

REVISTA DE
**DERECHO DE FAMILIA
Y DE LAS PERSONAS**

DIRECTORES:

MARIA J. MENDEZ COSTA
CARLOS H. VIDAL TAQUINI
MARCOS M. CORDOBA
GRACIELA MEDINA
NESTOR E. SOLARI

AREA PERSONA, BIOETICA Y DERECHO MEDICO

SALVADOR D. BERGEL
ALBERTO J. BUERES
JOSE W. TOBIAS

CONSEJO ACADEMICO:

ARMANDO S. ANDRUET (H.)
GUSTAVO A. BOSSERT
EDUARDO I. FANZOLATO
MARÍA SUSANA NAJURIETA
JOSÉ LUIS PÉREZ LASALA
EDUARDO PETTIGIANI
JULIO CÉSAR RIVERA
EDUARDO ROCA
EDUARDO A. ZANNONI

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

CARMEN M. ARGIBAY
Titular de Oficina de la Mujer
de la CSJN

CONSEJO DE REDACCION:

LAURA BALART
MARÍA ISABEL BENAVENTE
JORGE C. BERBERE DELGADO
SILVIA BERMEJO
ALEJANDRO CARRIÓ
PEDRO DI LELLA
FRANCISCO FERRER
NOEMÍ GOLDZTERN DE REMPEL
SILVIA GUAHNON
LIDIA B. HERNÁNDEZ
PEDRO F. HOOFT
ADRIANA N. KRASNOW
RAÚL GUSTAVO LOZANO
JORGE A. MAZZINGHI (H.)
MAURICIO L. MIZRAHI
ANALÍA MONFERRER
ROBERTO MIGUEL NATALE
JOSÉ MARÍA ORELLE
RICARDO D. RABINOVICH-BERKMAN
EDUARDO G. ROVEDA
LUIS OMAR SALOMÓN
EDUARDO A. SAMBRIZZI
VILMA R. VANELLA
MARÍA SILVIA VILLAVERDE

ISSN: 1852-8708

REGISTRO NACIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL 5074189

SUMARIO

FAMILIA

DOCTRINA

Edad legal proyectada para contraer matrimonio Por Néstor E. Solari	3
Consentimiento conyugal Por Mariano Gagliardo	6
El deber de fidelidad en el Proyecto Por María del Carmen Starópoli	14
Cauces del derecho alimentario en contextos de vulnerabilidad Por Guillermina Zabalza y María Victoria Schiro	21

DERECHO COMPARADO

Nuevas medidas contra la violencia de género y doméstica en Italia. Aportes desde el Derecho Comparado Por Gabriela Yuba	35
--	----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Desistimiento en la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse Por Ramiro G. Flores Levalle	41
DIVORCIO. Por presentación conjunta. Desistimiento del proceso. Rechazo. Falta de aquiescencia del demandado (CNCiv., sala F, 28/08/2013. - V., C. G. c. T. S., F. de C. s/ divorcio art. 214 inc. 2do. Código Civil)	41
Prisión preventiva para mujer embarazada Por María Virginia Deymonnaz	46
PRISIÓN DOMICILIARIA. Mujer embarazada privada de su libertad. Procedencia del beneficio (CFCasación Penal, sala II, 20/09/2013. - A.C.F.d.M. s/ recurso de casación)	46

Patria potestad y un caso de improponibilidad de la demanda Por Aldo M. Di Vito	61
PATRIA POTESTAD. Fallecimiento del progenitor. Errores en la partida de defunción. Pedido de autorización para salir del país con fines recreativos. Rechazo <i>in limine</i> . Libramiento de oficios. Derecho al disfrute del tiempo vacacional (JFam. Nro. 2, Avellaneda, 21/11/2013. - M.A.M. s/ autorización)	61

SUCESIONES

DOCTRINA

Contrato y testamento, hacia una mayor libertad y autonomía de la voluntad en el Derecho Sucesorio Por Florencia Inés Córdoba	67
Legítima y su protección Por Juan Carlos Pandiella Molina	73

DERECHO COMPARADO

De la acción de reducción de los legados como vía de protección Por Leonardo B. Pérez Gallardo	80
--	----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Pago definitivo y convenio de distribución Por Marcos M. Córdoba	91
SUCESIÓN. Convenio de pago definitivo y distribución. Nulidad de la homologación. Manipulación de los derechos de un heredero menor. Falta de participación del Ministerio Pupilar. Disidencia (ST Río Negro, 29/08/2013. - R. B. c. R. H. y Otro s/ recurso de revisión)	91
Exclusión de derechos hereditarios Por Adriana Morón	109
SUCESIÓN. Exclusión de derechos hereditarios. Cónyuge supérstite separado de hecho. Improcedencia de la exclusión de sus derechos hereditarios. Abandono del hogar justificado. Conducta injurianta del causante (CCiv. y Com., Mar del Plata, sala III, 22/08/2013. - C., A. O. c. S., F. D. s/ incidente de exclusión de derechos hereditarios)	109
Nulidad de testamento por acto público Por Ramiro J. Córdoba y Felipe Moore	117
SUCESIÓN. TESTAMENTO. NULIDAD. Rechazo de la nulidad. Inexistencia de captación de voluntad del testador (CCiv. y Com., Azul, sala I, 17/10/2013. - F., H. J. c. F., R. y otro s/ nulidad de testamento)	117

PERSONA

DOCTRINA

Salud mental en el Derecho de Familia y Sucesorio Por Daniela Yankielewicz y Juan Pablo Olmo	135
--	-----

El abordaje interdisciplinario de la Salud Mental. Situación actual a partir de la ley 26.657 y el Decreto 603/2013 Por Carlos Muñiz	162
--	-----

DERECHO COMPARADO

La persona y la publicidad oficial del sexo en Alemania: ¿Un tercer sexo? Por María del Carmen Gete-Alonso y Calera	173
---	-----

Lej uruguaya sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida e incidencia de la Ley de Defensa del Consumidor Por Mabel Rivero de Arhancet y Beatriz Ramos Cabanellas	190
--	-----

La discapacidad desde un enfoque público y privado Por Caridad del Carmen Valdés Díaz	202
---	-----

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

Obra Social Provincial, Discapacidad y Derecho a la Salud Por Oscar Ernesto Garay y Guillermo Jaimarena Brion	225
---	-----

OBRAS SOCIALES. Niño afiliado que padece retraso madurativo. Cobertura de tratamientos médicos. Equinoterapia. Procedencia de su cobertura integral (CJ Salta, 15/10/2013. - G. L. M. E. e. r. d. s. h. G. D. Á. c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/ amparo - recurso de apelación)	225
--	-----

Las sentencias: la motivación y las expresiones "obiter dictum" Por Marcelo Enrique Luft	236
--	-----

CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA. Modificación unilateral del contrato por parte de la prestadora del servicio. Reducción del plazo para notificar al usuario. Resoluciones 9/04 de la Secretaría de Coordinación Técnica y su modificatoria 175/07 de la Secretaría de Comercio Interior. Sentencia que determina la razonabilidad de la resolución. Rechazo de la impugnación (CS, 01/10/2013. - Unión de Usuarios y Consumidores c. Estado Nacional -SCI- resol. 175/07 -SCT- resol. 9/04 y otro)	236
--	-----

La sentencia de inhabilitación y las garantías individuales de las personas Por Ezequiel Cabuli	246
---	-----

INHABILITACIÓN. Limitación de tres años establecida en el art. 152 ter del Cód. Civil. Deber de reevaluar la situación de causante (CNCiv., sala B, 31/10/2013. - L., A. A.)	246
--	-----

El costo de los protocolos de abortos no punibles Por Analia G. Pastore	252
---	-----

ABORTO NO PUNIBLE. Cuestión abstracta. Declaración de nulidad de la decisión de la Justicia Nacional en lo Civil que hizo lugar a una medida autosatisfactiva que suspendió la realización de la práctica. Efectos (CS, 17/09/2013. - Pro Familia Asociación Civil c. GCBA y otros s/ Impugnación de actos administrativos)	252
---	-----

ACTUALIDAD

Noticias de Bioética	265
----------------------------	-----

LEGISLACIÓN

NACIONAL

LEY 26.928 (P.L.N.). Sistema de Protección Integral para Personas Trasplantadas -- Creación -- Objeto -- Certificado -- Autoridad de aplicación -- Cobertura del Sistema Público de Salud -- Pasajes de transporte terrestre o fluvial -- Acceso a una adecuada vivienda -- Derecho de Ingreso o continuidad de una relación laboral -- Derecho de licencias especiales -- Deducción especial en el Impuesto a las Ganancias -- Otorgamiento de una asignación mensual no contributiva.....	277
RESOLUCIÓN 2177 (M.S.). Plan Nacional de Salud Mental 2013-2018 -- Aprobación.....	278

.....
Familia / Doctrina
.....

Edad legal proyectada para contraer matrimonio

POR NÉSTOR E. SOLARI

Sumario: I. Introducción. II. Redacción originaria en el proyecto de Código. III. Redacción aprobada en el Senado.

I. Introducción

En nuestro derecho positivo siempre ha existido una edad mínima para contraer matrimonio, siendo la falta de edad legal uno de los impedimentos matrimoniales contemplados por la ley.

Dicha edad mínima para contraer matrimonio ha sido modificada en varias oportunidades por el legislador. La primitiva ley 2393 de matrimonio civil, en su art. 9º, inciso 4, exigía a la mujer tener 12 años y al varón 14 años. Posteriormente, la ley 14.394 del año 1954, elevó a 14 años para la mujer y 16 años para el varón, las edades mínimas para contraer matrimonio.

Luego, la ley 23.515, de Matrimonio Civil, volvió a elevar la edad legal mínima, a 16 para la mujer y a 18 años para el hombre.

Finalmente, la ley 26.449, modificó el inciso 5º del art. 166, elevando a 18 años la edad mínima de la mujer para contraer matrimonio. De esta manera, tanto el hombre como la mujer alcanzan la aptitud nupcial a los 18 años de edad. Tal criterio, ha sido mantenido por la ley 26.579, a la vez que redujo la mayoría de edad a los dieciocho años.

A partir de entonces, la aptitud nupcial y la mayoría de edad coinciden en nuestro derecho positivo, pues ambas se alcanzan a los dieciocho años de edad.

De acuerdo a esta evolución legislativa, originariamente la aptitud nupcial se relacionada con la *madurez biológica*, en el sentido de que el sujeto estaba en condiciones de contraer matrimonio cuando resultaba apto para la procreación. El criterio coincidía con la época de la pubertad.

Actualmente, con las últimas reformas, pareciera que el legislador tiende a relacionar la aptitud nupcial con la *madurez psicológica*, porque exige

una evolución psíquica del sujeto, antes que una aptitud física. Tal tendencia es correcta, pues la importancia y trascendencia del matrimonio lleva a que el sujeto deba obrar con la debida capacidad para asumir los efectos derivados del acto.

II. Redacción originaria en el proyecto de Código

El Proyecto de Código Civil y Comercial del 2012 del Poder Ejecutivo mantiene los parámetros del derecho vigente. En efecto, tanto la mayoría de edad como la aptitud nupcial se alcanzan a los dieciocho años. En tal sentido, mantiene la equiparación entre la mayoría de edad y la edad mínima para contraer matrimonio.

Así, en los tres primeros párrafos del art. 404 se establecía: “Falta de edad nupcial. Dispensa judicial. En el supuesto del inciso f) del artículo anterior, puede contraerse matrimonio válido, previa dispensa judicial. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales. La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos específicamente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.”

A la vez, se deroga expresamente el *asentimiento paterno*, que resultaba innecesario a partir de la vigencia de la ley 26.579, de mayoría de edad, dado el juego armónico de las normas vigentes y por más que, la redacción del art. 168 C.C. lo mantuviera como tal.

En efecto, en los Fundamentos del Proyecto se indica que “de acuerdo con el régimen de la mayoría de edad a los 18 años, queda expresamente derogada la autorización paterna para que los hijos menores de edad puedan celebrar matrimonio

y se establece la consecuente dispensa judicial en todos los casos de personas que no han alcanzado los 18 años”.

Por lo tanto, se anuncia que el asentimiento paterno quedaría derogado, lo que surge claramente de la redacción propuesta, porque a los dieciocho años se alcanza la mayoría de edad y la edad legal mínima para contraer matrimonio. Luego, si el menor de edad pretende celebrar matrimonio, en dicho contexto, deberá recurrir a la dispensa judicial, para remover, eventualmente, el impedimento matrimonial.

III. Redacción aprobada en el Senado

Sin embargo, algunos artículos del Proyecto presentado inicialmente fueron modificados, antes de respectivo su tratamiento en el recinto de la Cámara de Senadores de la Nación.

En verdad, las modificaciones han sido presentadas días antes de su tratamiento y solamente se han efectuado las correcciones que el Poder Ejecutivo entendía pertinente. De manera que tanto el Proyecto inicial como la redacción final han sido elaboradas por el Poder Ejecutivo.

Hemos sostenido que la reforma integral a un Código Civil y Comercial merece otro tratamiento y debate, debiendo abrirse la posibilidad para que en el recinto, los distintos sectores políticos, con representación en las respectivas Cámaras legislativa, puedan debatir específicamente el contenido de las reformas, con el correspondiente aporte que puedan brindar. Ello, entendido como un debate en donde no solamente se convalide el trámite legislativo sino que constituya un espacio de participación democrática para la sanción de un Código Civil y Comercial.

Este contexto no ha sido posible en la Cámara de Senadores, pues el Proyecto de Código Civil y Comercial tuvo tratamiento en los últimos días de diciembre de 2013, al cierre del período de ordinarias, a libro cerrado.

Fuera de ello, una de las cuestiones que ha tenido modificaciones al texto originario del Proyecto ha sido lo referente a la exigencia requerida por la ley para que un menor de edad pueda celebrar matrimonio, es decir, lo atinente a la edad legal para contraer matrimonio.

El texto con media sanción en el Senado, dice, en sus tres primeros párrafos: “Falta de edad nupcial. Dispensa judicial. En el supuesto del inciso f) del artículo 403, el menor de edad que no haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio previa dispensa judicial. El menor que haya cumplido la edad de 16 años puede contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales. A falta de ésta, puede hacerlo previa dispensa judicial. El juez debe mantener una entrevista personal con los futuros contrayentes y con sus representantes legales. La decisión judicial debe tener en cuenta la edad y grado de madurez alcanzados por la persona, referidos especialmente a la comprensión de las consecuencias jurídicas del acto matrimonial; también debe evaluar la opinión de los representantes, si la hubiesen expresado.”

Como puede verse, se modifica la redacción originaria. Se mantiene la edad mínima en 18 años como impedimento matrimonial, en el inciso f, del art. 403. Sin embargo, ahora, se realiza una distinción, según el menor de edad que pretende casarse tenga menos de dieciséis años o más de dieciséis años.

En ambos casos, el sujeto no tiene la edad legal mínima para contraer matrimonio. Sin embargo, el menor de edad se halla en una situación diferencial, según cuenta con dieciséis años o menos de dicha edad.

Cuando el menor de edad tenga menos de dieciséis años necesariamente deberá recurrirse a la dispensa judicial, para eventualmente poder celebrar matrimonio válido. No basta, para ello, la autorización de sus representantes legales.

En cambio, a partir de los dieciséis años, si bien el sujeto tiene impedimento matrimonial de falta de edad legal mínima (conf. art. 403, inc. f), se permite que la persona menor de edad pueda celebrar matrimonio válido con la sola autorización de sus representantes legales. En tal caso, podrá contraer las nupcias sin tener que solicitar la dispensa judicial correspondiente.

Si alguno o ambos padres no otorgan la debida autorización al menor de edad, entonces será necesario solicitar la dispensa judicial para remover el impedimento legal.

Resumiendo, puede decirse que en determinadas circunstancias la persona que no tenga la edad mínima para contraer matrimonio y, por ende, no tenga aptitud nupcial, subsane la misma con la autorización de los padres o sus representantes legales (entre los dieciséis y dieciocho años).

Se consagraría, en nuestro derecho, por primera vez, una hipótesis en que alguien que tuviere un impedimento dirimente para contraer matrimonio no requiera la dispensa judicial.

Las razones podríamos encontrarla en la capacidad progresiva del sujeto y la conformidad brindada por los representantes legales. Decimos “podría” porque acorde con la aprobación a libro cerrado, no podemos saber cuál ha sido el fundamento del legislador.

De todas formas, estimamos que no se trata de la vuelta al asentimiento paterno. El denominado asentimiento paterno consiste en la conformidad que dan los representantes legales del menor, para que éste pueda contraer matrimonio.

El asentimiento paterno ha sido contemplado expresamente en nuestra legislación (1). En la

(1) Antes de la reducción de la mayoría de edad de 21 a 18 años, el art. 168 C.C. decía: “Los menores de edad, aunque estén emancipados por habilitación de edad, no podrán casarse entre sí ni con otra persona sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez.” Ello así, porque aun cuando hayan tenido la edad mínima para contraer matrimonio —dieciocho años—, se trataba de personas menores de edad, sujetas a la representación legal. En consecuencia, el asentimiento tenía su razón de ser en la condición de incapaz (arts. 54 y 55 Código Civil) del sujeto, requiriéndose el asentimiento de sus padres por estar sujetos a la patria potestad (art. 264 C.C.), y, en su defecto, el asentimiento de su tutor (art. 377 C.C.). A falta de éstos, debía ser el juez quien otorgaba dicha autorización. En tal contexto, el ámbito propicio de aplicación del asentimiento paterno se daba en la hipótesis en que un menor de edad entre los dieciocho y veintiún años pretendía casarse, no obstante tener la edad mínima para contraer matrimonio. Luego de la sanción de la ley 26.579, el art. 168 C.C. quedó redactado así: “Los menores de edad no podrán casarse entre sí ni con otra persona mayor sin el asentimiento de sus padres, o de aquel que ejerza la patria potestad, o sin el de su tutor cuando ninguno de ellos la ejerce o, en su defecto, sin el del juez.” Como puede advertirse, se mantuvo en dicha redacción el contenido del texto anterior, con la única supresión, por lógica consecuencia, de la referencia “aunque estén emancipados por habilitación de edad”, por haber precisamente desaparecido la habilitación

redacción originaria del Proyecto se eliminaba expresamente la institución. En el texto aprobado por Senadores aparece la necesidad de la “autorización de los padres” cuando el menor de edad tuviere dieciséis años y pretenda casarse.

En realidad, no estamos en presencia del clásico “asentimiento paterno” sino de una versión particular y novedosa de la misma.

El asentimiento paterno, en ningún caso sustituía la dispensa judicial. Funcionaba independientemente de él. Es decir, cuando el menor de edad no tenía la edad mínima para contraer matrimonio, el único recurso posible era removerlo mediante la dispensa judicial. La *autorización de sus representantes legales*, prevista en la redacción aprobada, opera como sustitución de la dispensa judicial, cuando el menor tenga entre dieciséis y dieciocho años.

Asimismo, la falta de *asentimiento paterno*, daba lugar al juicio de disenso. La falta de *autorización de sus representantes legales*, exige la dispensa judicial, pues el juicio de disenso ya no se lo contempla.

Estas diferencias esenciales, permite señalar que estamos en presencia de una institución particular, que no puede asimilarse con el clásico “asentimiento paterno”. ♦

ción dativa por imperio de la reforma. Solamente se buscó una adaptación legislativa. Sin embargo, a mi entender, la coincidencia de la edad mínima para contraer matrimonio y la mayoría de edad, convierte a la institución en innecesaria, habida cuenta de que para que el matrimonio sea válido e inatacable deberá contarse con la debida dispensa judicial. La autorización judicial, removiendo el impedimento legal, llevará a que el asentimiento paterno quede “subsumido” en aquel juicio, pues, por más que los representantes legales se nieguen a que su hijo menor de edad celebre matrimonio, lo cierto es que si el juez autoriza las nupcias, mediante la dispensa, sería exagerado postular, en tales condiciones, que ese matrimonio ha sido celebrado sin el “asentimiento paterno” y aplicar la sanción de que los menores de edad no tendrán la administración y disposición de los bienes recibidos y que adquieran antes de la mayoría de edad, si las nupcias se realizan sin dicho asentimiento. En tal contexto, hemos sostenido que parece más coherente admitir que el “asentimiento paterno” ha quedado tácitamente derogado (remitimos a nuestro trabajo: “El asentimiento paterno y el juicio de disenso”, en “Régimen de los Menores de Edad” (dirección Solari-Benavente), obra colectiva AA.VV., p. 375, La Ley, 2012).

Consentimiento conyugal

POR MARIANO GAGLIARDO

Sumario: I. Consideraciones generales. II. Lo consensual. III. Quid del contrato. IV. Voluntad y negocio. V. Voluntad y derecho. VI. Voluntad y expresión. VII. Consentimiento y Código Civil. VIII. La contratación. IX. Gestación del consentimiento. X. Texto legal. XI. Consentimiento y asentimiento. XII. Gestión de los bienes gananciales. XIII. Administración de la sociedad conyugal. XIV. Asentimiento conyugal: Contingencias. XV. Fundamento jurídico del art. 1277 Código Civil. XVI. Asentimiento en la donación simulada. XVII. Asentimiento: ¿Acto de disposición y genérico?. XVIII. Asentimiento: Alcances. XIX. Conclusiones.

I. Consideraciones generales

1. Los hechos jurídicos de mayor relevancia, son los actos humanos (voluntarios) y, en particular, los denominados actos jurídicos (art. 944 Cód. Civil) y los actos ilícitos, siempre complejos, que requieren la declaración de voluntad del otorgante y, a veces deben implementarse con un factor natural —muerte del testador—, u otro humano, aceptación de la donación por el donatario.

En ciertos supuestos —no siempre— se impone la intención común de los contratantes, en la exteriorización de la voluntad —art. 913 Cód. cit.— a fin de precisar y delimitar que aquélla sólo tiene significación en cuanto es reflejo del querer interno de los contratantes (1).

II. Lo consensual

2. Desde un punto de vista genérico y amplio, cuando se descende de la noción del acto jurídico, hacia el factor específico “consensual”, las delimitaciones suelen ser más precisas y concretas, pues la noción del epígrafe alude a la perfección por el mero consentimiento de las partes, surtiendo desde entonces todos los efectos jurídicos. Y, es en este aspecto, donde en muchos actos jurídicos, adquiere gran importancia la voluntad de las partes: de allí pues la naturaleza negocial y contractual. Será, en muchas ocasiones, la voluntad negocial la sustancia o el contenido del negocio.

(1) VIDELA ESCALADA, Federico N., La interpretación de los contratos civiles, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1964, p. 68.

Y, así se dirá que el contrato es una voluntad común entre las partes resultante de la unión (o fusión) de las respectivas voluntades, en el que se concreta el consentimiento.

III. Quid del contrato

3. El art. 1137 del Código Civil define el contrato expresando “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de la voluntad común destinada a reglar sus derechos”.

Desde cualquier óptica, el consentimiento o acuerdo de voluntades resulta uno de los elementos estructurales del contrato. Sin embargo, el análisis de la voluntad común que confluje en la formación del contrato debe estar precedido del análisis de la manifestación negocial, o sea del conjunto de actos exteriores —declaraciones o comportamientos de hecho— dirigidos al logro de una adecuada finalidad para producir un determinado efecto.

IV. Voluntad y negocio

4. Es vital la función de la voluntad en la creación del acto jurídico. Y, es la voluntad la que concurre a la formación del contrato; la voluntad jurídica es la orientada a un fin, provista de una intención; es aquélla que resulta sana que genera, modifica, transforma o extingue el derecho.

Además, se requiere que la manifestación de la voluntad sea aprehendida por el orden jurídico para que le brinde un matiz de su juridicidad. Y, es en este aspecto, que no es acto jurídico cualquier

declaración de voluntad, sino sólo las que a tenor de las ideas en que se inspire cada ordenamiento jurídico lo merezcan.

Sin embargo, no se agota aquí lo relativo al “consenso”, pues la ley valora la voluntad haciendo exigibles ciertos recaudos para que aparezcan los efectos propios del acto jurídico: capacidad de las partes; formas; etc.

V. Voluntad y derecho

5. No es absoluto el criterio según el cual el Derecho no contemple y considere a la voluntad y sólo aprecie su exteriorización; requiere en todo caso la confluencia de ambos recaudos como condición de su existencia jurídica.

De tal manera, que uno sea causa del otro, de forma que exista coincidencia entre la voluntad en sí mismo con su manifestación; ello así, pues desde el instante en que esa relación de causa a efecto no existiese —voluntad y manifestación—, el acto perderá su índole de voluntario y si no se traduce al mundo exterior, tampoco ingresará al ámbito del orden jurídico.

VI. Voluntad y expresión

6. La voluntad en cuanto es un elemento psicológico para ser “jurídico”, requiere de signos exteriores que puedan darlo a conocer. Parece superfluo señalarlo y, se ha observado, la obviedad del art. 913 del Código Civil, lo que, bien analizado no es tal. Ubicado nuestro orden jurídico, en una imposición teórica de la formación de la voluntad para los actos voluntarios, existiría un vacío incomprensible si ese principio de la manifestación necesaria no apareciera. Es que la manifestación de voluntad de las personas se transforma en un acto de exteriorización del querer interno. En esta expresión el vocablo acto no tiene un estricto carácter jurídico sino que debe ser entendido como lo indica el sentido común y conocimiento vulgar. El acto, como tal, integra todo el sentido negocial, y es más, a veces aparece confundido con el mismo negocio jurídico (2). Es que la expresión traduce al mundo exterior un estado de conciencia que sin ella permanecería en la intimidad de nuestro ser,

(2) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., Casos de coincidencia entre la voluntad y la declaración, Vicios de la voluntad, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 2006 p. 13 y s.s.

siendo desconocido por los demás. Sólo puede traducirse por un hecho perceptible, que integre el proceso de la voluntad de lo subjetivo a lo objetivo, éste, como última etapa de una elaboración consciente que termina en el acto (3).

VII. Consentimiento y Código Civil

7. No es nuestro propósito agotar la variedad de preceptos de nuestro Código, donde de manera expresa, se trata “el consentimiento”, sin perjuicio de lo cual caben señalar: art. 1450, relativo a la “cesión de créditos” donde se prohíbe a los cónyuges ceder las inscripciones de la deuda pública (nacional o provincial), registradas a nombre de la mujer, sin consentimiento expreso de ella, siendo mayor de edad, y sin consentimiento de ella y del juez del lugar si fuese menor; en materia de comodato —art. 2279— ante la pérdida o robo de la cosa, se requiere el consentimiento del comodante, o decreto del juez; art. 1807, más allá de prohibirse las declaraciones conyugales, inc. 2, el marido no puede sin el consentimiento de la mujer, o autorización supletoria disponer del juez, de los bienes raíces del matrimonio, etc.

