentros. Organizado conjuntamente por el Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja” (Facultad de Derecho - UBA) y por el Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales (Facultad de Derecho - UNC - CONICET), dirigido por las profesoras Dras. Luciana B. Scotti (UBA) y Candela Villegas (UNC - CONICET).

Esta segunda edición del Seminario también contó la presencia de muchas personas (estudiantes, profesores, profesionales del país y del extranjero) y que permitieron interesantes y ricos intercambios.

Entre los temas tratados se encuentran los siguientes: Agenda actual de los foros de codificación internacional; Perspectiva de Género en la Restitución internacional de NNA; Procesos de codificación en la dimensión interna del Derecho internacional privado en la región y Migraciones y Derecho internacional privado.

Las reuniones fueron grabadas y se encuentran disponibles on-line para la comunidad académica y para el público en general en el canal de YouTube de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

2. Las XIV Jornadas ASADIP sobre “Derecho internacional privado y modernas tecnologías” se llevaron a cabo los días el 4 y 5 de noviembre de 2021. Entre los distintos paneles se abordaron temáticas de suma actualidad y, entre ellas, los desafíos que trae la tecnología y el respecto a los derechos humanos, el empleo de la tecnología en la cooperación internacional y el DIPr de la familia. Además, por segundo año consecutivo, se llevó a cabo la Convocatoria para las “Jornadas Virtuales de Jóvenes investigadores/as de la e-ASADIP 2021” que también tomó como eje varios temas del DIPr de familia, las migraciones y la niñez (32).

3. El XXXII Congreso Argentino de Derecho Internacional organizado por la Asociación Ar-

(32) Los trabajos presentados se encuentran disponibles en: [https://drive.google.com/drive/u/4/folders/10DWSXtj7PzVKYKoZKJ2zor4DBs-qI\\_jE](https://drive.google.com/drive/u/4/folders/10DWSXtj7PzVKYKoZKJ2zor4DBs-qI_jE), al 24/2/2022.

gentina de Derecho Internacional (AADI) se llevó a cabo los días 9, 10 y 11 de noviembre de 2021. La Sección de DIPr tuvo como eje temático “La movilización del Derecho Internacional Privado: Hacia un DIPr comprometido con la sustentabilidad y el Desarrollo” cuyo relato estuvo a cargo de la Profesora Verónica Ruiz Abou-Nigm. Entre los Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 (33) se abordaron

---

(33) Para más información puede compulsarse <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/> disponible al 24/2/2022.

algunos relativos al DIPr de la niñez, de la familia, de la igualdad y perspectiva de género. La actividad de la sección se encuentra disponible en el siguiente enlace: <https://www.youtube.com/channel/UCaK2da8wfUDyhPbXn1B8nig> al 24/2/2022.

## **VI. Palabras de cierre**

Una vez más nuestro objetivo es alcanzar al lector información sobre la actualidad en materia de DIPr de familia, esperamos esta resulte de utilidad.

# TRATADO DEL DERECHO DE SUCESIÓN

5.<sup>a</sup> edición actualizada y ampliada

**Héctor Roberto Goyena Copello**



2021



**3 Tomos**  
Disponibles en  
papel y eBook.

Esta obra es un clásico del Derecho Sucesorio, como así también su autor que, por su trayectoria y reconocimiento, es el especialista más destacado en el mercado en todo lo que refiere a sucesión. Sus obras han sido siempre un éxito. Hoy, a más de 5 años del nuevo Código Civil que modificara tan ampliamente todo lo referente al Derecho Sucesorio, presentamos esta quinta edición completamente actualizada, la cual incorpora la nueva doctrina con sus fundamentos.

Debido a los cambios que ha sufrido el Derecho Sucesorio, el autor desarrolla todos los institutos del mismo con análisis de conjunto y claridad en su interpretación para poder llevar soluciones a nuestros lectores. La obra que hoy presentamos trata integralmente el Derecho Sucesorio, citando además los fallos más importantes, desarrollando en forma exhaustiva y sistemática todas las instituciones de la materia.