VIII. La contratación

8. El contrato es un producto de dos o más declaraciones de voluntad concordantes, cruzadas entre otras tantas personas. Lo normal es que el contrato se celebre en varias etapas; la parte a cuyo cargo corre la iniciativa del contrato es el oferente, y su declaración constituye la oferta. La de la parte contraria asistiendo a ella es la aceptación, que vale a quien la formula en nombre del aceptante. Por caso, tratándose de contratos bilaterales, la oferta entraña la voluntad de constituirse en acreedor y deudor conjuntamente.

El “consenso” debe abarcar, todos los puntos sobre los cuales haya de recaer acuerdo, según la declaración de ambas partes o de una cualquiera (4).

9. El consentimiento, está visto que es un tema complejo. Y, ello es así, pues el contrato en cuanto negocio bilateral, es la resultante unilateral de índole unitaria que provienen de dos o más partes.

(3) AGUIAR HENOCH, D., Hechos y actos jurídicos, La voluntad jurídica, Tea, Buenos Aires, 1950, Vol. I, p. 94 y ss.

(4) VON THUR, A. Tratado de las obligaciones, Comares, Granadas, 2007, p. 112.

Las referidas manifestaciones, provenientes de dos o más partes —centros de interés distintos—, de allí su denominación como disímiles, deben intercambiarse entre sí, a los efectos del mutuo consentimiento.

IX. Gestación del consentimiento

10. Debe señalarse que la etapa del epígrafe, no es algo que se produce por generación espontánea, sino que es el producto o resultado de la combinación de voluntades declaradas que dan origen a la denominada “voluntad común”; ambas, no surgen de manera instantánea, sino que son corolario de un proceso de elaboración, más o menos extenso, pero que se configura en etapas: carta intención; invitación a ofertar; minuta, etc.

Además, es sabido que el contrato tiene como objeto *reglar derechos* entre las partes, señalando Savigny que la teoría del contrato debía aplicarse no sólo cuando se trataba de los contratos típicos del derecho romano, sino también, fuera de ellos en toda clase de relaciones jurídicas.

A) Consentimiento entre presentes

Las partes que se vincularán por una relación jurídica, pueden encontrarse unas frente a otras, en un mismo ámbito, de manera que la oferta sea seguida de su inmediata aceptación. Tal es el espíritu del art. 1151 Código Civil al decir que la oferta no se juzgará aceptada si no lo fuese de manera inmediata.

B) Consentimiento entre ausentes

Cuando las partes que concurren a celebrar el acuerdo sobre una declaración de voluntad común se encuentran en lugares diversos, imposibilitadas de intercambiar sus respectivas declaraciones sin que exista un espacio de tiempo considerable, el consentimiento es entre ausentes.

El consentimiento celebrado en estas condiciones no deja de ser tal —entre ausentes— en la hipótesis en que las partes se hubieran encontrado antes personalmente para tratar de él (5).

X. Texto legal

11. El art. 1277, ref. ley 17.711, dispone “*es necesario el consentimiento de ambos cónyuges para*

disponer o gravar los bienes gananciales cuando se trate de inmuebles, derechos o bienes muebles cuyo registro han impuesto las leyes en forma obligatoria, aportes de dominio o uso de dichos bienes o sociedades, y tratándose de sociedades de personas, la transformación y fusión de éstas. Si alguno de los cónyuges negare sin justa causa su consentimiento para otorgar el acto, el juez podrá autorizarlo previa audiencia de las partes.

También será necesario el consentimiento de ambos cónyuges para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aún después de disuelta la sociedad conyugal, trátese en este caso de bien propio o ganancial.

El juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte comprometido”.

El precepto citado en —3— tres oportunidades exige el “consentimiento de ambos cónyuges”, fórmula que no es del todo acertada. Parecería indicar —dice uno de los coautores de la norma— (6) que los dos consentimientos son de la misma naturaleza y que ambos cónyuges disponen del bien... el acto de enajenación tiene un carácter complejo: quien dispone del bien es el cónyuge administrador; el otro no hace sino prestar su asentimiento al acto. Dice el autor, es una forma de completar una manifestación de voluntad de por sí sola insuficiente para producir efectos jurídicos. *Es una declaración de voluntad unilateral, en tanto que el consentimiento, propiamente dicho, es bilateral.*

En suma: queda en claro que aun cuando la ley mencione el “consentimiento” lo que debe prestarse es el “asentimiento”.

El carácter tuitivo del dispositivo, no obsta a ciertas observaciones.

Se sugiere que el art. 1277 es una relatividad de prevención de fraude y si bien es plausible al asentimiento de la norma en cuanto se requiere que ambos cónyuges presten su consenso para ciertos actos, no se deja de admitir que el precepto es “una garantía de valor relativo” pues aunque impida

(5) SALVAT, Raymundo L. Contratos en general, Ed. J. Menéndez, Buenos Aires, 1941, 2ª ed., p. 33.

(6) BORDA, Guillermo A., La Reforma al Código Civil, Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 487, n° 344.

al cónyuge enajenar o hipotecar por sí sólo un inmueble ganancial, no le impide contraer deudas para cuyo cobro los acreedores podrán embargar el mismo inmueble y llegar a su venta forzada sin intervención del otro cónyuge (7).

En segundo lugar, los motivos para demostrar que se trata de un “asentimiento” y no de una “co-disposición”, son las que siguen:

a) La iniciativa para realizar actos de disposición corresponde al cónyuge titular del bien —art. 1276—, y el adquiere la titularidad del precio o contraprestación, si la hay.

b) Negado el consentimiento conyugal puede obtenerse una “autorización” judicial supletoria.

c) En el ap. 2 del art. 1277 se requiere también “el consentimiento” conyugal para disponer de inmueble de calidad “propia” en que está radicado el hogar conyugal; ello demostraría que tal “consentimiento” en realidad es sólo “asentimiento” o “autorización” pues el objeto del acto es propiedad exclusiva del otro cónyuge, a quien también ha de pertenecer exclusivamente la contraprestación por subrogación real (arts. 1246, 1247, 1266, etc.).

XI. Consentimiento y asentimiento

12. Es sabido que la celebración del matrimonio en nuestro medio, requiere de la exteriorización del consentimiento, si bien existen otros actos jurídicos familiares de no menor trascendencia en donde el consentimiento se encauza hacia el asentimiento. De más está decir que si bien conceptualmente entre ambas figuras citadas existen distingos conceptuales, la formulación legal, puede inducir a ciertas equivocidades. Por caso, de mediar patria potestad (conjunta) —art. 264—, se dice “*se presumirá que los actos realizados por uno de ellos cuenta con el consentimiento del otro...*”; art. 264, quater “*... se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres...*”; art. 282 “*... si los padres o uno de ellos negaren su consentimiento al menor adulto...*”, etc.

A propósito de las precedentes disquisiciones conceptuales (8), señala el autor que el art. 1277

(7) GUASTAVINO, Elías P., Modificación al régimen jurídico conyugal, Revista del Notariado, 699-502.

(8) SAMBRIZZI, Eduardo A., Tratado de Derecho de Familia, La Ley, Buenos Aires, 2010, t. III p. 121, n° 588.

alude al “consentimiento” de ambos esposos, expresión que es impropia, pues la conformidad del cónyuge no administrador es únicamente un “asentimiento” que tiene determinados efectos, no importando que ése esposo se encuentre o no inhibido para disponer de sus bienes inmuebles, ni que alguna otra medida cautelar de cualquier naturaleza pudiera impedirle efectuar actos de disposición de los mismos, ya que el bien a disponer no le pertenece a él, sino al esposo a cuyo nombre se encuentra inscripto en el pertinente Registro.

XII. Gestión de los bienes gananciales

13. La locución “gestión” abarca todo lo relativo a la actividad jurídica que tiene a los bienes por objeto. El interrogante, es a quien corresponde el ejercicio de esa actividad, tanto cuando su intervención es suficiente para otorgar un negocio jurídico eficaz como cuando no lo es. Por lo tanto, la gestión abarca la celebración de actos para los cuales basta con la intervención del titular del derecho sobre los bienes (en términos generales, los actos de administración no incluidos en el art. 1277) y la iniciativa y consentimiento en aquellos que exige el asentimiento del cónyuge no titular (actos de disposición no incluidos en el art. 1277).

XIII. Administración de la sociedad conyugal

14. El carácter ganancial de los bienes tiene eficacia jurídica no sólo en el ámbito limitado de los cónyuges y sus herederos; y que, además, no únicamente entre los citados sujetos sino aun respecto de los terceros donde la ganancialidad puede asumir interés legal antes de cualquier causa disolutoria de la sociedad conyugal.

Es que la sociedad conyugal motiva relaciones entre varias clases de bienes. Cada cónyuge tiene la posibilidad de contraer deudas y quedar sometido a diversas vicisitudes jurídicas.

También cada uno de ellos puede administrar y disponer de bienes propios y de los gananciales pertinentes con las salvedades de los arts. 1276 y 1277 Código Civil y otras limitaciones especiales (ley 14.394).

El activo y el pasivo de sus patrimonios al vincularse por múltiples conexiones jurídicas y económicas, tanto entre ellos como con terceros,

posibilitan determinar “la autonomía imperfecta del patrimonio común respecto de los patrimonios particulares”, en el sentido de no existir una insensibilidad absoluta del patrimonio común y el de los cónyuges en relación a las deudas respectivas.

De cualquier manera, las relaciones interpatri-moniales producidas por la comunidad conyugal se rigen por la idea de un equilibrio que si bien es alterable durante la existencia de aquélla, debe restablecerse al liquidársela. Ello se logra mediante la subrogación real y las recompensas.

Junto a los bienes propios y gananciales existen las obligaciones comunes que constituyen el pasivo de la sociedad conyugal y las personales que forman el pasivo individual de cada esposo. Se distingue la situación de los acreedores con la denominación “cuestión de la obligación”, y la de los cónyuges y herederos con el nombre “cuestión de la contribución”.

Una deuda común puede ser tal exterior e interiormente; esto es, desde los puntos de vista de acreedores y de los esposos; o puede ser común sólo exteriormente, en el sentido de ser perseguible sobre gananciales, sin serlo en las relaciones internas de los esposos, como por caso el deber de indemnizar los daños causados por actos ilícitos.

La comprensión del aspecto externo de las obligaciones de los cónyuges durante el lapso de existencia de la sociedad conyugal, —que lo rige parcialmente— exige conjugar tres reglas legales: 1) “*in dubio pro comunitate*”; 2) lo externo determina la regla, más no sin excepciones, el aspecto interno de las deudas; 3) yuxtaposición de deuda común y personal del cónyuge que la contrae en el curso normal de la sociedad conyugal.

El aspecto exterior de las deudas comunes constituye el pasivo provisorio de la sociedad conyugal, el que exigible de inmediato por los acreedores, es perseguible no sólo contra los bienes propios del cónyuge que las contrajo; y el aspecto interior de las deudas comunes forma el pasivo definitivo. Estos calificativos de provisorio y definitivo subrayan la necesidad del equilibrio final de las cuentas. Ponen de manifiesto cómo durante la sociedad conyugal las obligaciones de un cónyuge, aunque interna y definitivamente sean particulares suya, pueden ser cobradas, inclusive de modo forzado, no sólo contra sus bienes propios; y, viceversa,

siendo interna y definitivamente comunes, puede perseguirse su cumplimiento durante el aludido lapso de existencia de la sociedad conyugal contra los bienes propios del cónyuge que las contrajo. El pasivo definitivo quedará fijado sólo al liquidarse la comunidad conyugal, mientras que el provisorio se va determinando cotidianamente durante la existencia de ella. Es lógico que sea así: el pasivo provisorio interesa a la exigibilidad actual de cumplimiento y los acreedores no pueden postergar su derecho persecutorio a lo que se establezca al liquidarse el ente luego de la disolución, ni tampoco pueden provocar la disolución y liquidación.

¿Cómo saber si la deuda es común? ¿Y siendo común cómo saber si lo es provisorio o definitivamente?

En nuestro sistema, a diferencia de otros, no existen fórmulas generales y expresas sobre el punto. No obstante, cabe aceptar que si la ley no determina nada en contrario debe partirse de la noción de que la deuda es personal del cónyuge que la originó.

Ello así por aplicación del criterio que aconseja en caso de duda admitir la solución que beneficia a los dos cónyuges, esto es a la comunidad, por la justicia indiscutida de tal solución “*In dubio pro comunitate*” respecto al activo significa que todos los bienes existentes al disolverse la sociedad conyugal se reputan comunes salvo prueba en contrario que justifique la calidad del propio (arg. art. 1272, Cód. Civil); y con relación al pasivo importa que toda deuda de los esposos que la ley no cargue a la comunidad, es personal del cónyuge que la contrajo, y que quien alegue que la deuda es común ha de producir la prueba pertinente. En efecto, la ley determina las cargas de la sociedad conyugal y no las deudas personales (art. 1275, Cód. Civil), infiriéndose que la regla es la individualidad de las obligaciones y la excepción, por amplia que esté formulada, la comunidad de ellas. Lo corrobora la redacción del art. 6º de la ley 11.357 con el adverbio “sólo” en la hermenéutica que lo relaciona no únicamente con la delimitación de bienes comprometidos sino también con el deslinde de las obligaciones por las que responden dichos elementos patrimoniales. De no admitirse lo expuesto se cargaría a la sociedad conyugal con cualquier deuda de los esposos sin atender a la causa o finalidad, que bien

pudo no ser la satisfacción de una conveniencia común. No hay razón, en verdad, para presumir una solución que favorecería a uno de los esposos en detrimento del otro.

Ahora bien: si la ley dispone el carácter común de la deuda hay que considerársela tal externa e internamente, salvo excepción surgida de normas especiales o principios superiores, en cuyo caso se aplican recompensas al liquidarse la sociedad conyugal según las condiciones en que fueron cumplidas.

La fijación, salvo excepciones, del aspecto interior de la deuda en atención al aspecto externo, aproxima las soluciones completas a pesar de las divergentes interpretaciones del inc. 3 del art. 1275 del Cód. Civil. Es conocida la división doctrinaria acerca de si concierne al aspecto interno o externo de las deudas comunes. Sin embargo, aun concediendo por suposición hipotética que refiera simultáneamente a lo interno y externo, hay deudas de origen contractual que a pesar de quedar comprendidas literalmente en el inc. 3º, sólo integran lo externo y provisorio del pasivo común, pues de haber sido pagadas con gananciales motivarían recompensas. La aludida aproximación de soluciones concretas consiste en que dichas situaciones especiales con derecho a recompensas, son simultáneamente excepciones a la fijación del aspecto interno por el aspecto exterior y a la literalidad del inc. 3º para los que lo vinculan al aspecto interno del pasivo común. Se lo comprueba al verificar las recompensas a favor de la comunidad conyugal, en ocasiones hasta expresamente previstas por la ley, que derivan de obligaciones contractuales surgidas durante la sociedad conyugal en cabeza de uno de los esposos; así por ejemplo: mejoras en bienes propios, redención de servidumbres que lo gravaban (art. 1272), adquisición o recuperación de bienes propios, rentas vitalicias o seguros de vida a favor del sobreviviente de los cónyuges, donación onerosa aceptada por un cónyuge en el curso de la sociedad conyugal (art. 1265), cuando la respectiva ventaja o pago de la pertinentes cargas se realizó utilizando siquiera parcialmente, bienes gananciales.

XIV. Asentimiento conyugal: Contingencias

15. Se ha destacado que la finalidad del art. 1277 cit. es asignar al cónyuge no titular un contralor de

sus derechos y prevenir situaciones de fraude (9), si bien hemos enumerado una serie de supuestos que conflictúan la vigencia del precepto, más allá de su loable propósito.

Una jurisprudencia (10), señaló que “el asentimiento conyugal requerido por el art. 1277, cit. implica un control de mérito fundado en las expectativas que cada esposo tiene respecto de la participación común en los bienes gananciales al momento en que opera la disolución de la sociedad conyugal, a la vez que tiende a prevenir que un cónyuge pueda sustraer del haber común bienes de significativo valor económico, sin control alguno y en forma deliberada”. Y “el asentimiento conyugal contemplado en el art. 1277, cit. configura una prevención de fraude de carácter relativo, en tanto no debe considerarse imposible la existencia de un cónyuge empeñado en eludir en alguna medida el espíritu de la ley”.

XV. Fundamento jurídico del art. 1277 Código Civil

16. Es de interés establecer la naturaleza del recaudo consagrado en el art. cit. para el otorgamiento de actos de disposición de ciertos bienes en el régimen de la sociedad conyugal. Existe una opinión que sostiene que se trata de una incapacidad de hecho con motivo de la restricción del art. 1277 cit., más tal afirmación no es exacta por no ajustarse a la finalidad ni a las características de dicha incapacidad.

La finalidad de la norma no es tutelar los intereses del supuesto incapaz (cónyuge que decide realizar la disposición, sino impedir las correcciones en que podría incurrir la persona, para evitar el fraude o despojo que derivarían de una gestión unipersonal de ciertos bienes, en perjuicio del otro cónyuge o de los hijos menores o incapaces, en el caso del hogar conyugal. Falta pues, la principal característica de las incapacidades de hecho, que es la finalidad de proteger al incapaz en razón de insuficiencias personales.

Un criterio imperante sobre la naturaleza de la restricción establecida en el art. 1277 consiste en

(9) BASSET, Ursula C., La calificación de bienes en la sociedad conyugal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, p. 679.

(10) LLLitoral, 1998-1-590.

considerar que impone una limitación a la facultad de disposición (11).

XVI. Asentimiento en la donación simulada

17. Se trata de supuestos, uno de orden excepcional e invariable, el primero, por la índole de gratuidad, lo que torna el caso invariable (12). Y, la segunda hipótesis, resulta controvertida pues se trata de un acto unilateral, aún cuando fuere de índole conyugal y conocido por el otro cónyuge.

XVII. Asentimiento: ¿Acto de disposición y genérico?

18. El acto al que alude el art. 1277 cit., es un “acto jurídico de disposición” que también abarca supuestos de actos procesales donde rige el precepto central —allanamiento, arbitraje, transacción— (13).

Requiere de un asentimiento expreso y puede ser amplio.

La Bolsa de Comercio, desde hace varios años, adoptó un *uso normativo*, destacando que para aquellas sociedades que efectúan “oferta pública de sus títulos valores” o bien “cotizan sus acciones en rueda bursátil”, la transferencia accionaria es la exenta de la conformidad conyugal. Créase o no, la reglamentación existe.

En segundo lugar, alguna opinión que quiere asignar “trascendencia pública” a un precepto de alcance particular —art. 215, ley 19.550 T.O. 841/84—, señala que “la transmisión de las acciones nominativas o escriturales y de los derechos reales que las graven debe notificarse por escrito a la sociedad emisora o entidad que lleve el registro e inscribirse en el libro o cuenta pertinente...”

Caben aquí declaraciones no menores: a) sí, el registro accionario es llevado por la sociedad emisora, no se duda que se trata de un “registro privado” y, b) “si fuere una entidad que lleve el registro...”, la única que está en condiciones de concretar tal cometido es la Caja Nacional de Valores, sujeto de derecho privado.

(11) GUASTAVINO, Elías P., Naturaleza del requisito del asentimiento conyugal en el art. 1277 del Código Civil, LA LEY, 153-633.

(12) MÉNDEZ COSTA, Donación de gananciales, Revista del notariado N° 735, p. 834.

(13) GUASTAVINO, Modificación, cit., p. 513.

Como tercera cuestión el decreto 83/86 reglamentario de la ley 23.299, no requiere el asentimiento del cónyuge del titular de las acciones para que éstas puedan ser transferidas o gravadas a terceros.

Por último, a propósito de la organización y funciones —que es lo que vale en el supuesto— del Registro, que en nuestro derecho positivo, tal misión le corresponde al Registro Público de Comercio —como oficina del Estado—, a cargo de llevar la matrícula de los comerciantes y de inscribir la documentación impuesta por la ley mercantil se destaca que, no es el supuesto del art. 1277 Código Civil, por lo cual comentarios se desvanecen (14).

Hasta aquí, las excepciones resultan de orden genérico.

Veamos, otras excepciones de especie.

Como punto de partida, existen supuestos societarios, donde llámese “asentimiento” conyugal o “consentimiento conyugal”, es irrelevante, pues lo que prevalece es la decisión societaria que se imputa al ente, denominado sociedad (sujeto de derecho).

Por ello, en la transformación societaria o fusión de sociedades, no existe resolución individual de los socios, sino que la decisión se adopta por la voluntad social; de donde, la resolución del órgano competente es la que tiene virtualidad y es vinculante, la que podrá ser mayoritaria o bien adoptada por unanimidad, sin perjuicio del derecho de receso de algún socio disconforme (art. 245, ley 19.550).

Otra hipótesis, donde el art. 1277 Cód. cit., resulta soslayable, es el supuesto de la fusión por incorporación mediante aumento de capital y, en la fusión *strictu sensu*, donde la nueva entidad adquiere la titularidad de los derechos y obligaciones de las sociedades disueltas.

Y, aquí, además de desatenderse el artículo antes citado, si la cuestión, además, debiera resolverse por “aumento de capital”, por caso, por desembolso en efectivo, no es imaginable que el cónyuge del accionista debe prestar su conformidad, toda vez que tal acto compromete la

(14) Cfr. FONTANARROSA, R. O., Zavalía, Buenos Aires, 1963, 2ª ed., p. 246.

“sociedad conyugal”, más aún si mediarse mora dineraria en el aporte comprometido —arts. 192 y 193, ley 19.550— y, en el caso de la inejecución, quedarían comprometidos los bienes de los cónyuges si fueren de administración conyugal conjunta. Los ejemplos pueden llegar al absurdo pero son de una realidad inconstatable.

Otra consideración, será la del cónyuge del socio que no asistió a la reunión de socios o bien se abstuvo de votar. Nos parece que la vigencia del art. 1277, cit. debe brillar por su ausencia. Igual temperamento, debe adoptarse si un socio vota en contra de la transformación y, no obstante, la decisión es positiva; el disconforme puede reeder, a pesar de su parte ganancial.

Así, por caso, la disolución anticipada de la sociedad o bien la hipótesis de separación forzada o voluntaria del socio, así como los supuestos del receso, pueden realizarse sin asentimiento conyugal.

Cuando una sociedad personal incorpora a una sociedad accionaria, ¿Cabe exigir el asentimiento en la primera? No.

¿Es necesario el asentimiento de los cónyuges de los socios cuando una sociedad de personas se transforma en otra sociedad de personas —por caso, colectiva en comandita simple—, o bien se fusionan dos sociedades de personas para constituir otra de esta clase, dos colectivas para conformar una comandita simple? No.

En el supuesto de una sociedad anónima transformada en sociedad colectiva —no rige el art. 1277 cit.— pues aquella es una sociedad *intuitu rei*, y no de personas, aunque adopte la forma de estas últimas.

Reenviamos a los destacados ejemplos de Héctor Cámara (15) donde nos ilustra como el art. 1277 cit. en su enfática formulación, pierde vigor en casos inimaginables.

XVIII. Asentimiento: Alcances

19. Habida cuenta del propósito tuitivo del art. 1277 cit., la jurisprudencia ha enunciado distintas hipótesis, donde el “asentimiento”, no

conlleva un compromiso patrimonial —en deuda me enlósenos un controlador que puede tener sus alcances de mediar liquidación y partición de la sociedad conyugal.

- el requerimiento de u certificado de inhibición, aunque mediando restricción; no obsta a la celebración del acto.

- la garantía de evicción y vicios redhibitorios, sólo comprometen al titular (16).

- en las enajenaciones a título oneroso, quien asiente nada percibe en el acto de venta (17).

XIX. Conclusiones

20. Cuando el intérprete que, además, ejerce la docencia y practica su profesión de abogar, se le presentan temas tan “riscosos” como el tratado, donde en muy pocas líneas, se está disponiendo de lo “patrimonial” cuyo contenido puede ser nada menos que la “sociedad conyugal”, las soluciones, además de cautas deben aprehender toda la hermenéutica jurídica: la propia y la ajena. Por otra parte, las repeticiones de argumentos —de otros— que suelen no ser propios, deben ser mesurados, atendiendo a las causas primeras.

Para llegar a nuestras conclusiones, fue útil el libro de Francisco Carnelutti (Teoría General del Derecho - trad. C. G. Posada, Revista Derecho Privado, Madrid, 1941, p. 1), donde con mediana claridad nos ubica en el pensamiento y realidad: la primera, es la energía puesta al servicio del trabajo intelectual, sabiendo pues de sus resultados; la segunda, realidad, es la materia prima sobre la que actúa la primera.

1) No es imperativa la prescripción del art. 1277, Código Civil, excepto que la libertad negocial así lo hubiere impuesto —sean sociedades abiertas o cerradas—.

2) Existen numerosas excepciones de especie y específicas que indican que el precepto citado es soslayable.

3) Una reforma legal muy limitada, podría clarificar y dejar sin margen de dudas el propósito del art. 1277, ref. ley 17.711. ♦

(15) Derecho Societario, Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 500 y s.s.

(16) LA LEY, 2003-E, 561.

(17) BASSET, ob. cit. p. 650.

El deber de fidelidad en el Proyecto

POR MARÍA DEL CARMEN STARÓPOLI

Sumario: 1. La juridicidad como criterio de justicia. 2. Efectos de la dispensabilidad del deber de fidelidad. 3. La prohibición del pacto de fidelidad y los daños injustos. 4. La fidelidad matrimonial como objeto de protección legal y convencional.

1. La juridicidad como criterio de justicia

El proyecto de reforma de los Códigos Civil y Comercial traerá una sorprendente innovación: la inexigibilidad jurídica de deberes como la fidelidad, la cohabitación y la asistencia espiritual dentro del matrimonio (1). Salvo el deber de pasar alimentos recíprocos, todo lo demás quedaría fuera del marco imperativo provocando una erosión sistemática de ese respeto mínimo y ético que debe prevalecer en una familia y que se traduce en un interés superior al de las partes mismas.

Este trabajo intenta demostrar la gravedad y distorsión jurídica a que puede conducir la supresión del deber de fidelidad dentro del matrimonio y aún fuera de la institución misma. Conforme lo justifica Kemelmajer (2), la desaparición del deber de fidelidad se realiza por supresión como deber jurídico y su transposición como deber moral sosteniendo además que “este proyecto intenta pacificar en materia de conflictos matrimoniales” (3).

La fidelidad matrimonial ha tenido a lo largo de la historia una vigencia inalterable por ser entre otras cosas, un valor de tal intensidad que tiene que ver con el amor conyugal y la procreación responsable. En función de ello, la legislación nacional lo ha instituido como deber jurídico matrimonial siendo su violación sancionada por

la ley. Esto no significa profundizar la conflictiva matrimonial sino reforzar la justicia mediante un juicio de valores morales sobre el que descansa el derecho de familia.

La juridicidad de las normas del derecho de familia está destinada a satisfacer el interés familiar que según Díaz de Guijarro consiste en la realización de los fines esenciales del núcleo y en la protección del interés individual dentro del grupo, siempre que armonice con dichos fines esenciales, pues en caso de colisión, cede frente a ellos (4).

Precisamente entre los caracteres peculiares que diferencian el derecho de familia de otras ramas del derecho civil, la doctrina afirma la influencia de ideas morales y religiosas en la adopción de soluciones legislativas a los problemas que presenta y la necesidad de que sus normas guarden correlación con la realidad social (5).

Los deberes jurídicos reconocen como origen los deberes morales, sociales y religiosos que, por considerarse de fundamental importancia para la convivencia social, el Derecho los asume, los integra a la norma jurídica pasando a ser deberes jurídicos independientemente de continuar siendo deberes morales, religiosos o sociales (6).

Abonamos junto a otros autores, la postura de Belluscio al afirmar que en derecho de familia, los derechos se caracterizan especialmente por que pueden no ser puramente tales, sino

(1) “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia recíproca” (Art. 431).

(2) Ex juez del de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza e integrante del Proyecto de Reforma del C.C. y C., junto a Ricardo Lorenzetti y Elena Highton de Nolasco

(3) Kemelmajer Diario La Nación Miércoles 15 de agosto de 2012 <http://www.lanacion.com.ar/1499449-nuevo-codigo-civil-desaparecera-el-deber-de-fidelidad-en-el-matrimonio> consultado 30-6-2913.

(4) BELLUSCIO, Augusto C. Manual de derecho de familia tomo 1, 7ª edición actualizada y ampliada. Astrea, p. 33.

(5) Ídem p. 32.

(6) CHAVEZ ASENSIO, Manuel, El deber jurídico familiar <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/13/pr/pr13.pdf>, p. 337 consultado 30-6-2013.

ir unidos a deberes o ser correlativos de ellos. Tienen una finalidad moral, de manera que en general son otorgados a su titular para cumplir aquellos deberes jurídicos, calificados estos como derechos-deberes, derechos-funciones o poderes-funciones (7).

Aunque el adulterio es la forma máxima de incumplimiento de la fidelidad, la ilicitud en esta materia no solo comprende el aspecto estrictamente jurídico sino también y de manera fundamental al aspecto moral que en el caso recibe una sanción jurídica. Ello es así, porque el ordenamiento jurídico acepta a través del concepto de buenas costumbres, las reglas de moral social que tienen vigencia y valor en una sociedad determinada. En consecuencia por lo que se refiere al matrimonio, es evidente que el control del deber de fidelidad, debe buscarse no solo en preceptos jurídicos consagrados en un código, sino también en las reglas que se derivan de las buenas costumbres imperantes en la sociedad (8).

Puede decirse que también el derecho comprende el aspecto estrictamente espiritual del problema, ya que sanciona la violación del deber de fidelidad que se traduce en aquellos actos que moralmente demuestran que un cónyuge no guarda consideraciones debidas conforme a las buenas costumbres. La justificación es evidente porque de no ser así peligraría la existencia misma del matrimonio. En todo caso, puede existir una injuria grave, que no necesariamente exige demostración de adulterio, sino de conducta indecorosa que ofende al otro cónyuge (9).

Para abordar el tema que nos convoca es preciso determinar el alcance del deber dado por la doctrina, es decir que se entiende por fidelidad como deber moral y jurídico. Según Belluscio, la fidelidad es una consecuencia necesaria del matrimonio monogámico y no solo excluye la posibilidad de que uno de los esposos tenga relaciones sexuales con un tercero sino también toda relación con persona del otro sexo que resulte sospechosa a los ojos de quienes la conozcan o que

pueda lesionar la reputación o los sentimientos del otro cónyuge (10).

La configuración del adulterio requiere además de un elemento material, uno intencional: la voluntad libre de sustraerse a la fidelidad conyugal. Dice Belluscio que ese elemento material no es otro que la imputabilidad, requisito general de todas las causales basadas en la culpa (11).

La doctrina ha asignado algunos caracteres que permiten comprender el deber de fidelidad entre ellos que es recíproco, absoluto, incompensable y permanente, discutiendo incluso el alcance de la permanencia en la separación de hecho al punto de ponderar la infidelidad con menor estrictez que durante el matrimonio. Para Zannoni, el deber de fidelidad “presupone exclusividad del débito conyugal respecto del otro cónyuge”. De lo que se infiere en nuestra institución la caracterización como matrimonio monogámico.

El reconocimiento jurídico del deber de fidelidad apunta a la estabilidad y perdurabilidad de la familia en el tiempo. La violación es de tal gravedad que torna la acción incompatible con la comunidad de vida, la lealtad y el respeto que se deben los esposos, habilitando la causal de divorcio.

El incumplimiento acarrea sanciones civiles como la separación personal o el divorcio vincular a través de la causal de adulterio si uno de los cónyuges ha tenido relaciones sexuales con un tercero, infidelidad física o por la de injuria grave si se trata de otros hechos que indican una conducta incompatible con la discreción y el decoro que es exigible en las relaciones con terceros (12).

Su desregulación por lo tanto, no propicia la paz matrimonial como pretende Kemelmajer en una empeñada defensa de su desjuridicidad, por el contrario, su desestimación del orden jurídico aventaría la proliferación de conductas promiscuas, impropias del matrimonio que sin pudor o decoro podrían causar quebrantos cuyo reproche quedaría reservado solo al ámbito moral.

(7) BELLUSCIO, Augusto César. Manual de derecho de familia, t. 1, Astrea, 7ª ed., 2002. p. 33.

(8) CHAVEZ ASENCIO, Manuel. El deber jurídico familiar <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/13/pr/pr13.pdf>, p. 356 consultado 30-6-2013.

(9) Ídem.

(10) BELLUSCIO, Augusto César, Manual de derecho de familia, t. 1, Astrea, 7ª ed., 2002. p. 386.

(11) Ídem p. 443.

(12) BELLUSCIO, Augusto César, Manual de derecho de familia, t. 1, Astrea, 7ª ed., 2002. p. 388.

Quizás sea necesario recordar la definición de Portalis (13) para quien el matrimonio es la sociedad del hombre y mujer que se unen para perpetuar la especie, para ayudarse mediante socorros mutuos a soportar el peso de la vida y para compartir su común destino. Desde el Código de Napoleón, el deber de fidelidad fue considerado como estrictamente jurídico y no moral. Pero su carácter preeminentemente moral le ha servido al Proyecto para dejarlo fuera de la ley.

2. Efectos de la dispensabilidad del deber de fidelidad

En las últimas décadas se han producido una serie de cambios sociales englobados dentro del proceso de “privatización de la familia” alterando los comportamientos familiares e individuales. Desde la nueva legislación puede advertirse como los derechos individuales se anteponen a los de la institución y por otro lado, como va cediendo el Estado aspectos vitales de la realidad familiar hacia la voluntad de autodeterminación de las partes.

Más allá del efecto directo que produciría la supresión de deberes matrimoniales erosionando los valores fundantes de la familia, existen otros efectos a los que aludimos como daños colaterales, generando una grave distorsión jurídica en un orden normativo que ha perdido el eje de lo justo y planteos de inconstitucionalidad que terminarían exhibiendo normas civiles de dudosa legitimidad. Veamos cuales son:

La forma de relación que caracteriza a las uniones de hecho es más rigurosa que la del matrimonio. Mientras que la modalidad de las uniones de hecho es definida por relaciones “singulares” y “permanentes”, “que compartan un proyecto de vida en común” (14), esas cualidades son dispensadas en el matrimonio. Pareciera entonces que los deberes morales que la ley releva al ámbito moral en el matrimonio, resultan virtuosos y exigibles en el concubinato.

La inexigibilidad jurídica del deber de fidelidad, impide al cónyuge afectado protegerse por la in-

fracción y el agravio subsecuente. De esta forma, el Estado que se dice pluralista en una concepción moderna del matrimonio no reconoce por igual a todos los proyectos de vida pues quien quiera protegerse de la infidelidad no lo podrá pactar y quien quiera incurrir en infidelidad no tendrá consecuencias civiles ni económicas. Se consagra así el derecho al daño matrimonial vulnerando los principios *honeste vivere* (vivir honestamente), *suum cuique tribuere* (dar a cada uno lo suyo) y *alterum non laedere*, es decir no dañar al otro, pilares del derecho romano que ha inspirado nuestra legislación.

El Proyecto exterioriza su lado más injusto cuando pretende abolir el sistema de culpas, haciendo que al momento del divorcio el inocente podría deberle incluso al adúltero una compensación económica retribuyendo la ley una indemnización no ya a quien resultó víctima de la infidelidad del otro, sino a favor del ofensor (15).

La fidelidad matrimonial desligada de lo jurídico como pretende el Proyecto, no tendría más límites que los impuestos por los cónyuges conforme su propia conciencia moral, mientras que en los contratos los límites se encuentran objetivamente reseñados, como los hechos ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o actos prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero, los que caen todos bajo la órbita de la nulidad.

La libertad matrimonial para vivir conforme o no a la promesa de fidelidad podría llegar a extremos donde el matrimonio queda a merced de sus propias reglas morales y en ese terreno nada les impediría pactar a los cónyuges una pluralidad de consortes pues si se suprime el deber de fidelidad no se entiende por qué no resulta también admisible la poligamia. Es razonable pensar que si a la ley no le interesa el deber de fidelidad, no hay obstáculos a la realización de un proyecto de vida poligámico.

Incluso la desjuridización de la fidelidad que innova el Proyecto genera contradicciones con

(13) BELLUSCIO, Augusto César, Manual de derecho de familia, t. 1, Astrea, 7ª ed., 2002. p. 162.

(14) Conforme art. 509 del Proyecto de Reforma del Cód. Civil y Comercial.

(15) A quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación a consecuencia de la ruptura matrimonial. Conforme el art. 441 del Proyecto de Reforma del Cód. Civil y Comercial.

otros sistemas normativos resintiendo la lógica del ordenamiento jurídico. En el societario se sanciona al socio infiel, es decir, si de la pérdida de *affectio societatis* se derivan inconductas de un socio, que impidan el normal desenvolvimiento de la vida social, podrá requerirse su exclusión.

En el derecho laboral, ambas partes, trabajador y empleador se encuentran obligados a obrar de buena fe, es decir, lealmente sin faltar al cumplimiento del contrato de trabajo celebrado entre ambos ya que de lo contrario, si alguna no obra de manera leal, se extingue el vínculo laboral entre ambos. Mismo, los contribuyentes “infieles” al Estado, que no pagan sus impuestos son pasibles de sanciones que pueden ir desde una multa hasta procesos penales.

Desde la perspectiva penal, no debe olvidarse que el vínculo derivado del matrimonio configura un agravante en la comisión de determinados delitos. El agravamiento del homicidio por el matrimonio se funda en el menosprecio del respeto que se deben mutuamente los esposos. De manera que el respeto conyugal inherente al matrimonio, es valorado a categoría de agravante en sede penal pues el agente actúa careciendo de los más elementales sentimientos humanos (16). Neutralizado ese respeto mínimo ¿dónde estaría el agravante?

En el Proyecto del nuevo derecho de familia, la infidelidad del esposo, no tiene sanción, desde que el deber de fidelidad no es exigible y al desaparecer el sistema de culpas, no tiene razón de ser. Lo que no se dice es que quien ingresa al sistema legal para contraer matrimonio no encontrará frente a la inconducta del otro, adecuadas garantías a su disolución contraviniendo los tratados internacionales (17).

(16) Cuando el artículo 80 dispone que se aplicará reclusión perpetua o prisión perpetua al que matare a su esposa, presume que el esposo, además de violar la ley con la destrucción de una vida humana, atenta contra las propias leyes de la naturaleza con la carencia de evidentes sentimientos primarios. (T. S. Santa Fe, LA LEY, 48-613, disidencia).

(17) Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria

Por otra parte, la exclusión *ex lege* del deber de fidelidad, lesiona gravemente la estabilidad del estado de familia. La incertidumbre generada en los vínculos podría incrementar la litigiosidad judicial en torno al emplazamiento de estado. El impacto sobre las acciones de familia es innegable porque estaríamos instaurando la duda jurídica, no hallándose el vínculo establecido jurídicamente en correspondencia con la realidad biológica.

Si la sexualidad se libera dentro del matrimonio estaríamos habilitando la *turbatio sanguinis* o confusión sobre el vínculo, sin clandestinidad y al amparo de la ley. Ello conformaría un grupo “familiar” distinto al “grupo matrimonial” discriminando los vínculos filiatorios y permitiendo un desmembramiento de la unidad familiar, con efectos e incidencias en el orden alimentario y sucesorio.

Se olvida que la fidelidad tiene una raíz histórica. Su ponderación criminal más gravosa en torno a las mujeres obedecía a la idea de garantizar la correspondencia entre la realidad biológica y la identidad social del niño. ¿Qué validez podrá tener entonces la presunción de paternidad vaciándola de contenido al liberar la fidelidad dentro del matrimonio?

Hay que ser conscientes también que la supresión del deber de fidelidad compromete el derecho a la unidad de la identidad de los niños, quienes podrían verse expuestos a los sintomáticos cambios del proyecto de vida de sus padres. La institución de un modelo de familia sin deberes, abierto a la voluble decisión de los cónyuges y sin resguardo legal, viola la libertad constitucional de elegir un proyecto de familia estable y duradera, como también la debida protección de la sociedad y el Estado (18).

En este sentido diremos que la protección integral de la familia y del interés superior del menor, han sido virtualmente derogados en un Proyecto que dice enmarcarse en la constitucionalización del derecho de familia.

a los hijos. Art. 23 inc. 4 Pacto Internacional de Derechos Políticos y Civiles.

(18) La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 16.

3. La prohibición del pacto de fidelidad y los daños injustos

Por imperio del artículo 436 del Proyecto de Reforma del Código (19), se les veda a los cónyuges la elección de un proyecto de vida donde puedan pactar, al menos entre ellos, la fidelidad matrimonial para protegerse frente a la infracción o la injuria. Se estaría convalidando un proyecto donde quien deja de ser fiel al otro solo confirma que ha cesado de su parte la voluntad amorosa o afectiva, autorizando al otro a considerarse libre de ese juramento, sin reclamo ni sanción económica o jurídica.

El problema se plantea exclusivamente en el caso de que un cónyuge quiera tener relaciones extraconyugales y el otro no. Es decir, cuando hay una víctima del proceder injusto del otro. Ello sucede cuando se rompe la simétrica relación de los esposos, es decir, cuando un cónyuge es víctima de abandono o infidelidad del otro. En este contexto se torna imposible a priori la demanda por daño moral provocado por el infiel ya que, al no ser la infidelidad un deber jurídico, tal acción carecería de causa y, por lo tanto, no posibilita desde lo jurídico una reparación justa.

Para Julio Rivera, el Proyecto conforme los Fundamentos, vendría a regular una serie de *opciones*. Entonces, como bien dice el autor ¿dónde están las reales “*opciones*” en los textos proyectados? Por el contrario, se afirma un solo modelo de matrimonio, y se nulifica la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio, teniéndose por no escrito el pacto que restrinja la facultad de solicitarlo (art. 436).

Ahora bien, la dispensa jurídica del deber de fidelidad sumada a la prohibición matrimonial de pactos de fidelidad, ha suscitado en la doctrina la revisión de los principios en materia de daños ampliando el espectro a aquellos que sin estar enmarcados en la ley ameritan una reparación. Piénsese en un marido que obliga a su esposa a dormir en el suelo mientras comparte el lecho conyugal con su amante. La ley no lo sancionaría impidiendo una reparación del daño infligido en

ausencia de un interés jurídico, aunque nadie puede dudar que estemos en presencia de un daño injusto. Abominablemente injusto.

En principio, la ley solo reconoce los daños jurídicos cuando se ataca a un sujeto en su persona o en sus bienes, pues se ha atacado, en rigor, una facultad o derecho que tiene esa persona de mantener indemne, es decir, cuando se registra la violación de un derecho subjetivo. Pero puede haber otros derechos relativos a su persona o a sus bienes, o mejor, otros “intereses”, que la doctrina ha denominado intereses simples y que no estén registrados en la ley.

Estamos en el ámbito de las justas expectativas que no están consagradas como “derechos subjetivos”. Bueres afirma que el interés afectado puede ser típico, cuando está tasado, prefijado por la ley -como lo quería la doctrina legalista tradicional- o bien puede ser atípico, en supuesto de que se lo contemple con amplitud, desde el punto de vista referencial de la justicia (20).

Todo daño injusto es daño antijurídico. Y por tanto, resarcible. Acorde con las nuevas corrientes, la doctrina se anima a más al afirmar que “es injusto el daño cuando deriva de la lesión de intereses merecedores de tutela, que son todos aquellos que la sociedad y los valores comúnmente aceptados muestran como dignos y respetables, aunque no tengan cabida en las normas. Lo jurídico no se agota con lo legal: la injusticia del daño no supone reconocimiento normativo del interés lesionado” (21).

Cualquier interés del sujeto, siempre que sea serio y digno, se hará acreedor a la tutela jurídica. Será injusto lesionarlo. Y por eso, de la violación de ese simple interés, se derivará un daño en sentido jurídico, que corresponderá resarcir.

A esta categoría de daño así configurado, se le llama “daño injusto”. Dice Cassiello que siendo la justicia la nota típica y fundante del derecho, o el alma del derecho, el “daño injusto” (porque agravia la justicia), se enfrenta con el orden jurí-

(19) Art. 436. Nulidad de la renuncia. Es nula la renuncia de cualquiera de los cónyuges a la facultad de pedir el divorcio; el pacto o cláusula que restrinja la facultad de solicitarlo se tiene por no escrito.

(20) Conforme su voto en el recordado plenario “Fernández y otro c. El Puente S.A.”, LA LEY, 1955-C, 650.

(21) ZAVALA DE GONZÁLEZ, “Resarcimiento de daños”, Hammurabi, t. 4, p. 124 citado por CASIELLO, Juan José Ídem.

dico, y evidencia la antijuridicidad de la conducta que lo causó (22).

El Código de Vélez en el 1109 C.C. establece que cuando la ejecución de un hecho ocasiona un daño obliga a repararlo. Se menciona “un hecho”, cualquier hecho, basta que sea obrado con culpa. Y no se advierte allí ninguna especificación del daño. Por otro lado el 1078 C.C. habilita la acción por daño moral al damnificado directo o sus herederos forzosos por la causación del ilícito. No hay obstáculo que impida la justa reparación del perjuicio.

En este sentido observa el Dr. Juan J. Guardiola en su voto que la indemnización por daño moral podría proceder en casos particulares, “cuando deriva de la lesión a derechos personalísimos y tenga una fuerza dañadora muy punzante -según expresión de Cifuentes”. Por lo que el derecho a reparación provendría en dichas circunstancias, “no de su calidad de cónyuge, sino como cualquier persona afectada por un hecho ilícito” (23). Pues el vínculo familiar no puede otorgar una inmunidad para dañar o convertirse en un impedimento del resarcimiento.

La ablación de los deberes conyugales habilitaría conductas de arbitrariedad y abuso intolerables a la justicia cuyo referente no puede perder de vista el derecho. La infidelidad se cuenta entre algunos de los tipos de violencia psicológica en razón del género que conllevan a la víctima a la depresión, al aislamiento, a la devaluación de su autoestima. Conforme ello se ha resuelto procedente el daño moral por infidelidad fundado en la lesión a la autoestima (24).

La jurisprudencia italiana ha acogido la noción de agravio en el derecho “a la serenidad familiar” (25). Expresó el Tribunal que del complejo de normas que regulan la unidad de la familia

(22) CASSIELLO, Juan José “El daño injusto como daño jurídico, vinculado con la atipicidad del ilícito resarcible” <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcasiello30-6-2013>.

(23) Fallo dictado por la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Junín, el 27/2/2007, en el Expte. Nº 41.745 — “M., E. C. J., A. L. s/Separación Personal Contradictoria”.

(24) “P., E. N. c. S., P. M. s/Divorcio”, resuelto por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, del 28 de mayo del 2012.

(25) Tribunal de Milano, del 18 febrero de 1988.

nacida del matrimonio, como así de las convenciones europeas de los derechos del hombre que aseguran el derecho de cada individuo a que se respete su vida privada y familiar, se alcanza a individualizar la injusticia del daño.

4. La fidelidad matrimonial como objeto de protección legal y convencional

Ya vimos como el Proyecto prohíbe de plano todo pacto entre cónyuges que les permita asegurar un modelo de matrimonio conforme sus propias convicciones. ¿Es necesario hacerlo? Sí, porque la nueva ley formaliza el acto matrimonial entre dos personas sin garantizar los mínimos contenidos ante la transgresión de las normas que rigen su nueva existencia.

Es cierto que en el ámbito más íntimo del matrimonio, la ley no llega ni interviene más allá de lo que los cónyuges decidan y acuerden en su intimidad. Es decir, los cónyuges son libres y responsables del proyecto matrimonial que ellos eligen adecuando su propia modalidad relacional a las aspiraciones y expectativas que tengan del matrimonio.

Pero también es cierto, que no se respetan otros proyectos de vida familiar donde los cónyuges aseguren “*per se*” la fidelidad. Hemos pasado de un deber jurídico a la proscripta libertad de pactar, lo que el mismo Proyecto considera un deber moral. Por lo tanto, se advierte inmediatamente una segunda desigualdad. La mujer o el hombre que elige ser infiel tienen sus derechos plenamente satisfechos. En cambio, la víctima de infidelidad, carece de acción porque el daño no tiene el adecuado nexo de causalidad en la infracción del deber de fidelidad” (26). De ahí la necesidad de construir la categoría del daño injusto como lo hemos tratado *ut supra*.

La autonomía de la voluntad se ha abierto en el régimen patrimonial proponiéndose la existencia de acuerdos prenupciales a fin de que los cónyuges cuenten con la opción de mantener, de común acuerdo, las ganancias por separado durante el matrimonio. Pero esta misma autonomía aparece cercenada en el plano de las relaciones personales

(26) BASSET, Úrsula, “Matrimonio”; “Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012”. Informe de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina”, El Derecho, Buenos Aires, 2012.

impidiendo los acuerdos entre los cónyuges a fin de asegurar un modelo de familia monogámico y perdurable, lo que evidenciaría una intolerable intromisión en la intimidad y libertad de los cónyuges, además de su desigual concepción del principio de autonomía.

La ausencia de alguna sanción que censure la infidelidad habilitaría un camino sin retorno pues ese tipo de conducta siempre supone la mentira y la traición al pacto matrimonial. La mentira atenta siempre contra el otro en su credulidad, su inocencia, su confianza, su buena fe, sus sentimientos. Como si lo espiritual no rozara al matrimonio, bajo la égida moral, la nueva regulación (léase desregulación) excluye lo que es resorte de su propia naturaleza, estructura y funcionalidad.

Por ello, consideramos que la solución a la paz matrimonial no pasa por la desjuridización del deber de fidelidad. Todo lo contrario, será fuente de futuros conflictos pero si la misma se impone aún contra el espíritu social que inspira la legislación argentina, las partes tienen la facultad de

pautar su derecho a la fidelidad sin que el Estado disponga sobre esa intimidad exclusiva y excluyente que pertenece a los esposos como potestad indelegable de la familia.

Partimos de que la pareja en tanto tal, explícita o implícitamente entiende que hay un acuerdo de exclusividad sexual que ninguna ley puede cambiar. No se trata de imponer en nombre de la paz matrimonial instituciones jurídicas apócrifas como paradigma de la vida moderna, en desmedro de los derechos fundamentales y de la protección integral que, de conformidad con la Constitución, se debe brindar al matrimonio y a la familia.

Los daños emergentes de la dispensa de la fidelidad, desde el estructural a los colaterales, demuestran que lejos de favorecer las justas nupcias, las degrada a opciones descartables más parecidas al contubernio que al connubio y es la razón por la que una sociedad perpleja y consternada se pregunta por qué habría de creer y acatar una ley sin moral. ♦

Cauces del derecho alimentario en contextos de vulnerabilidad

POR GUILLERMINA ZABALZA Y MARÍA VICTORIA SCHIRO

Sumario: I. Reflexiones iniciales.— II. Cauces del derecho alimentario.— III. Los alimentos derivados de la responsabilidad parental.— IV. El incumplimiento del deber alimentario como presupuesto del deber de responder.— V. Reflexiones finales.

I. Reflexiones iniciales

Los paradigmas actuales en materia de niñez y adolescencia visibilizan una obligación alimentaria acorde al escenario axiológico que emana de los principios consagrados en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, desprendiéndose como consecuencia de ello, que los alimentos debidos a los hijos menores de edad no deben estar sujetos a ninguna condición, ostentando un carácter preferente, cuyo criterio orientador debe ser el mejor interés de los niños y adolescentes.

Conteste con la revalorización del menor en su calidad de persona; y en particular, en relación a su perspectiva de futuro y porvenir (1), cabe contemplar aquellas respuestas que brinda el ordenamiento jurídico, que tiendan a la recomposición de su esfera de derechos, consagrando un marco propicio para su proyección existencial.

En las líneas que se suceden, realizaremos un recorrido por algunos aspectos que presenta el derecho alimentario respecto de los niños y adolescentes, con especial atención en la relación paterno filial, para luego introducirnos en la posibilidad de recurrir al instituto de la responsabilidad por daños, como herramienta válida ante el incumplimiento de los deberes que imprime la responsabilidad parental.

II. Cauces del derecho alimentario

La obligación alimentaria puede tener distintas fuentes, observándose que por ejemplo a diferencia de la obligación que recae entre

parientes —cuya génesis es el parentesco por consanguinidad o afinidad—, o entre cónyuges —cuyo fundamento es el matrimonio—, el derecho alimentario del hijo menor de edad emana de los deberes que impone la responsabilidad parental (2), sosteniéndose que el “... *deber alimentario respecto de los hijos menores es un derecho humano básico que le asiste a los hijos y debe ser cumplido por ambos padres...*” (3).

Desde esta perspectiva, nos introduciremos a contemplar los alimentos debidos a los niños, niñas y adolescentes (4) derivados del vínculo paterno/materno/ filial —tanto desde la perspectiva constitucional como infra constitucional—, haciendo antes un breve análisis de los alimentos en general.

Destacan Lloveras y Salomón que, los alimentos han sido caracterizados como una prestación que comprende un conjunto de bienes materiales necesarios para la existencia física de las personas —satisfacción de necesidades básicas—, así como la instrucción, educación, habitación y esparcimiento. No obstante, destacan que esta conceptualización ha sido ampliada por la jurisprudencia, afirmándose que los alimentos también comprenden “los medios tendientes a lograr por el alimentario un desarrollo íntegro que le permita el día de mañana un desenvolvimiento acorde al tiempo y que pueda prepararse para competir en

(2) BOSSERT, Gustavo, Régimen jurídico de los alimentos, Buenos Aires, 2ª edición actualizada y ampliada, Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 191.

(3) Trib. Sup. Just. Córdoba, Sala Civ. y Com., 4/5/2000, sentencia n° 27, autos “NN-Recurso directo”, Semanario Jurídico, n° 1292, del 25/5/2000.

(4) En adelante NNA.