Adquirí la obra llamando al  
**0810-266-4444** o ingresando en  
[www.tienda.thomsonreuters.com.ar](http://www.tienda.thomsonreuters.com.ar)



Seguí nuestra página  
de **LinkedIn** con contenido  
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey   
@TRLaLey   
ThomsonReutersLatam   
ThomsonReutersLatam



**ABELEDOPERROT**

Información confiable  
que avala sus argumentos.

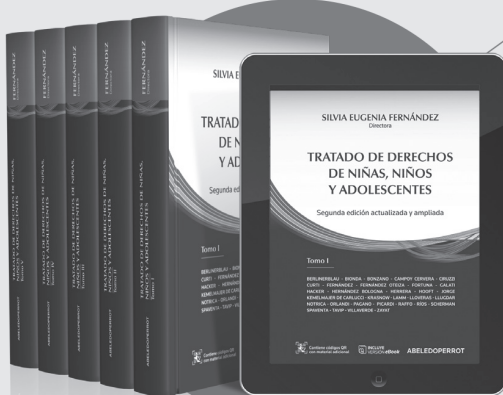
# TRATADO DE DERECHOS DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES



2021

Segunda edición ampliada y actualizada

**Silvia Eugenia Fernández** (Directora)



Esta obra  
**contiene**  
**Códigos QR**  
con material  
adicional.



**5 Tomos**  
Disponibles en  
papel y eBook.


**Obra colectiva en la que se aborda el régimen de niñas, niños y adolescentes de forma integral, desde lo civil, penal, constitucional, comercial, etc. Estudia también las intersecciones como niñez-género y niñez-violencia, dando suma importancia a los derechos humanos.**

A diferencia de sus tres tomos originales, este Tratado se ha ampliado a 5 tomos debido al desarrollo que han tenido las diferentes cuestiones reguladas en el CCyC, fundamentalmente aquellas que involucran el desarrollo evolutivo de los derechos humanos. Es por ese motivo que el material fue reanalizado, reinterpretado y repensado a la luz de los nuevos paradigmas. Incluye un análisis comparativo del régimen en las distintas provincias del territorio nacional.

Adquirí la obra llamando al  
**0810-266-4444** o ingresando en  
[www.tienda.thomsonreuters.com.ar](http://www.tienda.thomsonreuters.com.ar)

 **THOMSON REUTERS®**



Seguí nuestra página  
de  **LinkedIn** con contenido  
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey   
@TRLaLey   
ThomsonReutersLatam   
ThomsonReutersLatam 



# TRATADO DE DERECHO DE FAMILIA

3.ª edición actualizada

**Eduardo A. Sambrizzi**



**2021**



**4 Tomos**  
Disponibles en  
papel y eBook.

Esta obra se ocupa de las disposiciones establecidas en el Código Civil y Comercial relacionadas con el Derecho de Familia, cuyas normas en buena parte se comparan con las que contenía el derogado Código Civil. A cinco años de vigencia del nuevo Código, esta colección recoge opiniones doctrinarias sobre la temática y decisiones jurisprudenciales que han hecho aplicación de la nueva normativa.

Trata temas de actual relevancia tales como la bioética, la eugenesia y la eutanasia, cuestiones que cada vez cobran mayor interés en la práctica. Ofrece al lector legislación extranjera sobre los diversos temas que se tratan en la obra e incluye nuevos fallos que han surgido luego de la última edición.

Adquirí la obra llamando al  
**0810-266-4444** o ingresando en  
[www.tienda.thomsonreuters.com.ar](http://www.tienda.thomsonreuters.com.ar)



Seguí nuestra página  
de **LinkedIn** con contenido  
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey   
@TRLaLey   
ThomsonReutersLatam   
ThomsonReutersLatam