(1) RIVERO HERNANDEZ, Francisco, El interés del menor, 2ª edición, Dikinson, Madrid, 2007, p. 38.

un mercado de trabajo que cada día exige más de sus oferentes, donde el título secundario ha pasado a ser un 'dato' de los currículums que pareciera no haber necesitado mayores esfuerzos" (5) (6). De lo expuesto, se desprende que la idea de alimentos consiste en comprender, además de habitación, esparcimiento y subsistencia, los medios para que el alimentado en el futuro pueda desempeñarse socialmente para obtener sus propios recursos (7), y de esta manera desarrollar su proyecto de vida.

(5) TSJ Entre Ríos, 6/7/07, "G.M.A. y otra c. G.O.R. s/ alimentos", en Actualidad Jurídica de Córdoba, octubre de 2007, año III, Vol. 42, Córdoba, p. 4459. Se condenó a los progenitores al pago de alimentos de las hijas mayores de edad para que continuaran con sus carreras universitarias, con fundamento en la solidaridad familiar. LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Buenos Aires, Universidad, 2009, p. 440.

(6) "El proyecto de vida es uno de los conceptos más modernos que recepciona el Derecho. El proyecto de vida es inherente al ser humano en cuanto libre y temporal. La vida es un quehacer constante, una autobiografía que se escribe día a día. Para vivir hay que proyectar. Para proyectar, hay que adoptar primariamente, una íntima decisión en el ámbito de la libertad subjetiva. La opción existencial se fundamenta en una determinada escala de valores. El ser humano proyecta permanentemente. No hay otra posibilidad de vivir. Se vive proyectando, se proyecta para vivir. Y la decisión en cuanto libertad subjetiva exige ser cumplida en el mundo, en la vida de relación social. (FERNÁNDEZ SESSAREGO, 'Daño moral y Daño al Proyecto de vida'). Por todo ello podemos comprender la trascendencia que para la persona tiene 'el proyecto de vida'. En él se juega su destino, se centran sus más caras aspiraciones, su más íntima vocación. El 'proyecto' le otorga un sentido a su vida. Y es eso lo que seguramente ha buscado cuando inició sus estudios universitarios y ante lo cual la Justicia no puede ser ciega, cuanto más en el subexamine en el que el Derecho la recepta. Porque el art. 370 del Código Civil admite la obligación alimentaria entre parientes, con causa y justificación en los vínculos familiares y en los de solidaridad que debiera enlazarlos. El estado de necesidad pasa aquí por no poder contar con tiempo suficiente para cumplir con sus obligaciones académicas de cursado y práctica y también, porque el alimentante no acredita —en base a aquel mismo principio de solidaridad— que su hija lo colocaría a él en la indigencia si continuara disponiendo para ella el 15% de sus ingresos. No debe buscarse aquí la necesidad de subsistencia mínima indispensable, que exige la ley de asistencia familiar por ejemplo, y ya que el art. 370 no lo requiere". TSJ Entre Ríos, 6/7/07, "G.M.A. y otra c. G.O.R. s/ alimentos", en Actualidad Jurídica de Córdoba, octubre de 2007, año III, Vol. 42, Córdoba, p. 4459.

(7) LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, op. cit., p. 441.

Los alimentos pueden tener disímiles causas y comprender diferentes matices en cuanto a su extensión. Del plexo normativo, se desglosa que la obligación alimentaria puede tener su causa (8) en la ley, o bien, en la autonomía de la voluntad proyectada en diferentes fuentes formales del reparto autónomo (9) (ya sea de fuente contractual arts. 1168 y 1197 CC, testamentaria art. 3709 CC; o pos conyugales art. 236 CC). Indica Bossert, que cuando la obligación alimentaria se cimienta en la fuente convencional, como por ejemplo el contrato por medio del cual se prevé la obligación de pago periódico de una suma destinada a permitir satisfacer las necesidades del acreedor (10), puede ser modificada en cuanto a sus características, efectos y posibilidades a través del imperio de la autonomía de la voluntad, a diferencia de lo que acontece en las obligaciones alimentarias fundamentadas en los vínculos familiares. Asimismo, la voluntad se puede vehicular en disposiciones testamentarias que prevean diversas obligaciones alimentarias, por ejemplo el legado de alimentos, o la imposición al heredero o al legatario de pagar alimentos. Finalmente, cabe destacar, que nuestro complejo normativo prevé asimismo una obligación alimentaria de fuente legal, pero que no se funda en el vínculo familiar, sino en la gratitud que debe existir de parte del donatario hacia el donante (11) (12).

Por su parte, la disposición legal al captar en su norma el derecho y la obligación alimentaria cuyo fundamento es el vínculo familiar, reconoce la existencia del deber moral de solidaridad familiar, proyectándolo a través de su captación normativa en la obligación civil de prestar alimen-

(8) Art. 499 CC: "No hay obligación sin causa, es decir, sin que sea derivada de uno de los hechos, o de uno de los actos lícito o ilícitos, del as relaciones de familia, o de las relaciones civiles".

(9) "El reparto autónomo se caracteriza por el hecho de que él se lleva a efecto sin que intervenga ni ordenanza, ni coacción directa; los protagonistas del reparto están de acuerdo con que el reparto se cumpla", GOLDSCHMIDT, Werner, *Introducción Filosófica al Derecho*, 6 edición, Buenos Aires, Depalma, 1996, p. 63.

(10) Por ejemplo: el art. 2076 CC, se refiere a la renta vitalicia que constituya una pensión alimenticia.

(11) Prevista en el art. 1837 CC.

(12) BOSSERT, Gustavo; *Régimen jurídico de los alimentos*, op. cit., p. 3.

tos (13). De manera que, los fundamentos que se han desarrollado como sustento de la prestación alimentaria son la solidaridad familiar, la gratitud (arts. 1858, inc. 3 y 1862 CC) y su carácter resarcitorio (arts. 1069, 207, 203, 208 y 217 CC) (14). Entre los alimentos que emergen del reconocimiento de los vínculos familiares —existentes o preexistentes— que provienen del principio de solidaridad, se encuentran los derivados de la responsabilidad parental (art. 265 CC), del parentesco (arts. 367 y ss CC), los conyugales (art. 198 CC) y los divorciales (art. 209 CC) (15). Destaca Méndez Costa que la importancia y trascendencia de la solidaridad no necesita ser demostrada, siendo calificada en relación a la familia de “*principio primordial que expresa y da sentido a la comunión del grupo familiar*”. En consecuencia, la solidaridad figura entre los criterios que vertebran y estructuran las relaciones entre las personas, los grupos sociales y el Estado (16).

Dentro de los cauces del principio de solidaridad familiar se enmarca la disposición legal que contempla la obligación de prestarse alimentos por su relación de parentesco, previéndose que entre los parientes por consanguinidad, se deben alimentos los ascendientes y descendientes; consagrándose que entre ellos estarán obligados preferentemente los más próximos en grado y a igualdad de grados los que estén en mejores condiciones para proporcionarlos; y los hermanos y medio hermanos; y b) entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos aquellos que están vinculados en primer grado (conf. arts. 367 y 368 CC) (17). Los alimentos que se enmarcan

dentro de la relación de parentesco, tienen su propio sistema y régimen (18), y proceden cuando el alimentado carece de otros medios para alimentarse y se encuentra inmerso en una situación en virtud de la cual no le es posible procurárselos con su trabajo. Si bien tradicionalmente, se ha argumentado que estas responsabilidades parentales son de carácter subsidiario (en relación con los principales obligados que son los progenitores), Loyarte destaca que tanto las voces de la doctrina como de la jurisprudencia indican que ante la necesidad del niño —que se presume en razón de su menor edad— y frente a las dificultades del principal obligado para cumplir su carga, resulta exigible la prestación alimentaria de los parientes obligados como ‘acción directa y no subsidiaria’, en razón de la prelación constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y del principio de prevalencia en la satisfacción de los derechos e intereses allí consagrados (19).

Anteriormente hicimos mención que la extensión de cuantía alimentaria tiene variaciones en relación con la fuente de dicha prestación, observándose que en los supuestos de alimentos entre parientes, la misma sólo será acotada a las necesidades básicas para el alimentado, siendo recíproca la obligación alimentaria entre parientes. Se enmarcan dentro de las necesidades básicas insatisfechas, tal como lo prevé el art. 372 del CC: la prestación de alimentos que comprende lo necesario para la subsistencia, habitación y vestuario correspondiente a la condición del que la recibe, y también lo necesario para la asistencia en las enfermedades.

Dentro de la doctrina se ha planteado el debate en torno al supuesto en que el alimentado sea un NNA, considerándose por algunos que la cuantía comprende sólo la extensión de los alimentos que son previstos entre parientes (art. 372 CC) — in-

(13) BOSSERT, Gustavo; Régimen jurídico de los alimentos, op. cit., p. 2.

(14) LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional, op. cit., p. 441.

(15) LLOVERAS, Nora - MONJO, Sebastián, “Los alimentos “adicionales”: una sentencia creativa de cara a la realidad del incumplimiento de las funciones parentales”, Revista de Derecho de Familia, II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 247.

(16) MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Los principios jurídicos en las relaciones de familia, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2006, p. 290 y 291.

(17) ARTÍCULO 537. Enumeración. Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado; b) los hermanos bilaterales y unilaterales. En cualquiera de los supuestos, los alimentos son debidos por los que están en mejores condiciones para

proporcionarlos. Si dos o más de ellos están en condiciones de hacerlo, están obligados por partes iguales, pero el juez puede fijar cuotas diferentes, según la cuantía de los bienes y cargas familiares de cada obligado. ARTÍCULO 538. Parientes por afinidad. Entre los parientes por afinidad únicamente se deben alimentos los que están vinculados en línea recta en primer grado. Proyecto de Unificación de Código Civil y Comercial, año 2012.

(18) Art. 370 y ss. CC.

(19) LOYARTE, Dolores, “El proceso de alimentos y el niño”, Revista de Derecho de Familia, N° 38, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, p. 94.

interpretación restrictiva—, sin hacer distinciones que el alimentado sea un niño o adulto; en tanto, otros consideran que aun cuando la obligación recaiga entre parientes, si el alimentado es un NNA, la extensión de la obligación alimentaria debe equiparse a la que emana de la patria potestad o responsabilidad parental (art. 267 CC) —interpretación extensiva— (20). Conteste con esta postura, Lloveras y Monjo consideran que cuando estamos ante NNA —comprendidos hasta los 18 años— se deben satisfacer todas las necesidades elementales materiales, culturales, formativas, que sobrellevan éstos, y no sólo aquellas que hacen a su sustento básico —alimentos, vivienda, salud, asistencia en enfermedades, incluyéndose la educación, la alimentación, la vivienda, la asistencia, la salud, el esparcimiento, la formación cultural, la formación social y el cuidado elemental, que permitan y tiendan a la realización personal de los NNA. En tal sentido, los autores mencionados, indican que la obligación alimentaria debida a los NNA ostenta un carácter especial, por el estado de indefensión o debilidad de ellos, lo que exige mayores reparos a la hora de evaluar la procedencia y cuantía de tal obligación frente a los sujetos obligados (21).

En torno a esta temática, cabe destacar que el Proyecto de Código Civil y Comercial (año 2012) amplía el contenido de la obligación, comprendiendo en la misma lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, alcanza, además, a lo necesario para la educación. Desde la perspectiva del derecho proyectado, se introduce como novedad en esta materia la inclusión de la educación para los beneficiarios menores de edad y la consideración de las posibilidades económicas del alimentante (22).

(20) LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, op. cit., p. 443.

(21) LLOVERAS, Nora - MONJO, Sebastián, “Los alimentos “adicionales”: una sentencia creativa de cara a la realidad del incumplimiento de las funciones parentales”, op. cit., p. 249 y 250.

(22) WAGMAISTER, Adriana, “Proyecto de Código Civil Unificado. Parentesco - Alimentos - Responsabilidad Parental”, DFyP 2012 (julio), 01/07/2012, p. 197.

Asimismo, conteste con los vientos de cambio que acoge el derecho proyectado, visibilizándose las diferentes acepciones de familia, se concibe en su captación normativa al progenitor afín, considerándose como tal al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente; y dentro de este escenario se regulan los deberes y derechos de los progenitores e hijos afines, consagrando el art. 676 lo relativo a la obligación alimentaria. En tal sentido, se dispone que “*La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia*”.

III. Los alimentos derivados de la responsabilidad parental

Sondeando en el instituto que nos convoca para su análisis, consideramos que lo que caracteriza a la obligación alimentaria es su finalidad de bienestar material y espiritual del alimentado, no recayendo sólo en la satisfacción de un interés meramente patrimonial, proyectándose de esta manera en un ámbito de libertad propicio para que cada sujeto encuentre los cauces de su personalización, es decir, el “*deber ser*” de su “*ser*”. Este tipo de obligaciones son de contenido netamente asistencial. Desde esta perspectiva, consideramos que lo relevante a tener como meta del fenómeno jurídico es la vida humana, que constituye una realidad que vale reconocer en todos los despliegues posibles (23); la comprensión del Derecho al servicio de la plenitud de la vida humana (24).

(23) CIURO CALDANI, Miguel Ángel, *Metodología Jurídica*, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, Rosario, 2000.

(24) Véase RONCHETTI, Alfredo Fernando, *Propuesta de Enseñanza Teoría General — Introducción al Derecho*, Concursos 2007, Facultad de Derecho UNICEN.

Destacan Lloveras y Salomón que “*en el presente se ha modificado el escenario: la internacionalización de los derechos humanos y el principio de la centralidad de la persona como se concibe actualmente, provocando cambios en las instituciones jurídicas, en tanto los derechos de la persona comienzan a tener una nueva entidad logrando enlazar el derecho público (que aporta su teoría de los derechos humanos) y el derecho privado (que aporta su teoría de los derechos personalísimos)*” (25). El eje de protección actual gira en torno de la “*persona*” (26), subyaciendo en esta consideración el impacto de los Derechos Humanos sobre el Derecho de Familia (27), lo que nos hace representar uno de los fenómenos de publicización del derecho privado, denominándose actualmente el “*Derecho de Familia*” como “*Derecho Constitucional de Familia*”. Se materializa una transformación sustancial en el marco tuitivo, reconociéndose —no un derecho de familia— sino un derecho de familias, abar-

cativo de todas las realidades con un criterio de diversidad (28) (29).

Desde esta nueva perspectiva de protección constitucional de las familias y de cada uno de sus integrantes, así como del desenvolvimiento familiar, se contemplan los Tratados Internacionales de Derecho Humanos que garantizan el derecho a la salud, los alimentos y el desarrollo. La responsabilidad parental se imprime desde una nueva axiología en el contexto normativo argentino, cuyo hilo conductor se desenvuelve a la luz de los Tratados de Derechos Humanos, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061. En consecuencia, el lente debe ser la primacía del interés superior de los NNA, sobreponiéndose al interés de todos, como resultado de que el interés del NNA se emplaza como prioridad en toda cuestión a decidir sobre dichos sujetos de derecho, considerándose que no sólo es un interés superior en referencia a otros intereses en juego, sino que es el mejor interés (30). Desde la perspectiva de los Tratados Internacionales, observamos: La Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, que en su art. 30 establece “*Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tiene el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos los necesiten*”. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su art. 25 consagra: “*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 (...), 2. La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social*”. El Pacto de San José de Costa Rica, que en su art. 19, establece: “*Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condi-*

(25) LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, El Derecho de Familia. Desde la Constitución Nacional, op. cit, p. 46; véase LORENZETTI, Ricardo Luis, El Derecho Privado como protección del individuo particular, Revista de Derecho Privado y Comunitario, Derecho Privado en la Reforma Constitucional, n° 7, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1994, p. 54.

(26) Lloveras y Salomón indican que “El impacto de los DDHH en las relaciones familiares se observa a partir de la visión de la persona como eje de protección y no de la institución de la familia en sí. Con este giro, la “familia” no es el centro de la protección legislativa sino que es la “persona”, en sus diversas relaciones familiares, la que debe contemplarse en la tutela. Estos cambios sociales, históricos, axiológicos, científicos, —entre otros—, deben ser legislados, reconocidos y receptados por las sociedades, en tanto en general existe consenso en que el “derecho” de una sociedad debe reflejar la realidad —valores— existentes en la misma. Es decir que el derecho como fenómeno social no puede permanecer ajeno a los fenómenos sociales que se gestan y se exteriorizan en la sociedad que regula”, LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional, op. cit., p. 41.

(27) En esta línea, subyace el “principio pro homini”. Bidart Campos nos enseña al referirse a este principio que “este principio indica que el intérprete y el operador han de buscar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y sus derechos, cualquiera sea la fuente que suministre esa norma —internacional o interna—”, BIDART CAMPOS, Germán J., “Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio pro homine”, en El Derecho Constitucional del Siglo XXI, diagnóstico y perspectiva, Coordinadores: Bidart Campos, Germán J. y Gil Domínguez, Andrés, Buenos Aires, 2000, p. 12.

(28) ALONSO PÉREZ, Mariano, La familia entre el pasado y la modernidad. Reflexiones a la luz del Derecho Civil, La Ley 2338/2001.

(29) ZABALZA, Guillermina, “Derecho de familias: visibilización de nuevas fuentes de parentesco que impactan en el régimen filial”, Revista Mcrojuris, MJD6098, 2012.

(30) LLOVERAS, Nora - MONJO, Sebastián, “Los alimentos “adicionales”: una sentencia creativa de cara a la realidad del incumplimiento de las funciones parentales”, op. cit., p. 251.

ción de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado". La Convención sobre los Derechos del Niño consagra que el art. 27. 4, que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados" (31).

La responsabilidad parental se ha resignificado desde un complejo axiológico que lo entiende como el conjunto de deberes y derecho otorgados teniendo en miras al hijo, desde cuya perspectiva se comprende el deber alimentario de los padres como el derecho humano que titularizan los hijos, debiendo ser cumplidos por ambos en un criterio de igualdad. En este sentido, el art. 7 de la ley 26.061 establece: "*Responsabilidad familiar... 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...*". La responsabilidad parental se presenta como una función social, encomendándose a los padres: proteger y formar integralmente a sus hijos (32).

De manera que, la obligación alimentaria a cargo de los progenitores, tiene su fundamento en el conjunto de deberes y derechos derivados de la responsabilidad parental, conforme las normas mencionadas, más los arts. 264 y ss CC, advirtiéndose que dicha obligación no cesa ni aún en los supuestos de privación. Sin embargo, ante la consideración de que dicha obligación se mantiene —aún ante la privación— se ha sostenido, también, que la misma no deriva de la patria potestad, sino que su fundamento se encuentra en

el instituto de la filiación (33). No obstante, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han estimado que la obligación que recae en los progenitores hacia sus hijos menores deriva de los deberes que impone la patria potestad, originándose en ella, cuyo fundamento no es sólo la solidaridad, sino también la necesidad de protección que requieren los hijos (34). En definitiva, consideramos que la conducta del progenitor que permite arribar a una sanción como la de privación, no justifica el cese de la obligación alimentaria, sino que por el contrario esta se mantiene, ya que en el caso inverso conllevaría una doble injusticia, puesto que ante los actos u omisiones sufridas por el hijo que causaron la privación, se le sumaría la pérdida de su derecho alimentario, siendo en definitiva premiado quien ha incumplido en sus deberes. En la versión del Proyecto de Código Civil y Comercial del año 2012, se prevé la subsistencia del deber alimentario, estableciendo que los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental (35).

Si bien en la versión originaria del Código Civil, la obligación alimentaria recaía fundamentalmente en la figura paterna, el progresivo avance legislativo conteste con los cambios sociológicos y axiológicos trazó una importante reforma (36) que propició y consagró la idéntica situación tanto del padre como de la madre ante la obligación alimentaria (37), con lo cual pesa sobre ambos progenitores dicha obligación, pudiendo ser demandados tanto padre o madre ante el incumplimiento de la obligación alimentaria. De manera que, en consonancia con las diferentes acepciones de familia y su protección integral en los diferentes matices que se proyecta el derecho familiar actual,

(33) Se pueden ver las diferentes posturas en BOSSERT, Gustavo; Régimen jurídico de los alimentos, op. cit., p. 191.

(34) BOSSERT, Gustavo; Régimen jurídico de los alimentos, op. cit., p. 191; DUTTO, Ricardo, Juicio por incumplimiento alimentario y sus incidentes, edición renovada y ampliada, Rosario, Juris, 2003, p. 9; NOVELLINO, Norberto, Los alimentos y su cobro judicial, 2. Reimpresión, Nova Tesis, Rosario, p. 77; citado por DONATO, Alicia - ARICCIA VICENT, Jaqueline, "Aspectos sustanciales y procesales del derecho alimentario", op. cit., p. 215.

(35) Véase art. 704.

(36) Leyes 23.264 y 23.515.

(37) Conteste con el progresivo reconocimiento del principio de igualdad de género.

(31) Véase DONATO, Alicia - ARICCIA VICENT, Jaqueline, "Aspectos sustanciales y procesales del derecho alimentario", Revista de Derecho de Familia, II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 214.

(32) LLOVERAS, Nora - MONJO, Sebastián, "Los alimentos "adicionales": una sentencia creativa de cara a la realidad del incumplimiento de las funciones parentales", op. cit., p. 251.

se desprende que en ambos progenitores recae la obligación alimentaria en relación con sus hijos menores de edad.

En consecuencia, los padres (progenitores) están obligados a alimentar a sus hijos menores de edad, no requiriendo dicha obligación prueba alguna, se producen únicamente por el vínculo, es decir por la relación padre-madre-hijo menor, y no son recíprocos (conf. art. 265 CC) (38). En cuanto a la cuantía de los alimentos derivados de la responsabilidad parental, se observa una importante diferencia con la extensión de la misma cuando los obligados son los parientes, ya que en el presente supuesto la misma debe ser suficiente para satisfacer las necesidades del desarrollo del hijo menor, siendo necesario para su determinación la condición y fortuna del alimentante. El contenido del mismo está previsto en el art. 267 CC, comprendiendo la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad. El Proyecto enmarca el contenido de la obligación de alimentos comprendiendo la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado. Además, contempla en su texto las tareas de cuidado personal, previendo que las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención (conf. art. 660). En un sentido similar, consideramos de sumo interés traer a colación la sentencia dictada por el tribunal rosarino que incorpora un nuevo concepto, al que califica como “alimentos adicionales”, argumentando que *“si bien la dedicación y responsabilidad debería ser igualitaria respecto de la crianza, educación y manutención de ambos niños en cuanto a los roles de su madre y de su padre, cuando existe un apoyo full time de la primera y un desapego total por parte del segundo, al ser prácticamente imposible imponer aquello jurídicamente, esta falta tiene que compensarse con una mesada acorde*

(38) LLOVERAS, Nora - SALOMON, Marcelo, El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional, op. cit., p. 443.

que al menos supla el aludido desentendimiento y ‘recompense’ mínimamente a la guardadora por las responsabilidades casi totales que tiene en relación a los niños” (39). Enfatizan Lloveras y Monjo, que los alimentos adicionales constituyen un rubro perfectamente aplicable en aquellos supuestos en que uno de los progenitores se ha desentendido completamente de sus funciones, delegando en el otro toda la responsabilidad de crianza, educación y formación de los hijos (40). La solución se visibiliza como razonable y justa, acorde con una nueva visión de la responsabilidad parental así como en relación al trato igualitario y no discriminatorio en torno a las funciones que asume cada progenitor.

Como principio general la obligación de alimentar a sus hijos, pesa sobre los padres mientras estos sean menores de edad (es decir, menores de 18 años), no obstante, dicha obligación se extiende con el alcance establecido en artículo 267, hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad o el padre, en su caso, acrediten que cuentan con recursos suficientes para proveérselos por sí mismos, conforme el párrafo incorporado por el art. 3° de la Ley N° 26.579 (41). Asimismo, se ha reconocido la obligación alimentaria a favor de los hijos mayores de edad, en los supuestos de discapacidad física o psíquica, continuidad de la formación académica o educativa y en los supuestos de necesidad. En los supuestos en que los hijos excedan de los 21 años de edad, la obligación alimentaria ya no engloba dentro del concepto de responsabilidad parental, sino que se sustenta en la relación de parentesco, con los alcances que el mismo conlleva (42).

(39) Trib. Col. Familia Rosario, n 5, 16/4/2010 - B., S.H.v.S., E.S, Revista de Derecho de Familia, II, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2011, p. 239 y ss.

(40) LLOVERAS, Nora - MONJO, Sebastián, “Los alimentos “adicionales”: una sentencia creativa de cara a la realidad del incumplimiento de las funciones parentales”, op. cit., p. 251.

(41) B.O. 22/12/2009.

(42) Véase: LLOVERAS, Nora - MONJO, Sebastián, “Los alimentos “adicionales”: una sentencia creativa de cara a la realidad del incumplimiento de las funciones parentales”, op. cit., p. 248. BELLUSCIO, Claudio A.; Continuidad de la cuota alimentaria para el hijo mayor de edad, Revista de Derecho de Familia, Nro. 38, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2007, p. 1 y ss. ARTÍCULO 662. Hijo mayor de edad. El progenitor que convive con el hijo mayor de edad tiene legitimación para obtener la contribución del otro hasta

Si bien, el derecho a reclamar alimentos tiene su base en el emplazamiento en el estado de hijo, tratándose de una de las acciones de ejercicio de estado, pero dado el carácter de necesidad que puede ostentar quien reclama alimentos, se ha considerado la posibilidad de concederlos —con carácter provisional— a quien a falta de reconocimiento voluntario por parte del progenitor ha entablado una acción de reclamación de filiación y el vínculo filiatorio invocado surge *prima facie* verosímil (43), ya que de no admitirse esta postura se estaría conculcando el interés superior del niño, condenándolo quizás al más absoluto abandono. Este vacío legislativo en torno a la no previsión de alimentos respecto de los hijos cuya filiación aún no ha sido determinada, que ha pretendido ser integrada por la labor jurisprudencial, encuentra su cauce normativo en el Proyecto de Código Civil y Comercial destinándose tres normas a su tratamiento. En tal sentido, el art. 586 prevé alimentos provisorios durante el proceso de reclamación de filiación o incluso antes de su inicio, el juez puede fijar los mismos contra el presunto progenitor. Por su parte, el art. 664 consagra que el hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado, previendo que si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la

que el hijo cumpla VEINTIÚN (21) años. Puede iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor. Tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas. Las partes de común acuerdo, o el juez, a pedido de alguno de los progenitores o del hijo, pueden fijar una suma que el hijo debe percibir directamente del progenitor no conviviente. Tal suma, administrada por el hijo, está destinada a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes. ARTÍCULO 663. Hijo mayor que se capacita. La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de VEINTICINCO (25) años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente. Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido. Proyecto de Reforma de Código Civil y Comercial, año 2012.

(43) BOSSERT, Gustavo; Régimen jurídico de los alimentos, op. cit., p. 191.

cuota fijada mientras esa carga esté incumplida; y finalmente, el art. 665, establece que la mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (44).

IV. El incumplimiento del deber alimentario como presupuesto del deber de responder

Tal como citara Kemelmajer de Carlucci, en su voto del fallo de la Suprema Corte de Mendoza del año 2004 (decisorio que acogió favorablemente por primera vez una reclamación de daño material originada en la ausencia de reconocimiento paterno) (45) en nuestros días uno de los problemas más profundos que concurre a frustrar o entorpecer el pleno desarrollo del niño está constituido por la inobservancia paterna del deber de asistencia en su aspecto alimentario. Así, en todo el mundo existe una especie de guerra contra la inejecución de la deuda alimentaria en la que los remedios se multiplican, aunque no siempre con éxito (46).

Ante la inobservancia de una de las prestaciones centrales que hacen al contenido de la responsabilidad parental, la norma ha reaccionado ofreciendo una extensa lista de respuestas jurídicas. Haremos un repaso de las mismas, siguiendo el criterio clasificatorio que esboza Ferrer (47),

(44) Se ha considerado por la jurisprudencia que si la madre acredita *prima facie* la paternidad que imputa al demandado por alimentos para el hijo, y dicha paternidad se torna verosímil, la acción podrá prosperar. Véase por ejemplo: C1° Civ. Com, MdElPlata, Sala II, 23/9/99, LLBA, 1999-1163.

(45) Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 28/05/2004-F, A. por su hijo menor N. v. C., S.). SJA 6/10/2004. JA 2004—IV—623. Ya existía un precedente favorable al reintegro de gastos a la madre, por las erogaciones que debió afrontar para la atención médica durante el embarazo y parto. Cámara Nacional Civil, Sala L, 14/04/1994, “M. C. S. v. E y L., F. C. M.”, con nota de GREGORINI CLUSELLAS, Eduardo; Daño moral. Su reconocimiento y determinación en la negativa de filiación, LA LEY, 1995-C, 407.

(46) El fallo citado de la Suprema Corte de Mendoza, trae a colación cifras provenientes de una investigación del Ministerio de Justicia de Francia, que en 1999 estableció que el 65% de las condenas judiciales por alimentos se pagan irregularmente, o directamente no se cumplen.

(47) FERRER, Francisco A. M.; Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación, “Revista de Derecho de Daños” 2002-2, Ed. Rubinzal Culzoni, p. 307 y ss.

poniendo en evidencia con ello que la profusión de medidas es, no obstante y lamentablemente, directamente proporcional al grado de inobservancia que se advierte en la realidad.

Así, existen además de la acción judicial por cobro de sumas alimentarias adeudadas y las medidas precautorias propias de toda acción de cobro de sumas de dinero, las siguientes sanciones:

Sanciones civiles y penales.

a) La privación de la responsabilidad parental, dictada en razón de la causal de abandono que contempla el artículo 307 inc. 2º del Código Civil;

b) La declaración de indignidad sucesoria del padre o madre que no haya prestado alimentos al hijo en su menor edad conforme su condición y fortuna (artículo 3296 bis del Código Civil);

c) La aplicación de intereses a las cuotas alimentarias fijadas judicialmente, devengadas y no pagadas;

d) Inscripción en una base de datos a cargo de un Registro de Deudores Alimentarios morosos, creado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en la provincia de Misiones, Santa Fe, Buenos Aires entre otras. En el marco específico de la provincia de Buenos Aires, tal registro fue creado por Ley 13.074, y tiene por objeto registrar por orden judicial a todo obligado al pago de alimentos por sentencia firme o por convenio homologado judicialmente, que adeude determinado número de cuotas (tres cuotas consecutivas o cinco alternadas) y previa intimación al pago. También tiene la función de expedir certificados de “libre deuda” o no, conforme conste registrado o no como deudor alimentario moroso. Dicho certificado es necesario para obtener la apertura de cuentas bancarias, tarjetas de crédito, etc.

e) La sanción penal prevista en la ley 13.944 que tipifica el delito de incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, reformada por las leyes 23.479 y 24.029;

Medios de coerción.

Ferrer cita los medios compulsivos que han sido utilizados por la jurisprudencia para asegurar el cumplimiento de la obligación alimentaria. Entre ellos se encuentran:

a) La suspensión del régimen de visitas, hoy mirada con disfavor por la doctrina y la jurisprudencia;

b) La paralización de procesos conexos con el de alimentos, como el incidente de reducción de cuota, o el proceso de divorcio;

c) La aplicación del instituto de las astreintes, condenaciones conminatorias de carácter pecuniario reguladas por el artículo 666 bis del Código Civil;

Ahora bien, la irrupción de la responsabilidad por daños en el Derecho de Familia, fenómeno que, en nuestro país, se instaló definitivamente en el escenario jurídico hacia finales del siglo XX, ha colocado a la doctrina frente a la posibilidad de acudir a tal remedio ante el incumplimiento del deber de asistencia derivado de la responsabilidad parental. Como la mayor parte de los temas en que se entrecruzan el Derecho de familia y el de la responsabilidad por daños, ha originado posturas antagónicas en cuanto a su admisibilidad. Por ello, previo a introducirnos en dicha discusión, cabe esbozar ciertas premisas de base, en torno a la responsabilidad por daños intrafamiliar, puesto que el reconocimiento del fenómeno de la dañosidad en el marco de las relaciones jurídicas familiares, y el recurso a las herramientas que la conjuren, ha encontrado resistencias en su devenir, y una delimitación de sus fronteras se impone a efectos de volcar luego tales consideraciones en la temática puntual que nos ocupa.

En primer lugar, cabe decir que, a nuestro juicio, las normas generales dictadas en materia de responsabilidad civil, resultan plenamente aplicables a los supuestos en que víctima y dañador sean miembros de una misma familia, postura que parte de compartir la idea de que las ramas del mundo jurídico componen un sistema, y que “No puede comprenderse la solución de ningún caso refiriéndose a una rama jurídica de manera exclusiva y sin tener en cuenta, v. gr., la ideología que pretende brindar el Derecho constitucional, la solidez que procura dar el Derecho Penal, la dinámica que suele buscar el Derecho de las Obligaciones ‘voluntarias’, el replanteo económico que está presente en el Derecho de las Obligaciones que nacen sin voluntad, la consistencia social que ha procurado el Derecho de Familia,

etc.” (48). La responsabilidad por daños en las relaciones de familia, configura un supuesto especial de responsabilidad, y a su vez congrega problemáticas diversas que requieren una solución particular. Pero no podemos soslayar que existe un piso mínimo brindado por los principios de índole constitucional, siendo el principal en esta materia el principio general de no dañar a otro. Sostienen quienes adhieren a la postura de aplicar las normas generales de responsabilidad civil a los daños intrafamiliares, que la reparación de perjuicios constituye un principio general de derecho que avanza hacia todos los extremos de la vida comunitaria, encontrándose el deber de no dañar más cerca de las relaciones familiares que de las de cualquier otra (49). La vida en comunidad, donde tiene vigencia plena el *naeminem laedere* y, como contrapartida, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados, en relación adecuada de causalidad con el hecho antijurídico, no puede fraccionarse (50).

Ahora bien, donde radica la particularidad, pero también la dificultad del fenómeno en estudio, es en el “encuentro” de relaciones jurídicas que se produce. Ello, puesto que las relaciones jurídicas familiares, o bien los vínculos familiares, engendran derechos y deberes, captando la norma la sanción ante el incumplimiento de los mismos. La vulneración de un derecho deber que comporta el contenido de dichas relaciones, puede llegar a considerarse que constituye una conducta antijurídica que vulnera el deber genérico de no dañar (51). A partir de ello, y de

(48) CIURO CALDANI, Miguel Angel; Las ramas del mundo jurídico en la postmodernidad (las ramas del mundo jurídico en tiempos de la crisis de la materia), en “Investigación y Docencia”, Vol. 31, Rosario, Fundación para las Investigaciones Jurídicas, 1998, p. 52. El resultado nos pertenece.

(49) BÍSCARO, Beatriz; Daños derivados de la falta de reconocimiento del hijo, en “Derecho de Daños. Economía-Mercado-Derechos personalísimos”, Carlos A. Gherzi Coordinador, Buenos Aires, Editorial Abeledo-Perrot, 1999, p. 435 y ss.

(50) MOSSET ITURRASPE, Jorge; Los daños emergentes del divorcio, LA LEY, 1983-C, 350.

(51) Si bien sostenemos que se trata de un supuesto de responsabilidad aquiliana, diverso a los supuestos tradicionales, por las particularidades que devienen de hallarnos en el marco de relaciones jurídicas familiares, no podemos soslayar la postura de la Dra. Elena Highton de Nolasco, quien en su voto del fallo plenario de la Cámara Nacional

la reunión de los restantes elementos de la responsabilidad, es donde puede nacer una relación jurídica distinta: la obligación de reparar el daño causado (52).

Por lo expresado, ante los diversos menoscabos que un familiar produce en la esfera jurídica de otro miembro de su familia, la solución del caso puede discurrir por diversos carriles que el operador jurídico deberá escoger. Expondremos la posibilidad que brinda perspectiva resarcitoria ante la inobservancia de la obligación alimentaria emergente de la responsabilidad parental.

IV. a) Las posturas...

La conducta del padre que se sustrae al cumplimiento de los deberes que emergen de la responsabilidad parental, como presupuesto del deber de responder por el daño causado, ha sido escasamente tratada. Si bien es profusa la literatura jurídica en torno a las consecuencias de orden familiar, e incluso penal, los esbozos que se hallan en materia resarcitoria tal vez hallen un mayor, aunque incipiente, desarrollo en relación al incumplimiento de la obligación alimentaria.

Entre los autores enrolados en la postura denegatoria (53), los argumentos en los que se funda el disfavor con que esta posición ve el remedio in-

de Apelaciones en lo Civil de fecha 20/09/1994 (Autos G., G. G. c. B. de G., S. M. LA LEY, 1994-E, 538 — DJ), 1994-2, 1171 - Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Director: Marcos M. Córdoba - Editorial La Ley, 2004 con nota de Néstor E. Solari Colección de Análisis Jurisprudencial Derecho de Familia - Director: Marcos M. Córdoba - Editorial La Ley, 2004, 426) entiende que en materia de daños derivados de las causales de divorcio resultan aplicables las normas de responsabilidad contractual, pues ellas corresponden no sólo cuando ha habido contrato entre las partes, sino también, en principio, en todos los casos en que hay obligación preexistente nacida de un acto lícito. No necesariamente debe ser ésta contractual, pudiendo haber una obligación legal, como en el caso.

(52) La que constituye a su vez una obligación distinta respecto del deber general de no dañar.

(53) REVIRIEGO, Salvatori; “La responsabilidad en el Derecho de Familia. Particularidades y principales supuestos”, cit. por Sup. Corte Just. Mendoza, sala 1ª, 28/05/2004-F, A. por su hijo menor N. v. C., S.), fallo citado. SAMBRIZZI, Eduardo A.; Imprudencia del reclamo de daños por incumplimiento del pago de la cuota alimentaria y por la falta de comunicación con los hijos o su obstrucción, LA LEY, 2003-A, 1014.

demnizatorio para el incumplimiento asistencial, pueden resumirse en los siguientes:

a) La legislación brinda soluciones positivas para el incumplimiento del deber de asistencia, cuando la cuota se haya fijado en dinero; así, entiende Sambrizzi, que *“la pena para el deudor moroso en las obligaciones de dar sumas de dinero consiste en el pago de intereses moratorios, conforme resulta de lo establecido en el art. 622 del Cód. Civil, que dispone que el deudor moroso debe los intereses que estuviesen convenidos en la obligación, desde el vencimiento de ella. Si no hay intereses convenidos, debe los intereses legales que las leyes especiales hubiesen determinado. Si no se hubiese fijado el interés legal, los jueces determinarán el interés que debe abonar”* (54).

b) Derivado de lo anterior, puede entenderse que la acumulación del reclamo de daños y perjuicios y el de alimentos más sus intereses es incompatible, debiendo ser esta última pretensión la que deba esgrimirse;

c) Aún cuando los alimentos no se hubieren fijado en dinero, tanto el daño material como el daño moral no serían procedentes, en virtud principalmente de *“...la conveniencia indudable de la prevalencia de los intereses superiores de constitución de una familia y de su estabilidad, así como de la relación familiar existente”* (55).

Esta postura coloca como excepción supuestos muy especiales, por ejemplo, cuando con motivo de la falta de pago de las cuotas alimentarias el hijo hubiera sufrido algún daño específico y de cierta gravedad, que no hubiera padecido de haberlas percibido, como podría haber ocurrido, por ejemplo, en el caso de que por esa falta de pago no se le hubiera podido practicar al hijo una intervención quirúrgica que con cierta probabilidad hubiera evitado un daño irreversible que sufrió por no haberse operado (56).

La posición que propugna la posibilidad del reclamo indemnizatorio, sumado al plexo de

(54) SAMBRIZZI, Eduardo A.; Improcedencia del reclamo de daños por incumplimiento del pago de la cuota alimentaria y por la falta de comunicación con los hijos o su obstrucción, Op. cit.

(55) Op. cit.

(56) Idem.

consecuencias jurídicas ligadas a la inobservancia del deber asistencial (57), defiende la indemnización de los daños morales y materiales ocasionados al niño, siempre que se den los presupuestos de la responsabilidad civil. Los principales fundamentos que basan su propuesta son los siguientes:

a) *“El derecho a percibir alimentos y ejercer las acciones pertinentes tendientes a su cobro, así como los intereses y sanciones conminatorias (astreintes) en los casos que correspondiere, no constituyen una reparación integral si no se incluye el resarcimiento por daño moral frente al incumplimiento del débito alimentario”* (58). Ya lo tienen dicho Pizarro y Vallespinos, en el sentido que los intereses juegan como un piso indemnizatorio, legalmente presumido, pero nunca como un techo rígido e inflexible, salvo cuando hubiesen estado expresamente previstos para el caso de mora de una obligación dineraria prefijando la indemnización de daños y perjuicios; del mismo modo es entendido por nuestro máximo Tribunal (59).

b) Tanto el daño moral como el daño material son resarcibles; en el primer caso, aquél surgirá *res ipsa loquitur*;

c) *“El daño material deberá ser subsanado; en el caso del niño se computará la privación de elementos que le hubieren permitido una mejor asistencia y desarrollo en todos los aspectos y se registrará por los principios generales de la responsabilidad”* (60). Ferrer incluye entre los rubros el costo de tratamiento psicológico;

(57) Posición sostenida por Nelly Minyersky, Daños y perjuicios: incumplimiento alimentario y obstrucción al Régimen de Comunicación entre Padres e Hijos, RDF 2002-20-59; Francisco Ferrer, Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación, Op. cit., Elena Günthardt de Leonardi, Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia, educación y tenencia, “Revista de derecho de Daños”, 2002-2, p. 205 y ss. entre otros.

(58) MINYERSKY, Nelly; Daños y perjuicios: incumplimiento alimentario y obstrucción al Régimen de Comunicación entre Padres e Hijos, op. cit.

(59) Cit. por FERRER, Francisco A. M.; Responsabilidad paterna por violación de los deberes de asistencia y educación, Op. cit., p. 331.

(60) MINYERSKY, Nelly; Daños y perjuicios: incumplimiento alimentario y obstrucción al Régimen de Comunicación entre Padres e Hijos, op. cit.

IV. b) La reunión de los elementos de la responsabilidad por daños (61)...

Ahora bien, para que en concreto nazca la relación obligatoria que determine la responsabilidad por el daño causado ante la inobservancia del deber alimentario, deben hallarse reunidos los elementos de la responsabilidad civil.

En primer lugar, y a efectos de determinar el carácter del obrar contrario a Derecho, cabe remitirnos a las normas que recogen la responsabilidad alimentaria parental, las que tanto a nivel de bloque de constitucionalidad como de derecho reglamentario han sido citadas oportunamente. Cabe mencionar no obstante, y a efectos de construir la noción de obrar antijurídico, el artículo 3296 bis (texto según ley 23.264) que impone la sanción de indignidad en la sucesión del hijo, para el padre que no le haya prestado alimentos y asistencia conforme su condición y fortuna. A la vez, el artículo 307, prevé entre las causales de privación de la patria potestad, el abandono que el padre hiciera de alguno de los hijos. Tiene dicho la jurisprudencia, ante la ausencia del padre en la formación, educación y desarrollo del hijo, que "... a los efectos de determinar la pérdida de la patria potestad, también debe compulsarse si por la entidad o frecuencia de la insatisfacción de los deberes resultantes de la patria potestad se ha irrogado un perjuicio grave al hijo" (62).

Podemos sostener entonces que, conforme se consagra el derecho del hijo, y correlativo deber del padre, de otorgarle a aquél amparo material y afectivo, la conducta que contraríe el plexo normativo citado comporta un obrar antijurídico, que sin perjuicio de analizar luego la reunión de los restantes elementos de la responsabilidad, y analizar los caminos que nos brindan las ramas jurídicas en cuanto a remedios para recomponer la esfera de derechos del hijo vulnerados ante esa conducta paterna, el obrar contrario a Derecho resulta a todas luces evidente.

(61) Puede verse nuestro tratamiento in extenso del tema en: Schiro, María Victoria, Responsabilidad por daños intrafamiliar. Hacia una armonización de los remedios propios del derecho de familia y la aplicación del sistema de responsabilidad a los daños causados entre familiares, Tesis de Doctorado en Derecho (Facultad de Derecho, UNR) en proceso de revisión para su publicación, Editorial La Ley.

(62) Cámara Nacional Civil, Sala H, autos G., C. A. c. L. F. A. G. y otro, 03/10/2007, elDial.com.

Ahora bien, cuando el hijo sufre un menoscabo que puede atribuirse a la actuación de los padres en clara inobservancia de los deberes que hacen al contenido de la responsabilidad parental, el daño es atribuible a los progenitores. La intervención en el ejercicio del rol parental que implica la atribución del daño sin sujeción al dolo o culpa grave o estándar privilegiado de actuación que limite su responsabilidad, se halla justificada, puesto que "*El Estado, en sus diferentes estamentos, no puede obviar la situación de las personas en estado de vulnerabilidad*" (63). Los niños, a más de la vulnerabilidad antropológica (64) ínsita en la naturaleza humana, pueden estar más expuestos a la denominada vulnerabilidad social. La dañosidad en el seno de la relación paterno filial, coloca al niño en lo que se denominan "*espacios de vulnerabilidad*" (65), que comportan climas o condiciones desfavorables, que los exponen a mayores riesgos de sufrir un menoscabo. Precisamente en razón de la indefensión en que el hijo está sumido, es que se requiere de acciones positivas para la efectiva vigencia del paradigma constitucional tuitivo, que en el particular género de supuestos de daños causados por los padres a sus hijos, implica intervención a fin de reducir los espacios de vulnerabilidad, y devolver al niño a su estadio de ser meramente vulnerable, pero socialmente protegido (66). La protección del hijo contra los demás, se actualiza a través de los remedios que brinda la responsabilidad por daños.

En el marco de la responsabilidad intrafamiliar, en el sentido que nosotros le brindamos, media en todos los casos la vulneración de derechos

(63) LLOVERAS, Nora - SALOMÓN, Marcelo; El derecho de familia desde la constitución nacional, Op. cit., p. 455.

(64) FEITO, L.; Vulnerabilidad, en "Anales del Sistema Sanitario de Navarra", Volumen 30, Suplemento 3, 2007, p. 7 y sigs. En su trabajo alude a la vulnerabilidad antropológica y la social. Respecto de la primera, afirma entre otras cosas, que "La vulnerabilidad tiene que ver, pues, con la posibilidad de sufrir, con la enfermedad, con el dolor, con la fragilidad, con la limitación, con la finitud y con la muerte. Principalmente con esta última, tanto en sentido literal como metafórico. Es la posibilidad de nuestra extinción, biológica o biográfica, lo que nos amenaza y, por tanto, lo que nos hace frágiles..."

(65) Op. cit.

(66) Sobre el concepto de vulnerabilidad y susceptibilidad que desarrolla Kottow, puede verse: KOTTOW, Miguel; Vulnerabilidad, susceptibilidades y bioética, "Jurisprudencia Argentina" 2003-III-955.

subjetivos de orden extrapatrimonial de carácter familiar, vinculados al estado de familia. Ello puede ocasionar, o bien daños de naturaleza patrimonial (nuestro punto de partida siempre radica en la pregunta acerca de si la vulneración de esos derechos funciones puede acarrear o no daño moral, o en su caso, daño material), o daños no patrimoniales o morales.

Así, quienes postulan la admisibilidad del daño moral en los casos de incumplimientos alimentarios, entienden que deben estimarse las consecuencias a raíz de las privaciones sufridas. Pero al momento de mensurar el perjuicio sufrido, Minyersky entiende que “... *justamente por la naturaleza especial de ese derecho y por los efectos que acarrea, consideramos que se trata de un supuesto donde aparece justificada la concurrencia del aspecto punitivo o ejemplificador, en especial, del daño moral*” (67). Funda su posición en que el quebrantamiento del deber jurídico supone por sí mismo la violación de principios éticos y morales que hacen a la supervivencia de la familia, y hasta podríamos decir de la sociedad misma (68). Por las razones antedichas, en torno a la finalidad que estaría cumpliendo en este marco la irrupción de la responsabilidad civil, es que no podemos compartir un criterio sancionatorio al momento de cuantificar. Será la intensidad del agravio sufrido por el hijo a raíz de las privaciones materiales y carencias afectivas que la inobservancia del contenido de la responsabilidad parental le haya acarreado. Así, encontramos que tal criterio ha sido receptado en la jurisprudencia, en un decisorio de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín del 15 de diciembre del año 2011 (69). Allí se acoge el reclamo indemnizatorio por daño moral, que dos hijas incoan contra su padre, ante la inobservancia por parte de éste del deber alimentario. El juzgador entiende que tal menoscabo surge *in re ipsa*, asumiendo que deben computarse para su cuantificación “parámetros que lo dimensionan en su entidad objetiva, tales como las circunstancias personales de las damni-

ficadas y quien lo produjo, las razones invocadas y los indicios que adicionalmente se aportaron para demostrar su relación (incrementando o disminuyéndolo) con el que razonablemente podría haberse configurado conforme al curso normal y ordinario de las cosas, su perduración en el tiempo, la realidad económica, su incidencia en las distintas esferas o ámbitos de la personalidad, etc. (ver Pizarro obra citada p. 340 y ss, 568). Debe asimismo tenerse presente que el mismo no es el medio para reparar las frustraciones o desilusiones de una mala relación paterno-filial, cuyas consecuencias aunque psicológicamente y moralmente importantes no incursionan en la responsabilidad civil” (70).

Ahora bien, la ciencia jurídica de nuestros días ha esgrimido la posibilidad de reclamar el daño patrimonial que deriva del incumplimiento del deber alimentario que hace al contenido de la responsabilidad parental. Quienes propugnan una favorable acogida a la solución indemnizatoria, entienden que “*El daño material deberá ser subsanado; en el caso del niño se computará la privación de elementos que le hubieren permitido una mejor asistencia y desarrollo en todos los aspectos y se regirá por los principios generales de la responsabilidad*” (71).

Deteniéndonos en este último fundamento, podemos advertir que en realidad nos hallamos frente a un supuesto de pérdida de chances. Si compartimos que la privación de la posibilidad de obtención de beneficios económicos cuando ésta es ocasionada por la omisión paterna de reconocimiento, esto es, la privación de haber tenido una vida sujeta a menores restricciones económicas, da lugar a una indemnización de los daños materiales enrolados en el rubro “pérdida de chance”, estamos ante el mismo supuesto de hecho. La diferencia radica en que, ante el incumplimiento del deber alimentario, nos hallamos con un hijo emplazado en el estado de familia, y con un padre o madre renuentes a cumplir un deber derivado de la responsabilidad parental. En el caso de la omisión paterna de reconocimiento, la privación de las posibilidades de un mejor acceso a la educación, salud, cultura, etc. es la misma, con

(67) MINYERSKY, Nelly, Daños y perjuicios: incumplimiento alimentario y obstrucción al régimen de comunicación entre padres e hijos. Op. cit., p. 64.

(68) Op. cit.

(69) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, autos Fernández María Cristina c. Lanza Juan Carlos y otro/a s/ daños y perjuicios, del 15/12/2011. <http://www.infojus.gov.ar/archivo.php?archivo=lanza.pdf>.

(70) Fallo citado.

(71) MINYERSKY, Nelly, Daños y perjuicios: incumplimiento alimentario y obstrucción al Régimen de Comunicación entre Padres e Hijos. Op. cit.

el agravante de que el emplazamiento se hallaba ausente, y por ende mayores eran los obstáculos para el acceso a la misma. Respecto del daño material por la privación de las posibilidades derivadas de una mejor situación económica, la situación es análoga en ambos supuestos.

La pregunta central y corolario de lo expuesto es ¿Cabrán entonces condenar al padre que resiste pagar alimentos a abonar un monto indemnizatorio, si ni siquiera ocurre a satisfacer las necesidades básicas de su hijo a través de una cuota alimentaria, que en todos los casos luce más exigua que una indemnización? ¿O el acogimiento y auspicio de tales reclamaciones tendrá finalidades diversas a la sanción, o la disuasión del padre? Entendemos que la discusión debe transitar estos carriles. La vulneración de intereses tanto patrimoniales como extrapatrimoniales, ligados a la observancia del contenido de la responsabilidad parental, que implican el abandono que se hace de los hijos, sea cuando se los deja de alimentar, sea cuando se produce un desentendimiento de la suerte del hijo, sin coadyuvar a la asistencia que merece ya no en la faz material sino espiritual, hacen que devenga inexorable la posibilidad del hijo de incoar tales reclamos indemnizatorios. La afirmación de que “*hay demasiadas opciones, y todas inefectivas*”, si bien las estadísticas en el mundo nos hacen rendir ante la evidencia de su verdad, olvida que con sólo efectuar un somero repaso de todos los remedios pensados desde la norma para conjurar los efectos de la inobservancia paterna/materna, veremos que la finalidad sancionatoria posee primacía absoluta en la mayor parte de ellas. La función resarcitoria que cumple la responsabilidad civil, vuelca su mirada hacia la víctima del daño, para quien una pena de prisión o la inscripción en un registro de deudores morosos del alimentante, implican desesperados intentos de disuadir al deudor, esperándose que, temeroso de un castigo, no vuelva a incurrir en tal conducta. La intención es devolver la consideración del más vulnerable al principio. Esa labor, incluso pedagógica, la cumple la responsabilidad. De modo que el recurso a los remedios propios de la responsabilidad por daños se impone, al hallarse ausente la respuesta reparadora en el marco del derecho de familia. Si los daños, tanto extrapatrimoniales como patrimoniales, se hallan en adecuada relación de causalidad con tal conducta, serán entonces resarcibles.

V. Reflexiones finales

Los diferentes cauces por los que transita la obligación alimentaria, nos hacen reflexionar sobre cada uno de los integrantes de la comunidad familiar, introduciéndonos constantemente ante la posible dualidad que se esboza entre la satisfacción del interés familiar y/o el interés individual, ya que “...*la construcción de cada persona varía en relación con otras personas, el espacio, el tiempo y la materia...*” (72). El dato central de las relaciones familiares de la posmodernidad es la “democratización” (73), prevaleciendo las relaciones de coordinación por sobre las de subordinación —mayor autonomía y menor autoridad—, la ejemplaridad por sobre el plan de gobierno en marcha (74), no obstante lo cual, en materia alimentaria cuya fuente es la disposición legal basada en la responsabilidad parental, subyace su indisponibilidad por prevalecer el principio de solidaridad como cauce del orden público familiar.

En las líneas que nos precedieron, se puede contemplar, que la niñez y adolescencia se encuentra inmersa en complejos de mayor vulnerabilidad, ante el incumplimiento de la prestación alimentaria, visibilizándose que la dañosidad en los contextos de las relaciones paterno filiales, sitúa a la infancia en espacios de mayor fragilidad, que comportan climas o condiciones desfavorables, exponiéndolos a mayores riesgos. Ello hace emerger como posible el recurso a la herramienta resarcitoria, que torna en su respuesta la mirada hacia la parte más vulnerable. ♦

(72) CIURO CALDANI, Miguel Angel, ¿Convertirse en persona?, Revista de Familia y de la Persona, N° I, Buenos Aires, La Ley, 2010, p. 202.

(73) MIZRAHI, Mauricio L., Familia, Matrimonio y Divorcio, Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 3.

(74) “Dada la constitución de la familia tradicional mediante vínculos ‘yo-tú’ en un ‘nosotros’ organicista con denominadores comunes fuertes, había un carácter más aristocrático. En cambio, hoy con un ‘yo-tú’ en un “nosotros” más débil y más pactista, con denominadores comunes menos fuertes, se advierte la importancia de la legitimación al menos en gran parte autónoma”, CIURO CALDANI, Miguel Ángel, Los pronombres personales y el derecho de familia (nuevos aportes a la Filosofía del Derecho de Familia), en “La familia en el nuevo derecho”, dirigido por Kemelmajer de Carlucci, Aída, T. I, Buenos Aires, Rubinzal Culzoni, 2009, p. 72.

Nuevas medidas contra la violencia de género y doméstica en Italia. Aportes desde el Derecho Comparado

POR GABRIELA YUBA

Sumario: I. Introducción. II. Sobre la Convención del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (“Convención de Estambul”). III. Sobre el Decreto ley italiano del 14/08/2013 nro. 93. IV. Reflexión final.

I. Introducción

La lucha contra la violencia de género, contra la violencia doméstica y la defensa de los derechos de las mujeres, garantizando el principio de igualdad y no discriminación, son temas que no reconocen fronteras.

Los organismos y tribunales internacionales, no son indiferentes al flagelo de la violencia de género y violencia doméstica, donde la asistencia y atención de las víctimas, en cuanto sujetos de derechos adquiere relevancia, junto con el tratamiento de la prevención, protección y enjuiciamiento respecto de hechos violentos (1).

Los Estados por su parte, despliegan en sus agendas políticas, medidas de acción positivas tendientes a garantizar los derechos de las mujeres frente a esta problemática de aristas complejas y con consecuencias devastadoras para las víctimas.

Tal es el caso de Italia. En junio del 2013, el Parlamento Italiano ratificó la *Convención del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la vio-*

lencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conocida como “*Convención de Estambul*” (2).

Asimismo, recientemente el gobierno italiano ha dictado un decreto- ley disponiendo medidas urgentes sobre la violencia de género y violencia doméstica (3) (4).

Este último decreto-ley ha tomado en cuenta los postulados y principios de la Convención de Estambul.

II. Sobre la Convención del Consejo de Europa sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica (“Convención de Estambul”)

El Consejo de Europa, conciente de la necesidad de establecer normas mundiales para prevenir y combatir la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, conformó un grupo de expertos para abordar dicha problemática (2008).

Finalizado el proyecto en diciembre de 2010, la “Convención sobre la prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y violencia doméstica” (Convención de Estambul), fue aprobada por

(1) Resulta interesante la lectura del artículo La mujer en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, publicado en RDF 2013-III, 267. Editorial Abeledo Perrot. También ver fichas de jurisprudencia temática sobre violencia doméstica: *Kontrovà c. Slovaquie* (31 mai 2007); *Bevacqua et S. c. Bulgarie* (12 juin 2008); *Branko Tomašić et autres c. Croatie* (15 janvier 2009); *Opuz c. Turquie* (9 juin 2009); *E.S. et autres c. Slovaquie* (requête no 8227/04) -15 septembre 2009-. Fuente: http://www.echr.coe.int/Documents/FS_Violence_Woman_FRA.pdf Fecha de consulta: 28/8/2013.

(2) http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/default_fr.asp Fecha de consulta: 26/8/2013.

(3) Fuente: <http://www.governo.it/Governo/ConsiglioMinistri/dettaglio.asp?d=72539> Consejo de Ministros nro. 19. Fecha de consulta: 26/8/2013.

(4) Decreto-Ley 14 de agosto 2013, n. 93. Medidas urgentes en materia de seguridad y de lucha contra la violencia de género, así como “en el campo de la protección civil y el comisionado de las provincias. (13G00141). (DO. N° 191 de 08/16/2013).

el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 7 de abril de 2011. En la actualidad sólo ha sido ratificada por los siguientes países: Montenegro, Albania, Turquía, Portugal e Italia. Recientemente, el Parlamento austríaco ratificó la Convención el 18 de julio de 2013 (5).

La “Convención de Estambul” (6), toma en consideración que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación. De tal manera, los Estados son responsables si no toman las medidas pertinentes para garantizar los derechos de las mujeres y brindar la protección y asistencia necesaria ante la vulneración de los mismos, recomendando el Consejo de Europa que dichas acciones sean extendidas a otros grupos vulnerables, tales como los *niños y ancianos* que sufren violencia dentro del ámbito familiar.

El Consejo de Europa considera que la Convención de Estambul es el primer tratado internacional que contiene una definición de género.

La Convención de Estambul consta de un Preámbulo, 81 artículos divididos en 12 capítulos y un Anexo.

Son objetivos (7) de la Convención:

a) Proteger a las mujeres contra toda forma de violencia, prevenir, perseguir y eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

b) Contribuir a la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres y de promover la igualdad real entre mujeres y hombres, incluyendo la autonomía de las mujeres.

c) Concebir dentro del contexto global las políticas y medidas de protección y asistencia de todas las víctimas de violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

d) Promover la cooperación internacional tendiente a eliminar la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

e) Ayudar y asistir a las organizaciones y fuerzas de seguridad para cooperar de manera efectiva, con un enfoque integral, con miras a la eliminación de la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica.

El artículo 3º por su parte, contiene definiciones sobre “violencia contra las mujeres”; “violencia doméstica”; “género”; “violencia contra las mujeres en razón del género”; “víctima” y “mujer”.

Así, conforme la Convención:

a) *Por “violencia contra las mujeres: se entiende una violación de los derechos humanos y una forma de discriminación contra las mujeres, y designará todos los actos de violencia basados en el género que implican o pueden implicar para las mujeres daños o sufrimientos de naturaleza física, sexual, psicológica o económica, incluidas las amenazas de realizar dichos actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, en la vida pública o privada;*

b) *por “violencia doméstica” se entenderán todos los actos de violencia física, sexual, psicológica o económica que se producen en la familia o en el hogar o entre cónyuges o parejas de hecho antiguos o actuales, independientemente de que el autor del delito comparta o haya compartido el mismo domicilio que la víctima;*

c) *por “género” se entenderán los papeles, comportamientos, actividades y atribuciones socialmente construidos que una sociedad concreta considera propios de mujeres o de hombres;*

d) *por “violencia contra las mujeres por razones de género” se entenderá toda violencia contra una mujer porque es una mujer o que afecte a las mujeres de manera desproporcionada;*

e) *por “víctima” se entenderá toda persona física que esté sometida a los comportamientos especificados en los apartados a y b;*

f) *el término “mujer” incluye a las niñas menores de 18 años (8).*

(5) Conforme el art. 75 inc. 3 de la Convención de Estambul, la misma entrará en vigor una vez expirado los plazos previstos en la norma, a partir de la fecha en que 10 signatarios, de los cuales al menos 8 sean Estados miembros del Consejo de Europa, hayan prestado su consentimiento para quedar vinculados por la Convención.

(6) Abierta a la firma el 11 de mayo de 2011 en ocasión de la 121ª Sesión del Comité de Ministros en Estambul.

(7) Art. 1º. Convención de Estambul. Fuente: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/default_FR.asp?www.coe.int/conventionviolence Fecha de consulta: 26/7/2013.

(8) Art. 3º. Convención de Estambul. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/convention-violence/default_FR.asp?www.coe.int/conventionviolence Fecha de consulta: 26/7/2013.

Se considera fundamental el respeto y garantía del principio de no discriminación y de igualdad.

Otro dato importante respecto de la Convención, es que dispone que los Estados partes deben tomar las medidas legislativas y necesarias vinculadas con la indemnización de las víctimas, consecuencias civiles de matrimonios forzosos, violencia psicológica, acoso, violencia física, violencia sexual (incluida la violación), matrimonios forzosos, mutilaciones genitales femeninas, aborto y esterilización forzosas, acoso sexual (arts. 30 a 40).

Constituye la Convención de Estambul un instrumento que sienta principios fundamentales, desde el ámbito internacional, para hacer frente a la violencia contra la mujer y violencia doméstica, consideradas como una grave violación a los derechos humanos, orientando las acciones de los Estados partes en materia de prevención, protección, enjuiciamiento y control (para velar por el cumplimiento de la misma).

III. Sobre el Decreto ley italiano del 14/08/2013 nro. 93 (9)

Teniendo en cuenta los principios de la Convención de Estambul ratificada por Italia (10), el Gobierno Italiano, dictó un decreto ley sobre medidas urgentes en materia de violencia de género y violencia doméstica.

Esto, habida cuenta (según refiere dicho decreto ley) de los distintos acontecimientos de violencia contra la mujer y su impacto en la sociedad, debiendo en consecuencia adoptar medidas urgentes tendientes a reforzar las acciones a través de sanciones disuasorias, medidas de prevención, protegiendo a las mujeres y víctimas de violencia doméstica.

(9) A propuesta del Consejo de Ministros nro. 19 del Gobierno Italiano. <http://www.governo.it/Governo/ConsiglioMinistri/dettaglio.asp?d=72539> Fecha de consulta: 26/8/2013.

(10) *Violenza sulle donne: la Convenzione di Istanbul è legge*. Legge 27.06.2013 n° 77, G.U. 01.07.2013. LEGGE 27 giugno 2013, n. 77. Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla prevenzione e la lotta contro la violenza nei confronti delle donne e la violenza domestica, fatta a Istanbul l'11 maggio 2011. (13G00122). (GU n. 152 del 1-7-2013). Entrada en vigor: 02/07/2013. <http://www.normattiva.it/ricerca/semplice> Fecha de consulta: 27/8/2013.

El Decreto ley nro. 93 sobre medidas urgentes, consta de 13 artículos divididos en cuatro capítulos que tratan los siguientes temas:

Capítulo I: La prevención y lucha contra la violencia de género (arts. 1° a 5°).

Capítulo II: Normas de seguridad para el desarrollo, para mantener el orden y la seguridad pública y la prevención y la lucha contra los fenómenos particulares de la alarma social (arts. 6° a 9°).

Capítulo III: Las normas en el ámbito de la protección civil (arts. 10 y 11).

Capítulo IV: Las normas sobre la gestión de las provincias comisarial (arts. 12 y 13).

Abordaremos el Capítulo I, destacando los puntos principales del mismo.

III.1) Capítulo I del Decreto ley nro. 93: "La prevención y la lucha contra la violencia de género"(11).

Desde el Gobierno italiano, se considera pertinente, trabajar en la problemática de la violencia contra las mujeres y violencia doméstica con un enfoque integral, garantizando la protección también a personas vulnerables, como niños y ancianos, víctimas de violencia doméstica.

El Capítulo I contiene normas sobre abuso, asalto sexual y acoso; enmiendas al código de procedimiento penal; medidas preventivas para la violencia doméstica; protección para las víctimas extranjeras de violencia doméstica y un Plan de acción extraordinario contra la violencia sexual y de género.

Señalamos los siguientes puntos relevantes:

- Se agravan las penas: a) cuando el delito de maltrato en la familia se haya cometido en presencia de menores de 18 años; b) cuando el delito de violencia sexual se consuma contra mujer embarazada; c) cuando el hecho es contra el cónyuge, incluso divorciado o separado, o su pareja o aun cuando esté unido a un afecto sin necesidad de convivencia.

- Otro grupo de medidas, se refiere al acoso (stalking). Se amplía el alcance de las circunstancias agravantes que se extienden a los actos cometidos por el cónyuge, como también los actos

(11) <http://www.normattiva.it/ricerca/semplice> Fecha de consulta: 27/8/2013. Sobre "violencia di genere".

perpetrados por cualquier persona por medios informáticos, o instrumentos electrónicos.

- Irrevocabilidad de la querrela por delitos de actos persecutorios, estando incluido el arresto obligatorio.

- Asistencia jurídica gratuita a las víctimas, sin excepción de ingresos (12).

- Se prevén medidas vinculadas al abuso en la familia.

- Se garantiza la información continua a las partes perjudicadas, para llevar a cabo las acciones penales correspondientes.

- Se amplía la posibilidad de tomar testimonios protegidos, cuando la víctima es un menor o persona adulta que se encuentre en situación de vulnerabilidad.

- Se extiende a los delitos de violencia o abuso contra miembros de la familia y convivientes el abanico de posibilidad de detención en flagrante delito.

- En caso de que la policía tomara conocimiento de una infracción del art. 582 CPenal o en un caso de violencia doméstica, puede (incluso en ausencia de demanda) (13) proceder a tomar la información necesaria de la investigación y oír a la gente informada de los hechos.

- Medidas cautelares que pueden solicitarse: prohibición del sospechoso de permanecer en el hogar de la familia; prohibición de acercamiento hacia la víctima; suspensión de la licencia de conducir de uno a tres meses (se tendrá en cuenta la situación económica de la familia) (14).

- A los efectos del art. 3º del Decreto Ley nro. 93, *“... son todos los actos de violencia doméstica, la violencia física no episódica, eventos sexuales, psicológicos o económicos que se producen dentro de la familia o de la familia o entre los cónyuges o personas actuales o anteriores unidas por relación de afectividad actual o pasado, sin importar el hecho de que el autor de estos actos comparte ni han compartido el mismo domicilio que la víctima...”*.

(12) En este punto, se cumple con la Convención de Estambul sobre el tema.

(13) Art. 3º Decreto Ley nro. 93.

(14) Art. 3.2.

- Se elaborará (a través del Ministerio del Interior) anualmente un análisis criminológico sobre la violencia de género.

- Protección a víctimas extranjeras de violencia doméstica. En este caso, cuando se detectan situaciones de violencia o de abuso hacia una extranjera, frente a un peligro real, que atenta su seguridad, el superintendente (a propuesta del fiscal o con aprobación de la autoridad), emitirá un *permiso de residencia*.

- Puesta en marcha de un Plan de Acción contra la violencia sexual y de género. El mismo tiene como objetivos: prevenir el fenómeno de la violencia contra las mujeres, a través de información y sensibilización de la comunidad y fortalecimiento de la conciencia de los hombres y niños en el proceso de eliminación de la violencia contra la mujer; promover la educación y relación de la violencia y discriminación de género en los planes de estudios; fortalecimiento de redes de apoyo para asistencia a las mujeres víctimas; capacitación profesional en la materia vinculada con las cuestiones de violencia de género; promover el trabajo interinstitucional e integrado; recolección de datos sobre la violencia de género.

IV. Reflexión final

Advertimos, desde el Derecho Comparado, cómo las legislaciones de los distintos países (en este caso Italia) se van adaptando a fin de lograr hacer efectiva la protección y garantía de los derechos de las mujeres, incorporando la perspectiva de género incluso, en el ámbito regional (Convención de Estambul).

Esta perspectiva de género, es la que permite tomar conciencia de la necesidad de medidas puntuales frente a situaciones de violencia que padecen las mujeres, a fin de tratar no solamente la prevención, sino la protección concreta y el enjuiciamiento de aquellos agresores, permitiendo un acceso a la justicia sin discriminación y en un pie de igualdad.

Se requieren pues, de acciones políticas tendientes a tornar efectiva esa garantía del respeto del derecho de la mujer a vivir sin violencia, promoviendo una concientización y sensibilización en toda la sociedad.

Un paso más, hacia la igualdad y no discriminación, en pos de la defensa de los derechos humanos fundamentales. ♦

.....
Familia / Comentarios Jurisprudenciales
.....

DIVORCIO

Por presentación conjunta. Desistimiento del proceso. Rechazo. Falta de aquiescencia del demandado.

***Hechos:** Luego de que se dictara sentencia de divorcio vincular por presentación conjunta, pero antes de que adquiriera firmeza, la cónyuge desistió del proceso y solicitó su archivo. La sentencia admitió el desistimiento. La Cámara la revocó.*

El desistimiento de la acción de divorcio vincular por presentación conjunta, formulado luego de que se dictara sentencia pero antes de que adquiriera firmeza, debe rechazarse, si no existió aquiescencia del restante cónyuge, pues rige respecto de los cónyuges el principio de bilateralidad del desistimiento, sin que ninguno de ellos pueda a su arbitrio abdicar o

disponer del proceso que es indivisible respecto de los dos.

CNCiv., sala F, 28/08/2013. - V., C. G. c. T. S., F. de C. s/ divorcio art. 214 inc. 2do. Código Civil.

[Cita on line: AR/JUR/76836/2013]



COSTAS

A la parte vencida.

2ª Instancia. — Buenos Aires, 28 de agosto de 2013.

Y Vistos; Y Considerando:

Vienen estos autos a conocimiento del Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el cónyuge contra el pronunciamiento de fs. 39, en el cual la Sra. Juez de grado hace lugar al desistimiento

Desistimiento en la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse

POR **RAMIRO G. FLORES LEVALLE**

Indica el artículo 304 del Código Procesal que *“... En cualquier estado de la causa anterior a la sentencia, las partes, de común acuerdo, podrán desistir del proceso manifestándolo por escrito al juez quien, sin más trámite, lo declarará extinguido y ordenará el archivo de las actuaciones. Cuando el actor desistiera del proceso después de notificada la demanda, deberá requerirse la conformidad del demandado, a quien se dará traslado notificándose personalmente o por cédula, bajo apercibimiento de tenerlo por conforme en caso de silencio. Si mediare oposición, el desistimiento carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa...”*

De tal modo, el desistimiento del proceso es el acto procesal en virtud del cual la parte mani-

fiesta expresamente el propósito de no continuar el proceso, siendo su efecto el abandono de lo hecho y de la posición asumida en el trámite que concluye, con abstracción de las razones que lo hayan impulsado (1).

El mismo podrá ser formulado en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia, lo que implica que no podrá hacerse después que el fallo adquirió firmeza, por ambas partes y de común acuerdo, manifestándolo por escrito al juez, quien, sin más trámite, lo declarará extinguido y ordenará el archivo de las actuaciones.

También podrá realizarse por una sola de las partes, como reza la norma transcripta, pero cuando el actor lo formulara después de notificada la demanda deberá requerirse la conformidad del demandado, a quien se dará traslado de dicha presentación notificándose personalmente o por cédula, bajo apercibimiento de tenerlo por

(1) KIELMANOVICH, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, coment. art. 304, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013; íd. Cám. Nac. Civ., sala D, 7/10/1980, “Camperchioli, Rodolfo y otra”, LA LEY, 1981-B, 558 (35.883-S).

de la acción y da por finalizado el proceso de divorcio. Presenta el memorial a fs. 49/63, cuyo traslado fue contestado a fs. 65/68. El Fiscal de Cámara dictamina a fs. 72/73 propiciando la revocatoria.

Cuando los agravios articulados pueden ser reparados por vía de apelación no resulta admisible el recurso de nulidad (RIVAS, Adolfo A., "Tratado de los recursos ordinarios", T.2, p. 692. Ed. Abaco. Buenos Aires, 1991; MORELLO-SOSA-BERIZONCE Códigos Procesales..., T. III, p. 258/9, coment. art. 253, parágrafo III, I. Ed. Lib. Edit. Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988 y sus citas). De allí, que habrá de desestimarse la nulidad deducida, debiéndose tratar los agravios esgrimidos.

Las partes en este proceso realizaron una presentación conjunta solicitando el divorcio por encontrarse separados de hecho sin voluntad de unirse desde hacía más de tres años (arts. 204 y 214 inc. 2do. del CPCCN).

A fs. 33 se dicta sentencia, haciendo lugar a la demanda y decreta el divorcio vincular de C. G. V. y F. del C. T. S. en los términos del art. 214 inc. 2do. del Cód. Civil.

conforme en caso de silencio; y que, de mediar oposición, el mismo carecerá de eficacia y proseguirá el trámite de la causa.

No obstante ello, el Código Civil, como norma de fondo, ha previsto en el caso del divorcio por presentación conjunta un supuesto particular de desistimiento al disponer en el art. 236 que si los *cónyuges*—o cualquiera de ellos—no comparecen personalmente a la primera audiencia prevista por dicha norma "*... el pedido no tendrá efecto alguno...*".

Desde ya, y dado el carácter imperativo de la norma, igual sanción acarreará la incomparecencia de una o de ambas partes a la segunda audiencia, lo que para la doctrina importaría en todos los casos un desistimiento tácito, que tampoco impediría el expreso, es decir, que cualquier de las partes, luego de la presentación, antes de la primera audiencia, luego de ella, o aún en la segunda, desistieran expresamente del proceso, soportando desde ya las costas que irrogue el mismo, por aplicación de lo que dispone el art. 73 del Código Procesal (2), y resaltando que en todos los casos, dicho desistimiento importará privar de eficacia a los acuerdos contenidos en la presentación

(2) "... Si el proceso se extinguiere por desistimiento, las costas serán a cargo de quien desiste..."

Declara disuelta la sociedad conyugal y homologa el acuerdo celebrado por las partes en el escrito de inicio.

Antes de adquirir firmeza la sentencia, la *cónyuge*, desiste del presente proceso y solicita su archivo. La juez de grado hace lugar a lo solicitado.

Si bien el fallo plenario citado en el pronunciamiento apelado (M.V c/ Y.F.J.A., del 30 de agosto de 1985) no es aplicable al caso de autos, pues fue dictado para el juicio de divorcio previsto en el art. 67 bis de la ley 2.393; si corresponde tener en cuenta a los fines de decidir la cuestión traída a estudio los fundamentos allí expuestos.

En efecto, las normas procesales que regulan el desistimiento del proceso (arts. 304 y ss.), lo hacen en el marco del proceso contencioso. El art. 304, en efecto, al prever en su párr. 2 el desistimiento del actor, después de notificada la demanda, exige que se requiera "la conformidad del demandado, a quien se dará traslado...". La misma norma añade que si mediare oposición del demandado, "el desistimiento carecerá de eficacia y

conjunta, sin perjuicio de su eficacia probatoria, incluyendo los de liquidación—tanto los presentados como los no presentados pero celebrados en ocasión de ella—, alimentos y visitas, sin perder de vista las dudas jurisprudenciales respecto de los dos últimos en este tipo de supuestos.

Sin embargo, ha sido conflictiva la procedencia del desistimiento formulado posteriormente a la segunda audiencia dispuesta por el citado artículo 236 del Código Civil, lo que permitido por el fallo plenario de la Cámara Civil del 31 de Marzo de 1980 (3), y bajo el imperio del art. art. 67 bis de la Ley 2393, fue dejado de lado contrariamente por igual plenario el 30 de Agosto de 1985 (4), referido incluso a la misma época normativa, lo que denotaba tal conflictividad respecto de la cuestión, y por supuesto, fallos plenarios sin eficacia actual, a partir del dictado de la Ley 26.853.

Ahora bien, el fallo en análisis decide acerca de las condiciones del desistimiento en la causal objetiva por separación de hecho sin voluntad de unirse, supuesto en el cual se deben conjugar las

(3) CNCiv., en pleno, "C.A. y otra", LA LEY, 1980-B, 251.

(4) CNCiv., en pleno, "M., V. C. y F., J. A.", LA LEY, 1985-D, 333; íd. SCBA, 10/08/05, "N., E. A. C. C., A. K."

proseguirá el trámite de la causa”. Se reconoce que el desistimiento es un acto procesal bilateral cuando la demanda ha sido ya notificada, pues, a partir de entonces, no sólo el actor sino también el demandado tiene interés en su prosecución. Como el desistimiento implica renuncia de la pretensión procesal -y no al derecho alegado como su fundamento- no basta la renuncia del actor, pues el demandado también ostenta una pretensión: que la demanda sea rechazada. De tal suerte ninguna de las partes puede disponer, por sí sola, de la renuncia de los actos del juicio (conf., Guasp, “Derecho Procesal Civil”, 2ª ed., Madrid, 1956, p. 569, citado por el Dr. Eduardo A. Zannoni en el fallo plenario citado precedentemente).

El proceso de divorcio por presentación conjunta siendo también un proceso voluntario, presenta una connotación singular: la petición no es divisible, pues atañe a la constitución del estado de divorciados o al emplazamiento en tal estado que es, naturalmente indivisible (conf., DÍAZ DE GUIJARRO, “Tratado de Derecho de Familia”, Bs. As., 1953, t. 1, n. 286; BELLUSCIO, “Derecho de Familia”, t. 1, p. 51; n. 20,

normas generales indicadas con las particulares reseñadas.

Como indica el mismo, las partes realizaron una *presentación conjunta* solicitando el divorcio por encontrarse separados de hecho sin voluntad de unirse desde hacía más de tres años (arts. 204 y 214 inc. 2º, Código Civil. Antes de adquirir firmeza la sentencia, la cónyuge desistió del proceso, y la Sra. Juez de grado hizo lugar a lo solicitado.

Apelada dicha resolución por el marido, la Sala hubo de admitir tal recurso, entendiéndose que el desistimiento debía ser bilateral cuando la demanda ha sido notificada -por lo que el desistimiento para gozar de eficacia debía contar con la voluntad del esposo-, todo ello por aplicación del citado artículo 304 del Código Procesal, como también por interpretar que la instancia había terminado con el dictado de la sentencia, por lo que consideró dicho desistimiento extemporáneo.

Sin embargo, no nos convence la doctrina que fluye del fallo bajo análisis. Es que para apreciar la validez del desistimiento unilateral no puede prescindirse de los principios sentados en el citado fallo plenario “M., V. C. y F., J. A.” (LL 1985-D-333), durante la vigencia del derogado artículo 67 bis de la ley 2393, doctrina que admitió que uno de

ZANNONI, “Derecho de Familia”, t. 1, p. 39, n. 19, c.). Se produce, entonces, una situación análoga a la de los litisconsortes necesarios quienes no pueden escindir el litisconsorcio, pues la legitimación procesal de cada uno de ellos es plena y sus facultades, dentro del proceso, son totales y no excluyentes (conf. C. Nac. Civ., sala E, 22/10/1970, ED 38-528; íd., sala B, 15/10/1971, ED 60-248). En ese entendimiento ambos cónyuges deberían desistir del proceso, o uno de ellos aceptar el desistimiento efectuado por el otro (conf. art. 304 CPCCN.). Dicho en otras palabras: rige respecto de ellos el principio de bilateralidad del desistimiento, sin que ninguno de ellos individualmente pueda, a su arbitrio, abdicar o disponer del proceso destinado a producir un pronunciamiento que interesa también al otro cónyuge, y que es indivisible respecto de los dos. (Fallo plenario citado precedentemente, fundamentos del Dr. Eduardo A. Zannoni).

De modo que el desistimiento del proceso, si bien es válido en cualquier estado de la causa anterior a la sentencia, cuando lo es después de notificada la demanda su eficacia está condicionada, entre otros requisitos de

los cónyuges pudiera desistir del juicio de divorcio antes de la realización de la segunda audiencia, criterio que, a contrario del fallo, resulta aplicable al trámite previsto por los artículos 215 y 236 del Código Civil, que por guardar esencial similitud reemplazan en sus efectos a la norma derogada.

Y así, “... *habrá que reconocer dicha posibilidad en este proceso, de características atípicas, en el cual, al no existir -en principio- etapas previas que cumplir con anterioridad al dictado de la sentencia y al no ser exigible la intervención judicial para apelar a la reflexión de las partes, el desistimiento bien puede ser el resultado de un nuevo examen acerca de la trascendencia del divorcio y de su conveniencia apreciada en función del interés perseguido al solicitarlo voluntariamente...*” (5).

Es que hasta el mismo fallo asimila el proceso de divorcio por presentación conjunta con el divorcio por separación de hecho sin voluntad de unirse, al indicar que los cónyuges habían realizado “... *una presentación conjunta...*” solicitando el divorcio por encontrarse separados de hecho, resaltando que la sentencia de divorcio en aquel proceso había homologado el acuerdo celebrado en el escrito

(5) C.N.Civ., Sala I, 08/04/1997, “P., M. E. c. D. P., V. A.”, LA LEY, 1997-D, 30.

forma, a la aquiescencia del demandado, circunstancia no acontecida en la especie, por lo que corresponde rechazar el desistimiento de la acción formulado.

A mayor abundamiento cabe destacar que de acuerdo a lo normado por el artículo 310 último párrafo del Cód. Procesal la instancia termina con el dictado de la sentencia. Esta previsión normativa ha sido producto de la reforma introducida por el artículo 2° de la ley 25.488, marcando un contraste con el texto modificado que —a diferencia del actual— no brindaba precisión acerca de la finalización de la instancia y daba lugar a divergencias de interpretación.

En el mismo sentido el art. 166 del Cód. Procesal (también reformado por la ley 25.488), establece que pronunciada la sentencia, concluirá la competencia del juez respecto del objeto del juicio y no podrá sustituirla o modificarla.

Como en la especie la sentencia ya había sido pronunciada no mucho es menester para concluir que el desistimiento efectuado resultó extemporáneo, pues una vez que la juez dictó la sentencia, rige el principio de irretroactividad. Ya no puede volver sobre el fondo o dicho de otro modo, pronunciarse sobre aspectos relativos a la decisión en sí misma porque, en tal sentido, ya que quedado agotada su jurisdicción. (HIGHTON-AREAN, Cód. Procesal, T. 3, p. 509).

En su mérito, y de conformidad con lo dictaminado por el Fiscal de Cámara a fs.72/73, SE RESUELVE: Revocar el pronunciamiento de fs. 39. En consecuencia, se rechaza el desistimiento de la acción formulado a fs. 38. Costas a la parte vencida. (art. 68 del CPCCN. Regístrese, notifíquese y a la Fiscalía de Cámara en su despacho. Oportunamente, devuélvase. — *Fernando Posse Saguier*. — *José Luis Galmarini*. — *Eduardo A. Zannoni*.

de inicio, acuerdos que en este orden de ideas sólo cabría admitir a la luz de lo que dispone el art. 236 del Código Civil para los primeros.

También merece especial reproche la categorización de contencioso al proceso de divorcio por separación de hecho para privarlo de la posibilidad del desistimiento unilateral.

Dicha concepción es utilizada para sostener que el artículo 304 del Código Procesal sólo se refiere a procesos contenciosos, esto es, de jurisdicción no voluntaria, por lo que tratándose de jurisdicción extracontenciosa -o voluntaria- nada impediría desistir de la petición, como en los procesos de divorcio por presentación conjunta.

Pero, entender al proceso de divorcio por separación de hecho como contencioso nos parece una afirmación dogmática, máxime cuando no se realizó reserva de inocencia, o no hubo de iniciarse por uno sólo de los cónyuges, sino por ambos, en una suerte de presentación conjunta, como es costumbre en nuestros tribunales.

Hoy claramente no existen diferencias consistentes en cuanto al tipo de proceso entre los divorcios por presentación conjunta y por separación de hecho: sólo se distinguen en la celebración de las dos audiencias; sostener lo contrario es negar la realidad de la costumbre judicial.

Es que vemos a diario que en los divorcio por separación de hecho, iniciados por los dos cónyuges, ambos se presentan conjuntamente —hasta el fallo lo admite— y celebran todo tipo de convenios, como lo permite el artículo 236 del Código Civil. En dichos casos no podemos hablar de actor y demandado, por lo que nadie puede apreciar racionalmente el atribuido carácter contradictorio o contencioso. Son claros procesos voluntarios en los cuales la diferencia con las presentaciones conjuntas justifican aún más la procedencia del desistimiento “... pues, al no existir en principio etapas previas que cumplir con anterioridad al dictado de la sentencia... el desistimiento bien puede ser el resultado de un nuevo examen acerca de la trascendencia del divorcio y de su conveniencia apreciada en función del interés perseguido al solicitarlo voluntariamente...”, como sí entendió el fallo citado de la Sala I.

Es más, ni siquiera los distingue el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial, constituyendo el divorcio incausado que propone una suerte de fusión entre ambos institutos, lo que reafirma su analogía.

Finalmente, y en cuanto a la finalización de la instancia con el dictado de la sentencia, lo que según el fallo impediría un desistimiento del proceso dictada la misma pero no firme ni notificada, violando presuntamente el artículo 166 del

Código Procesal. Sin embargo, ello no es tal, ya que esa norma dispone que concluye la competencia del Juez "... *respecto del objeto del juicio...*" y que no podrá sustituir o modificar la sentencia, lo que no implica que el desistimiento no pueda ser valorado, pues constituye un incidente, por tanto plenamente admisible aún después de la sentencia, como lo es el de nulidad por errores *in procedendo* dentro del plazo que contempla el artículo 170 del mismo Código.

Es que el desistimiento carece de eficacia cuando se formula después de que el fallo adquirió firmeza (6), lo que permite formularlo al encontrarse pendiente de notificación o el término

(6) Cám. 1ª Civ. y Com. La Plata, sala 2ª, 18/9/1990, "Torrico, Virgilio v. Bidart, Edgardo M. y otros", BA B150067;

para apelar o mientras es materia de recursos o agravios (7).

Lamentamos por tanto la decisión del fallo en análisis en donde priva de eficacia al desistimiento formulado por una parte, que en ejercicio de su libertad procesal, bien pudo entender inadecuada la decisión de haber actuado como lo hizo, y como violación de cualquier libertad personal, debe movernos a su reproche. ♦

Cám. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala 1ª, 21/8/1991, "Romero de Díaz, H. v. Mateu, Raúl s/ Daños y perjuicios", BA B251075.

(7) PALACIO, Lino E. — ALVARADO VELLOSO, A., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, t. VII, p. 29; íd. CNTrab., JA 1965-VI-505; CCivCom. 2ª de La Plata, sala 2, JA 1965-VI-33; CNCont. Adm. Fed., sala III, LA LEY, 1994-A, 101, CNCom., sala C, LA LEY, 144-153.

PRISIÓN DOMICILIARIA

Mujer embarazada privada de su libertad. Procedencia del beneficio.

Hechos: Una mujer embarazada que se encuentra privada de su libertad solicitó la concesión de la prisión preventiva en los términos del art. 32, inc. e, de la Ley 24.660. El Tribunal Oral la rechazó. La Cámara casó la sentencia y concedió el beneficio.

- 1.— La prisión domiciliaria solicitada por una mujer embarazada en los términos del art. 32, inc. e, de la Ley 24.660 debe ser concedida, pues se encuentran reunidas las exigencias legales y el propio personal de la unidad en la que está alojada se pronunció en sentido favorable, siendo improcedente ponderar en perjuicio de aquélla la ineficacia del Estado en relación a las

alegadas y conjeturales limitaciones de acceso al domicilio elegido para cumplir la medida.

- 2.— El arresto domiciliario solicitado por una mujer embarazada debe ser concedido, pues el contexto de nuestras cárceles no es el más adecuado para un niño en sus primeros momentos de vida (del voto de la Dra. Ledesma, según su voto en disidencia en “F., A. M.” —10/01/2013; LA LEY 2013-B, 185—, al cual remite).

CFCasación Penal, sala II, 20/09/2013. - A.C.F.d.M. s/ recurso de casación.

[Cita on line: AR/JUR/55718/2013]



CONTEXTO NORMATIVO DEL FALLO

Ley 26.472 (Adla, LXIX-A, 89)

Prisión preventiva para mujer embarazada

POR **MARÍA VIRGINIA DEYMONNAZ**

Sumario: I. Introducción. II. Análisis del fallo. III. Reflexiones finales

I. Introducción

Es reconocido que la privación de libertad encierra numerosas consecuencias no solo para aquella persona que la sufre sino también respecto de su familia (1) y/o entorno. En el caso puntual de las mujeres, además de sobrellevar los consecuencias propias de la privación de libertad, soportan otras específicas propias de

su pertenencia al género femenino (2); en otras palabras, esta pena tiene un impacto diferenciado que se vincula con el rol “social” que ellas desempeñan en la comunidad (3), en relación con las responsabilidades familiares y, en especial,

(2) “La definición clásica, de diccionario, es ‘Género es la clase a la que pertenecen las personas o las cosas’. ‘Genero se refiere a la clase, especie o tipo’. Como la anatomía ha sido una de las más importantes bases para la clasificación de las personas, tenemos dos géneros que corresponden a los machos y a las hembras de la especie: el masculino y el femenino”, LAMAS, Marta, La antropología feminista y la categoría “género”, en Nueva Antropología. Estudios sobre la mujer: problemas teóricos, núm. 30, Ludka de Gortari (coord.), CONACYT/UAM Iztapalapa, 1986, p. 185. En este sentido, “Se define el género como el conjunto de ideas, representaciones, prácticas y prescripciones sociales que desarrolla una cultura desde la diferencia anatómica entre los sexos para simbolizar y construir socialmente lo que es ‘propio de los varones’ (lo masculino) y lo que es ‘propio de las mujeres’ (lo femenino)”, BIRGIN, Haydée, Prólogo a Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal, Biblos, p. 11, supra nota 4.

(3) “La posición de la mujer no está determinada biológica sino culturalmente. El argumento biologicista queda expuesto: las mujeres ocupan tal lugar en la sociedad como consecuencia de su biología, ya que esta supone que serán -antes que nada- madres; la anatomía se vuelve el destino que marca y limita”, LAMAS, Marta, La antropología feminista y la categoría “género”, ob. cit., p. 184.

(1) Familia, entendida como “elemento natural y fundamental de la sociedad” (cfr. la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 16; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17; y el Protocolo de San Salvador, art. 15), motivo por el cual constituye un principio esencial del derecho internacional de los derechos humanos que merece la más amplia protección por parte de la comunidad internacional.



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Ver también. Entre otros: Cámara Federal de Casación Penal, Sala de feria, "F., A. M.", 10/01/2013, Sup. Penal 2013 (marzo), 37, LA LEY 2013-B, 185, JA 2013-I, JA 2013-03-27, 54, DJ 26/06/2013, 11, DPYC 2013 (julio), 152, AR/JUR/5/2013.



COSTAS

Sin costas.

2ª Instancia. — Buenos Aires, 20 de septiembre de 2013.

El señor juez doctor *Alejandro W. Slokar* dijo:

con la crianza y cuidado de hijos (maternidad) y de otros familiares (4).

El cumplimiento de este pretendido rol se desvirtúa frente a la privación de libertad de la mujer, cuyos efectos pueden resultar particularmente devastadores si ésta es la única o principal sostén familiar, al provocar el inevitable alejamiento de su grupo y, en ocasiones, al provocar la ruptura permanente del núcleo familiar. De esta forma, las consecuencias del encierro trascienden a la mujer y son sufridas tanto por ella cuanto por sus hijos y el resto de su familia.

En definitiva, frente a la privación de libertad de una mujer, numerosos derechos entran en juego; los derechos y garantías procesales en general y

(4) "Al dividir el mundo en público y privado, varón y hembra, masculino y femenino, y al identificarse con el mundo público, la ley relega a las mujeres el ámbito privado, considerado más allá de la ley y carente de defensa jurídica. Ratifica, así, las desigualdades propias de las relaciones entre los varones y las mujeres en el interior del ámbito sagrado del hogar (...) Su lugar tradicional [según sostiene Naffine] no es el terreno competitivo del derecho sino la esfera privada del hogar, donde atienden las necesidades domésticas y emocionales del marido, y asumen la responsabilidad por sus hijos (...)" KOHEN, Beatriz, *El feminismo jurídico en los países anglosajones: el debate actual*, en *El derecho en el género y el género en el derecho*, Haydee Birgin compiladora, Buenos Aires, Ed. Biblos, 2000, pp. 99/100.

— I —

1º) Que por decisión de fecha 7 de mayo de 2013, el Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de esta ciudad, en el marco de la causa n° 2.010 de su registro, resolvió —por mayoría— no hacer lugar al pedido de arresto domiciliario efectuado por la defensa de F. de M. A. C. (fs. 15/19).

Contra esa resolución, la defensa interpuso recurso de casación (fs. 28/38vta.), que fue concedido (fs. 39/vta.).

2º) Que el recurrente manifestó en primer lugar que: "...el objetivo que el legislador tuvo en mira ha sido delineado en función de garantizar el integral desarrollo del 'nasciturus' entendiéndolo como una pauta natural, que el contexto de encierro en prisión de su eventual progenitora no representa el más adecuado en pos de proveer condiciones aptas para su nacimiento posterior crecimiento, incluso una vez que se encuentre afuera del vientre materno".

los derechos de las mujeres y los derechos de los niños (5) en particular.

El fallo anotado radica en la solicitud del arresto domiciliario por parte de la defensa de la imputada quien, al momento de la interposición del recurso, se encontraba transitando la última etapa de embarazo.

Esta situación introduce, como se analizará a continuación, una serie de cuestiones y tensiones relacionadas con los derechos y garantías no sólo de la mujer privada de libertad sino, sobre todo, de su hijo (en este caso particular, del *nasciturus*).

II. Análisis del fallo

II.1. Hechos. Resolución del Tribunal Oral Criminal Federal (6)

Contra la resolución del Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2 de no hacer lugar al pedido

(5) BELOFF, Mary; DEYMONNAZ, Virginia; FREEDMAN Diego; HERRERA, Marisa; y TERRAGNI, Martiniano, *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2012.

(6) Tribunal Oral en lo Criminal Federal Nro. 2, Incidente de prisión domiciliaria de Álvarez Contreras Flor de María, en causa nro. 2010 "Aponte Arroyo, Gerardo y otro s/inf. Ley 23.737", Registro de interlocutorios nro. 3491, del 7/05/2013.

En ese orden, se agravó por entender que: "... lo resuelto por la mayoría del colegiado conduce a desnaturalizar el fin primordial del arresto domiciliario (...) El objetivo del arresto domiciliario apunta a mejorar las condiciones que resultan inherentes al encierro carcelario —que van mucho más allá de la mera condición sanitaria—, no a recomponer eventuales deficiencias o complicaciones que puedan surgir a raíz de la estadía en prisión".

Asimismo, destacó que: "...los mismos miembros de la Sección de Asistencia Social de la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal emitieron un dictamen por intermedio del cual propician la concesión del arresto domiciliario".

Afirmó luego que el Tribunal para sostener el riesgo social de la vivienda donde residiría la imputada se basó en sus propios dichos y que: "extrae un fragmento del informe que está sustentado en un hecho que la agencia penitenciaria no comprobó fácticamente, porque la constatación del emplazamiento estuvo a cargo de la comisaría con jurisdicción en la zona y el personal que

materializó la diligencia tampoco ha hecho ninguna clase de manifestación".

Al respecto, agregó que: "[l]a mayoría del Colegiado estima que el hecho de que el domicilio se encuentre en una 'presunta zona de riesgo' introduce un riesgo procesal que se pone en peligro la realización de la ley sustantiva y el desarrollo del contradictorio. Pero, [...] existe una innumerable cantidad de medidas alternativas que pueden garantizar que tal finalidad no se frustre...".

En suma, concluyó que: "[l]os argumentos que propician el rechazo de la medida de morigeración del encierro cautelar de A. C., tampoco tienen en cuenta un principio tan básico [...] como el de intrascendencia de la pena. La consecuencia inmediata que produce el rechazo del arresto domiciliario de [su] defendida arrastra una repercusión punitiva que se proyecta directamente sobre el no nato...".

Por ende; solicitó que se revoque la resolución en crisis y se le conceda a su pupila el arresto domiciliario.

de arresto domiciliario de la imputada quien se encontraba en la última etapa de embarazo, la defensa interpuso recurso de casación que fue oportunamente concedido (7).

La recurrente manifestó que lo resuelto por la mayoría del TOCF desnaturalizaba el fin del arresto domiciliario, toda vez que su objetivo apunta a mejorar las condiciones inherentes al encierro carcelario. Al resolver, el tribunal sostuvo que la concesión del beneficio de prisión domiciliaria es facultativa del juez, quien debe evaluar "diversas pautas tales como la existencia de riesgos procesales, la gravedad de los hechos imputados, las características del embarazo, lugar de cumplimiento del encierro, entre otras", toda vez que el "mero hecho de encontrarse encinta no resulta suficiente para que se haga

acreedora, automáticamente, de la medida en cuestión" (8).

Al respecto, la defensa de la imputada consideró que el objetivo del legislador ha sido el "garantizar el integral desarrollo del '*nasciturus*', entendiendo como pauta natural, que el contexto de encierro en prisión de su eventual progenitora no representa el más adecuado en pos de proveer condiciones aptas para su nacimiento posterior crecimiento, incluso una vez que se encuentre afuera del vientre materno". Por otro lado, destacó que el informe de la Sección de Asistencia Social de la Unidad 31 del Servicio Penitenciario Federal propiciaba la concesión del arresto domiciliario.

En relación con el argumento esgrimido por el TOCF al denegar el arresto domiciliario respecto de que el domicilio de la imputada "es de

(7) La Cámara Federal de Casación Penal, Sala II, concedió el recurso en el entendimiento de que la decisión recurrida es equiparable a definitiva. Además, "el art. 32 de la ley n° 24.660 (...) habría sido interpretado y aplicado de un modo inconciliable la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que el agravio ha sido presentado, prima facie, como una cuestión federal que impone su tratamiento por vía del recurso de casación en los términos de la doctrina sentada por la Corte Suprema (...)", del voto del Juez Slokar.

(8) Del voto de la mayoría, integrado por los Jueces Tassara y Gorini. Cabe señalar que, si bien el voto en disidencia coincidió en que la interpretación que debe regir respecto del art. 32 de la ley 24.660 es potestativa del juez, consideró que "la situación de gravidez de una mujer debe imponerse independientemente de situaciones tales como la evolución del embarazo, el buen estado de salud de la interesada y el cuidado profesional que recibe en la unidad donde se encuentra alojada" (del voto en disidencia del Juez Giménez Uriburu).

3°) Que a fs. 50 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 465 bis del CPPN, y de haber presentado breves notas de la defensa, que quedaron agregadas a fs. 49. En esas condiciones, las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas.

— II —

Que si bien la decisión recurrida no es ninguna de las enumeradas en el art. 457 del rito, el tribunal ha de conocer de la impugnación habida cuenta que, por sus efectos, debe considerarse equiparable a definitiva. Además, en el recurso se ha postulado que el art. 32 de la ley n° 24.660 — texto según ley n° 26.472— habría sido interpretado y aplicado de un modo inconciliable la Convención sobre los Derechos del Niño, por lo que el agravio ha sido presentado, prime facie, como una cuestión federal que impone su tratamiento por vía del recurso de casación en los términos de La doctrina sentada por la Corte Suprema en Fallos: 328:1108 (“Di Nunzio, Beatriz Herminia”), que ha erigido a esta Cámara como tribunal intermedio y la ha declarado “facultada para conocer previamente en todas las cues-

tion de naturaleza federal que intenten someterse a su revisión final, con prescindencia de obstáculos formales” (considerando 11).

Que, por lo demás, se ha invocado inobservancia de disposiciones procesales sancionadas con nulidad, en tanto se alega que la decisión recurrida no satisface las exigencias de motivación (art. 123 CPPN).

Que, liminarmente, cabe señalar que la prisión domiciliaria se solicita en virtud de lo establecido en el artículo 32 de la ley n° 24.660, habida cuenta que la imputada se encuentra en la última etapa de su embarazo.

Para dar adecuada solución al sub examine, interesa subrayar que el instituto cuya aplicación se postula ha sido regulado tanto en el Código Penal como en la ley n° 24.660 — texto según ley n° 26.472—. Así, un análisis detenido de la normativa en cuestión permite afirmar que no se vincula necesariamente con el régimen de progresividad establecido para a ejecución de las penas privativas de libertad, sino que importa una

difícil acceso revistiendo ciertos índices de riesgo social” (9), la defensa estimó que concurrían medidas alternativas tendientes a garantizar que la finalidad del instituto no se frustre (10).

Por lo demás, la defensa sostuvo que no se había tenido en consideración el principio de intrascendencia de la pena (extremo que sí fue considerado por el voto en disidencia (11)), toda vez que con la decisión ésta se proyectaba sobre el no nato.

II. 2. Análisis de los argumentos de la Cámara Federal de Casación Penal

a. Prisión domiciliaria de mujeres. Principio de trascendencia mínima de la pena

En su mayoría la delincuencia y encarcelamiento está relacionado con una desventaja económica

(9) Del voto de la mayoría.

(10) Al respecto, el voto en disidencia sostuvo que corresponde al Estado procurar la ejecución de las medidas necesarias para proceder al debido control del arresto.

(11) Al respecto, se sostuvo que “recurrir a esta modalidad de cumplimiento morigerado del encierro cautelar resulta armonioso con los principios de mínima trascendencia de la pena, de humanidad, de dignidad, de igualdad y no discriminación e interés superior del niño”; así como también, armoniosa, con la normativa internacional (del voto en disidencia).

y social; y, como se señaló al comienzo, específicamente en el caso de las mujeres esto tiene una connotación particular ya que muchas veces son el único o principal sostén familiar. Al respecto, resulta preciso diseñar nuevas estrategias y políticas criminales a fin de evitar los efectos de la privación de libertad y en resguardo de los derechos de familia; en otras palabras, deviene necesario que el Estado articule los medios necesarios tendientes a atenuar estos efectos.

La prisión domiciliaria es una de las medidas previstas en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) (12), cuya finalidad es reducir la aplicación de las penas privativas de la libertad, racionalizar la justicia penal, respetar los derechos humanos y realizar las exigencias de justicia social y de rehabilitación del condenado (13).

Puntualmente, las Reglas de la Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para mujeres

(12) Reglas de Tokio, adoptadas por la Asamblea General en su Res. 45/110, de 14 de diciembre de 1990. Regla 8.2.k).

(13) Reglas de Tokio, Regla 1.5.

modalidad distinta, diríase autónoma, que responde a reglas propias.

De tal manera, el encierro domiciliario constituye una solución más aceptable para los casos en que el carcelario implica una afectación que trasciende las restricciones a la libertad ambulatoria propias de la ejecución de la pena.

Sobre la ratio legis de la norma, se ha dicho que: “No cabe duda de que la cárcel no constituye un ámbito adecuado para garantizar el desarrollo satisfactorio de un embarazo; y que lo mismo puede decirse respecto de la crianza de los hijos” [y que] “...se suma que el estrés del encierro puede tener un efecto negativo sobre la salud de la mujer y el curso del embarazo. Por otra parte el alumbramiento durante el encierro y los niveles de ansiedad y estrés tienen directa incidencia en la mayor o menor salud física y emocional del niño” (cfr. DICORLETO, Julieta B. y MONCLÚS NASÓ, Marta, “El arresto domiciliario para mujeres embarazadas o madres de niños menores de cinco años”, en Anitue y Tedesco, compiladores, “La cultura penal. Homenaje

al Profesor Edmundo S. Hendler”, Editores del Puerto, Bs. As., 2009, pp. 288/289).

En esa línea, se sostuvo que: “La ley 24.660 establece en su art. 1, —como fin de la ejecución de la pena— lograr que el (la) condenado(a) adquiriera la capacidad de comprender y respetar la ley procurando su adecuada reinserción social”... “Por otra parte, en su art. 5 y refiriéndose específicamente al tratamiento de la persona condenada, la ley establece que ‘el tratamiento del(la) condenado(a) deberá ser programado e individualizado ... En su segundo párrafo establece que tanto en lo que se refiere al régimen como al tratamiento “deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento de egreso, dentro de las posibilidades de la administración penitenciaria: “...En estas dos normas define la ley dos principios básicos del régimen de ejecución de las penas en nuestro país: pudiendo afirmarse que el Estado asume frente a las personas condenadas, cualquiera sea su sexo, la obligación de brindar condiciones de detención que le permitan a éstas ejercer su derecho a resocializarse y de respetar los intereses y necesidades individuales

delincuentes (Reglas de Bangkok) (14) establecen que “cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños” (15).

En esta línea, la legislación argentina ha consagrado de forma expresa mediante la ley 26.472 (16)

(14) Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok), aprobadas por la Asamblea General en su Res. 65/229.

(15) Reglas de Bangkok, Regla 64. “La mayoría de las mujeres que enfrentan la detención y el encarcelamiento son madres y generalmente las principales cuidadoras de sus niños. La súbita y a menudo inesperada remoción de este cuidado requiere organizar cuidados alternativos de modo de proteger a los niños, teniendo en cuenta su interés superior de acuerdo con lo establecido por la Convención de los Derechos del Niño.”

(16) Ley 26.472, art. 1º: “El Juez de ejecución, o juez competente, podrá disponer el cumplimiento de la pena impuesta en detención domiciliaria: (...) e) A la mujer

la posibilidad de conceder el beneficio de la prisión domiciliaria a mujeres embarazadas y/o madres con niños menores de 5 años (17). Mediante este instituto se garantiza tanto el cumplimiento de la pena —finalidad de la etapa de ejecución— cuanto el interés superior del niño, preservando el contacto madre e hijo (18).

embarazada; f) A la madre de un niño menor de cinco —5— años o de una persona con discapacidad, a su cargo.”

(17) “Más allá del impacto diferencial del encierro en la población penitenciaria femenina, la situación de las mujeres embarazadas o con hijas o hijos merece un tratamiento especial. En cuanto a las primeras, la cárcel es un lugar ‘per se’ inadecuado para garantizar el acceso a los recursos y la atención especializada con relación a dieta, ejercicios, ropa, medicamentos y cuidados médicos. A ello se suma que el alumbramiento en situación de encierro y los niveles de ansiedad y estrés tienen directa incidencia en la mayor o menor. salud física y emocional del niño. En cuanto a las mujeres con hijas o hijos pequeños, el tiempo en prisión produce la ruptura del grupo familiar y el aislamiento de las detenidas de sus afectos más primarios, hecho que aumenta sensiblemente los efectos del encarcelamiento”, Mujeres privadas de libertad. Limitaciones al encarcelamiento de las mujeres embarazadas o con hijas/os menores de edad, Defensoría General de la Nación/Unicef, Buenos Aires, enero de 2009, pp. 5/6.

(18) Reunión 22 de Sesión Ordinaria de Cámara de Diputados, del 7 de noviembre de 2007. Esto evidencia que

en cada caso" (BEIMONT, Natalia, "mujeres en situación de encierro. Las prácticas discriminantes de las agencias del estado" en "Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal", BaigUne Bustos Ramírez, directores, n° 6 "Cárceles"; Ediciones del instituto, INECIP, Bs. As., 2005, p. 65).

De otra banda, con invocación de la exposición de motivos se mencionó que: "...el contacto con la madre en los primeros años de vida resulta fundamental para el desarrollo de los niños. Por eso mismo, se procura mantener unidos a la madre del niño existiendo dos opciones legislativas: la primera es la privación de la libertad de la madre y el niño (la más frecuente en los órdenes jurídicos latinoamericanos) y la otra opción es disponer la prisión domiciliaria de la madre. Evidentemente, la primera opción implica la privación de la libertad de un niño, sometiéndolo a las consecuencias lesivas de un proceso de institucionalización, sólo para garantizarle su contacto con la madre. Consideramos que para estos supuestos existen medidas menos restrictivas de la libertad para el niño como la prisión domiciliaria garantizando tanto el cumplimiento de la pena y el contacto madre-hijo..."

Al resolver, la Cámara Federal de Casación Penal sostuvo que el instituto en cuestión (prisión domiciliaria) importa una modalidad distinta, autónoma, con reglas propias, que no se vincula con el régimen de progresividad establecido para la ejecución de las penas privativas de libertad (19).

La Cámara recordó que la Corte IDH ha sostenido que "toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar prevista por ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin que se intenta proteger (...) al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción se debe examinar que no exista una medida alternativa 'menos gravosa respecto al derecho intervenido'" (20). Asimismo, que

se tendió a garantizar el vínculo prioritariamente fuera de los muros de la cárcel (ALDERETE LOBO, Rubén, La expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de estos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible), en CHINKIN, Christine et. Al., Violencia de Género. Estrategias de Litigio para la Defensa de los Derechos de las Mujeres, Defensoría General de la Nación, Buenos Aires, 2012, p. 265).

(19) Del voto del Juez Slokar.

(20) Corte IDH, Caso "Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs. Ecuador", Excepciones preliminares, Fondo, Repara-

[y que] "Esto demuestra, sin lugar a discusión, que el Estado argentino evidenció, por medio de la sanción de la ley 26.472, su preferencia por que las mujeres madres en conflicto con la ley penal permanezcan junto con sus niños pese a la existencia de un proceso penal o condena en su contra Pero, además, y más importante aún, se inclinó a garantizar este vínculo prioritariamente fuera de los muros de la cárcel" (ALDERETE LOBO, Rubén, "la expulsión anticipada de mujeres extranjeras presas (Una alternativa para evitar el encarcelamiento de los niños o la separación de éstos de su madre, cuando la prisión domiciliaria no es una opción posible)" en CHINKÍN, Christine et. Al., "Violencia de Género. Estrategias de Litigio para la Defensa de los Derechos de las Mujeres", Defensoría General de la Nación, Bs. As., 2012, p. 265, ...).

Asimismo, se ha reconocido que: "El crecimiento exponencial de la población carcelaria femenina, superior al 200% en los últimos 15 años, además de una asistencia más intensa como grupo sobrevulnerado, obliga a ensayar estrategias penales más idóneas económica y socialmente y, por sobre todo, menos crueles que la de la prisión" [y por sobre todo que] "...ningún

ante varias interpretaciones posibles, conforme con el principio *pro homine* o *pro persona* (21) se debe escoger aquella que tutele mejor los derechos humanos (22), tarea que corresponde al juez quien tiene el deber de tutela y de especial protección frente a grupos en situación de vulnerabilidad (23).

De esta forma, la sanción privativa de la libertad o la prisión preventiva no deben trascender al

ciones y Costas, Sentencia de 21 de noviembre de 2007, párrafo 93; entre otros. Del voto del Juez Slokar.

(21) Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José de Costa Rica", art. 29; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 5.2; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 5°; entre otros. Sobre el tema, PINTO, Mónica, El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Ed. del Puerto, 2004.

(22) Entre otros, Fallos: 332:1963, considerando 23.

(23) Corte IDH, Opinión Consultiva No. 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, 28 de agosto de 2002, párrafos 71 y 72; Caso "Fornerón Vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de abril de 2012, Serie C No. 242, párrafo 116; entre otros. Del voto del Juez Slokar.

ser humano debería ser engendrado en cautiverio —y, mucho menos, producido su alumbramiento, permanecer recluido junto a su madre—...” (KENT, Jorge, “La Criminalidad Femenina. ¿Madres e hijos en prisión? La degradante complejidad de una atribulada problemática”, Editorial Ad-Hoc, Bs. As., 2007, pp. 179 y 55, respectivamente; ...).

También se señaló que: “En la mayoría de las sociedades, las mujeres son las principales responsables de la familia, en especial si hay niños implicados. Ello supone que cuando un mujer es enviada a prisión, las consecuencias para la familia que queda detrás pueden ser muy graves” [y que] “Todo ello implica que deben adoptarse medidas especiales para asegurar que las reclusas puedan mantener un contacto provechoso con sus hijos. El caso de los niños muy pequeños requiere una actitud especialmente sensible” [además que] “La aplicación de cualquier restricción de seguridad durante el parto supone una serie de problemas especialmente delicados. Siempre debe tenderse a que ninguna mujer embarazada dé a luz en prisión” [como también que] “En muchos casos, la suerte de sus hijos

puede ser motivo de gran preocupación y tensión para las reclusas, situaciones que tendrán una fuerte repercusión sobre su bienestar mental y harán que el encarcelamiento les resulte psicológicamente más doloroso que al hombre” (COYLE, Andrew, “La Administración Penitenciaria en el contexto de los Derechos Humanos. Manual para el Personal. Penitenciario”, Centro Internacional de Estudios Penitenciarios, Londres, 2002, pp. 1311132 y 135/136; ...).

En ese sentido, se profundizó empíricamente refiriéndose que: “La vida en la cárcel de las embarazadas o de quienes permanecen alojadas con sus hijos menores de 4 años no parece ser menos compleja que la del resto. A la inversa, además de las carencias que padece la población penitenciaria en general, este grupo debe enfrentar mayores dificultades para satisfacer las necesidades específicas de los niños, o las propias por su condición de restantes” [y que] “Las necesidades propias del cuidado durante el embarazo y de los bebés y niños pequeños hacen que estas mujeres estén aún más preocupadas por la alimentación que el resto de las detenidas. Son, en proporción, menos las que se

individuo responsable o al imputado penalmente (24). En los casos de privación de la libertad respecto de mujeres con hijos menores de edad, la pena o la medida cautelar inevitablemente afecta a terceros, por lo que el principio de trascendencia mínima de la pena exige que la decisión que se adopte no se extienda injustificadamente a las personas ajenas al conflicto penal.

Por otro lado, la Cámara sostuvo que la ley 24.660 (25) establece que el tratamiento del condenado deberá ser programado e individualizado, y que tanto en el régimen cuanto en el tratamiento deberá atenderse a las condiciones personales, intereses y necesidades para el momento de egreso, dentro de las posibilidades de la administración penitenciaria (26). El Estado asume frente a las personas condenadas (cualquiera sea su sexo) la obligación de brindar condiciones de detención que le permitan ejercer su derecho a resociali-

zarse y de respetar los intereses y necesidades individuales en cada caso (27).

En definitiva, la Cámara entendió que “el arresto domiciliario es una modalidad de cumplimiento de la pena y no un sinónimo de impunidad” (28).

b. Derechos del niño. Interés superior del niño

En las últimas décadas la República Argentina ha aprobado numerosos instrumentos regionales e internacionales de protección de derechos humanos; entre ellos, los relacionados con los derechos y garantías de aquellas personas privadas de libertad así como de protección de los derechos de las mujeres y niños; es decir, colectivos en una especial situación de vulnerabilidad (29).

(24) Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5º: “3. La pena no puede trascender de la persona del delincuente.”

(25) Ley 24.660 de Ejecución de la pena privativa de la libertad, sancionada por 8/06/1996, promulgada de hecho el 8/07/1996, y publicada en el B. O. del 16/07/1996.

(26) Ley 24.660, art. 5º.

(27) Del voto del Juez Slokar con cita a BELMONT, Natalia, Mujeres en situación de encierro. Las prácticas discriminantes de las agencias del estado, en Pena y Estado. Revista Latinoamericana de Política Criminal, Baigún-Bustos Ramírez directores, n° 6 “Cárceles”, Ediciones del Instituto, INECIP, Buenos Aires, 2005, p. 65.

(28) Causa nro. 33/12, Sala de FERIA, “Fernández, Ana María s/ Recurso de Casación”, reg. Nro. 33/13, rta. 10/1/2013. Del voto del Juez Slokar.

(29) Entre otros tratados internacionales, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la

alimentan principalmente con alimentos provistos por el penal —el 38,9% de las embarazadas y madres que están con sus hijos en la cárcel, frente al 56,21 del resto de las entrevistadas— y son más críticas al evaluar la cantidad y calidad de la comida que provee el SPF (la mitad de las embarazadas o madres que viven con sus hijos pequeños contestó que la comida es mala o muy mala, y la otra mitad, que no es ni buena ni mala). En el caso de las embarazadas y madres de lactantes, una sola de las 11 encuestadas respondió que se modificó la alimentación durante el período de embarazo o durante el amamantamiento [...] Apreciaciones similares pueden realizarse con respecto a las condiciones de higiene en las que deben transitar el embarazo o criar a sus hijos. Ninguna de las 18 mujeres considera que la provisión de elementos para la limpieza es buena”. Asimismo se refirió que: “La condición de gestarte trae aparejadas necesidades específicas que ameritan una atención especial de este grupo. Un ejemplo de ello es la forma en que se realizan los traslados. Ya se señaló que si bien resulta imperiosa la necesidad de que toda la población penitenciaria sea trasladada en condiciones dignas, éstas tienen un mayor impacto y afectación

en el caso de las embarazadas, Estas circunstancias justifican un trato diferenciado hacia este grupo. Otros requerimientos especiales se refieren a, por ejemplo, la atención de la salud, la necesidad de contar con una mejor alimentación, el acceso a una vestimenta adecuada y, también, a la contención necesaria para soportar el estrés que implica transitar un embarazo en prisión” (“Mujeres en prisión, Los alcances del castigo en prisión”, Siglo Veintiuno, Bs. As., 2011, compilado por CELS, Ministerio Público de la Defensa de la Nación, Procuración Penitenciaria de la Nación, págs. 172/6).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado, de manera reiterada, que toda restricción al ejercicio de un derecho debe estar prevista por ley, ser necesaria en una sociedad democrática y proporcional al fin que intenta proteger. Además, al momento de evaluar la razonabilidad y proporcionalidad de una restricción se debe examinar que no exista una medida alternativa ‘menos gravosa respecto al derecho intervenido’ (Corte IDH, Opinión Consultiva n° 5, caso ‘Chaparro Alvarez y Lapo Ñiguez vs. Ecuador’, sentencia del 21 de noviembre de 2007, párrafo 93,

Toda posible tensión entre los derechos de los niños y otro interés público (en este caso, que se cumpla una pena o medida cautelar en el medio carcelario) debe ser resuelta aplicando el estándar jurídico del interés superior del niño (30), el cual conduce a privilegiar los derechos de éstos.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece como criterio rector que cuando cualquier autoridad pública, incluidos los tribunales, adopten una medida concerniente a los niños la consideración primordial a que se atenderá será

el interés superior del niño (31). Al ratificarla, los Estados se comprometen a asegurar al niño protección y cuidado para su bienestar, preservar las relaciones familiares (32), asegurar un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social (33) y garantizar que no sea privado de su libertad. El beneficio consiste en salvaguardar el interés del niño y esta tutela viene impuesta por un orden jerárquicamente superior, esto es, asegurar la vigencia y operatividad de los derechos fundamentales del niño (34).

La Cámara de Casación recordó que la CSJN sostuvo que el interés superior del niño orienta y condiciona toda decisión de los tribunales (incluso a la CSJN); que su atención apunta a dos finalidades; por un lado, es una pauta de decisión ante un conflicto de intereses y, por el otro, un cri-

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador); la Convención sobre los Derechos del Niño y sus Protocolos Facultativos; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; en relación con las personas privadas de libertad, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio), y las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok).

(30) Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3°; Declaración de los Derechos del Niño, arts. II y VII.

(31) Convención sobre los Derechos del Niño, art. 3°.

(32) Convención sobre los Derechos del Niño, art. 9°.

(33) Convención sobre los Derechos del Niño, art. 27.

(34) En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia. (Corte IDH, Opinión Consultiva No. 17, Condición jurídica y derechos humanos del niño, ob. cit.)

entre muchos otros). En igual sentido, el principio pro homine o pro persona manda a escoger, entre varias interpretaciones posibles, aquella que tutele mejor los derechos humanos (cf., por ejemplo, Fallos: 332:1963, considerando 23). De acuerdo con estas reglas, frente a distintas alternativas, el juez debe seleccionar siempre aquélla que restrinja en menor medida el ejercicio de los derechos humanos". Agregó que: "Estos criterios han sido aplicados por una conteste jurisprudencia internacional que ordena tutelar el interés superior del niño adoptando aquellas soluciones que sean las menos lesivas para sus derechos y que reservan las medidas de separación familiar como último recurso y para casos de absoluta excepcionalidad (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17, párrs. 71 y 72, caso "Fornerón e Hija vs. Argentina", sentencia del 27 de abril de 2012, párr. 116).

También la doctrina judicial impone a los jueces un deber de tutela reforzado y de especial protección frente a grupos en situación de vulnerabilidad social como lo son las niñas y los niños (Corte IDH, caso "Furlán vs. Argentina", sentencia del 31 de agosto de 2012, párr. 127, 169 y 201).

Criterios similares han sido reafirmados por la Corte Suprema de justicia de la Nación al expresar: "La consideración primordial del interés del niño [...] orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, incluyendo a la Corte Suprema a quien corresponde aplicar los tratados internacionales a los que el país está vinculado con la preeminencia que la Constitución les otorga (art. 75, inc. 22, C.N.). La atención principal al interés, superior del niño [...] apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor, parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos" (Fallos: 328:2870, considerandos 4 y 5).

Por otro andarivel, no pueden dejar de evocarse las Reglas de Bangkok en cuanto señalan que: "Cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan niños a cargo, y se considerará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito

terio para la intervención institucional destinada a proteger al niño (35).

Por lo demás, la Cámara sostuvo que conforme con el interés superior del niño se debe adoptar aquella solución menos lesiva para sus derechos y que la separación familiar se reserva como último recurso y para casos excepcionales (36).

De esta forma, la inclusión de las mujeres embarazadas y de las madres de niños menores de 5 años entre los beneficiarios de la detención domiciliaria, no tiene por objeto mejorar la calidad

de la privación de la libertad de la interna, sino que obedece al deber de protección integral de los menores como a la exigencia de brindar una atención primordial al interés superior del niño, el cual implica la máxima satisfacción —integral y simultánea— de los derechos y garantías que le son reconocidos, brindar un parámetro objetivo que permita resolver los conflictos en los que ellos estén involucrados, debiendo tener en consideración aquellas soluciones que les resulten de mayor beneficio. De esta forma, les corresponde a los jueces, en cada caso que se les presente, velar por el respeto de los derechos fundamentales de los que son titulares cada niño y niña (37).

Los Estados deben garantizar "el más alto nivel posible de salud física y mental" (38) lo cual se

(35) Fallos: 328:2870, considerandos 4 y 5. En esta línea: "(...) la 'protección especial' enunciada en el preámbulo de la convención, así como la atención primordial al interés superior del niño dispuesta en su art. 3° -dirigida a los tribunales, autoridades administrativas y órganos legislativos-, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los conflictos en los que están involucrados menores, teniendo en consideración aquella solución que resulte de mayor beneficio para el menor. Ello indica que existe una actuada presunción en favor del menor por ser un interés débil frente a otros, aun cuando se los considere no menos importantes", Fallos: 324:975, del voto de los Jueces Boggiano y Vázquez.

(36) Corte IDH, Opinión Consultiva No. 17, ob. cit., párrafos 71 y 72; Caso "Fornerón e Hija Vs. Argentina", Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 27 de abril de 2012, párrafo 116, entre otros.

(37) La argumentación de la exposición de motivos de la ley 26.472 concluye con el siguiente párrafo: "(...) permitir que las mujeres condenadas a penas privativas de la libertad mantengan consigo a los niños menores de cinco años posee fuerte asidero en nuestro ordenamiento jurídico. No obstante, consideramos que la solución de la Ley de Ejecución de la Pena -que permanezcan con sus madres en el servicio penitenciario- resulta aberrante a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño."

(38) Sobre esta cuestión debe tenerse en cuenta la interpretación realizada por el Comité de Derechos Eco-

es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presente el interés superior del niño o los niños y asegurando, al mismo tiempo, que se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de esos niños" (Regla 64).

En ese sentido se ha dicho que: "Es importante destacar que las Reglas de Bangkok no pueden resultar intrascendentes para nuestro ordenamiento desde que la Asamblea General las ha declarado 'complementarias de las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas'. En efecto, la Corte Suprema de justicia de la Nación ha declarado en el fallo "Verbitsky": Las Reglas Mínimas para el tratamiento de reclusos de las Naciones Unidas —si bien carecen de la misma jerarquía que los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad federal— se han convertido, por vía del art. 18 de la Constitución Nacional, en el estándar internacional respecto de personas privadas de libertad" (Vid., ALDERETE LOBO, Rubén, cit., p. 274).

Por fin, no resulta ocioso destacar que —como en otras hipótesis— debe gobernar en la especie el principio constitucional de trascendencia mínima de la

pena (ZAFFARONI, E. Raúl, et al., "Derecho Penal. Parte General", Ediar, Es. As., 2002, pp. 131/2).

Así es: repárese que, de antiguo, le trascendencia de la pena a la familia se reputaba como una suerte de muerte jurídica y social, y así es resistida en las Siete Partidas (Setena Partida. Título XXXI, Ley IX): "Cómo non deben dar pena al fijo por el yerro que el padre ficiere, nin a una persona por otra. Por el yerro que el padre ficiere non deben recibir pena nin escarmiento los fijos, nin los otros parientes, nin la uger dél" ("Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso El Sabio", cotejadas con varios códices antiguos por la Real academia de la Historia y glosadas por el Lic. Gregorio López, del Consejo Real de Indias de S.M., Nueva Edición, Librería de Rosa y Douret, París, 1861, tomo cuarto, p. 710).

El naturalismo humanista de Gracia en "De cure belli" (Libro Segundo, Capítulo XXI, "De la comunicación de las penas", XIII) ya en 1625 advertía: "porque la obligación a la pena nace del mérito, y el mérito es personal, pues que tiene origen en la voluntad, por la cual nada nos es más propio Ni las virtudes ni los vicios de los padres, dice Jerónimo, se imputan a los hijos. Y el

traduce en obligaciones negativas y prestaciones positivas hacia todas las personas (39). Los

nómicos, Sociales y Culturales en la Observación No. 14 en la cual ha sostenido que: "[e]l derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano... [sino que] entraña libertades y derechos [...] entre los derechos figura el relativo a un sistema de la protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud: el derecho a la salud debe entenderse como un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud". Sobre derecho a la salud, véase Tratado de derecho a la salud, CLÉRICO, Laura, RONCONI, Liliana y ALDAO, Martín, coord., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2013. Sobre derecho a la salud de los niños, véase BELOFF, Mary, FREEDMAN, Diego y DEYMONNAZ, María Virginia, Capítulo XXII: La protección del derecho a la salud de niños y niñas, en Tratado de derecho a la salud, ob. cit., pp. 531/557.

(39) Sobre la necesidad de garantizar el derecho a la salud a las personas privadas de libertad, la Corte IDH ha establecido que el encarcelamiento genera un estado de vulnerabilidad en el cual es más factible que se verifiquen afectaciones a la integridad personal y habilita a examinar en forma exhaustiva si las condiciones de encierro de una persona ocasionan un deterioro en su integridad física, psíquica o moral. Para la Corte IDH, es importante extremar los recaudos para que la privación de la libertad no afecte el derecho a la salud (Al respecto, la Corte IDH sostuvo: "La restricción de otros derechos, por el con-

diversos tratados internacionales de protección de derechos humanos precisan que las mujeres embarazadas y en período de lactancia así como los niños tienen derecho a una protección especial y requieren de determinadas obligaciones por parte del Estado (40).

Los derechos de las madres privadas de libertad y de sus hijos menores tienen que ser considerados en relación con el embarazo, alumbramiento, lactancia y cuidado *pos* natal. Mientras se encuentran privadas de libertad, las mujeres embarazadas y los niños tienen necesidades de

trario - como la vida, la integridad personal, la libertad religiosa y el debido proceso- no sólo no tiene justificación fundada en la privación de libertad, sino que también está prohibida por el derecho internacional", Corte IDH, Caso Instituto de Reeducación del Menor Vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004). Sobre derecho a la salud, véase Tratado. Sobre derecho de los niños.

(40) Declaración de los Derechos del Niño, principio IV; Convención sobre los Derechos del Niño, art. 24; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 19; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer -CEDAW-, art. 12; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. VII (Protección a la maternidad y a la infancia) y Pacto internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, art. 10.2.

Agustino dice que el mismo Dios fuera injusto si castigase a algún inocente” (GRACIA, Hugo, “Del derecho de la guerra y de la paz”, trad. de Jaime Torrubiano Ripoll, Madrid, Reus, 1925, t. III, p. 179).

Pero es a partir de la Revolución Francesa que contra la injusticia del Ancien Régime se plantea un ambicioso programa de reformas para lograr una justicia humanizada, que influyó decisivamente en la constitucionalización y codificación europea y americana del siglo XIX.

Así, Robespierre era premiado en 1784 en su obra sobre la trascendencia de la pena y afirmaba: “Pero, en fin, aunque pudiéramos paliar con este frívolo pretexto nuestra injusticia hacia los padres ¿Cómo la justificaríamos en relación con otros parientes del culpable? ¿Qué autoridad tiene el hermano para corregir al hermano? ¿Qué poder ejerce el hijo sobre su padre? Y la tierna, la tímida, la virtuosas esposa ¿Es culpable de no haber reprimido los excesos del señor al cual la ley la ha sometido? ¿Con qué derecho llevamos la desesperación a su corazón abatido? ¿Con qué derecho la forzamos a ocultar, como un doloroso testimonio de sus vergüen-

za, las lágrimas mismas que le arranca el exceso de su infortunio?” (ROBESPIERRE, Maximilien, “Discurso sobre la trascendencia y la personalidad de las penas”, traducción y estudio Preliminar de M. de Rivacoba y Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 2009, pp. 70/71).

Ya a partir de 1780, para Filangeri: “El legislador, al determinar las penas a las diversas especies de delitos, no debe permitir más que el grado de severidad necesaria para reprimir la tendencia viciosa que los produce si ultrapasa ese confín cae en la tiranía, puesto que, si la sociedad debe ser protegida, los derechos de los hombres deben ser respetados (Libro III, acápite XXVII)” (FILANGIERI, Gaetano, “Ciencia de la Legislación”, Ediar, Bs. As., 2012; del estudio preliminar de Sergio Moccilleetano Filangeri o la verdadera luz de la razón, p. 23).

En la actualidad, en el orden comparado, la Constitución de la República Italiana señala en su art. 27 que: “La responsabilidad es personal” y la de Brasil de 1988 en su art. 5, apartado XLVICR que: “Ninguna pena pasará de la persona del condenado (Vid., ZAFFARONI, E. Raúl - BATISTA, Nilo, et. AL., “Direito Penal Brasileiro”, tomo I, Revan, Rio de Janeiro, 2003,

salud y nutrición particulares; la privación de libertad limita las posibilidades de desarrollo de los niños, colocándolos en una situación de riesgo y vulnerabilidad (41).

La Cámara Federal de Casación Penal al resolver el caso motivo del presente comentario, sostuvo que un parto no puede tener lugar en una prisión, ya que ello atenta contra la dignidad de la madres y de su hijo, “quienes resultan acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja y vulnerabilidad y guardan necesidades específicas que no pueden reunirse en el encierro carcelario” (42). En este sentido, “ninguna acción paternalista puede sustituir un reclamo

(41) Reglas Mínimas para el tratamiento de los reclusos de las Naciones Unidas, Regla 23: “1) En los establecimientos para mujeres deben existir instalaciones especiales para el tratamiento de las reclusas embarazadas, de las que acaban de dar a luz y de las convalecientes. Hasta donde sea posible, se tomarán medidas para que el parto se verifique en un hospital civil. Si el niño nace en el establecimiento, no deberá hacerse constar este hecho en su partida de nacimiento. 2) Cuando se permita a las madres reclusas conservar su niño, deberán tomarse disposiciones para organizar una guardería infantil, con personal calificado, donde estarán los niños cuando no se hallen atendidos por sus madres.”

(42) Del voto del Juez Slokar.

de libertad. Por ello carece de todo fundamento la presunción de que el real o eventual cuidado que pueda recibir una embarazada para dar a luz en cautiverio supere un alumbramiento en el medio libre, bajo las condiciones que la peticionaria decida, sea en un centro hospitalario o en su vivienda; solo su autodeterminación puede definir el modo de llegada de su hijo” (43).

Por lo demás, la Cámara sostuvo que la cárcel no constituye un “ámbito adecuado para garantizar el desarrollo satisfactorio de un embarazo” ni para la crianza de hijos ni para garantizar el desarrollo satisfactorio de un embarazo (44). En este sentido, debe procurarse que ninguna mujer dé a luz en cautiverio y, además, que las condiciones y necesidades específicas de estos casos (embarazo) ameritan una atención especial, un trato diferenciado (atención a la salud, la alimentación, la contención adecuada, entre otras) (45).

(43) Del voto del Juez Slokar.

(44) Del voto del Juez Slokar.

(45) Al respecto, la CSJN sostuvo que, “La privación de libertad, al título que fuese, tiene un efecto aflictivo y deteriorante para toda persona institucionalizada, que en cierta medida es imposible eliminar por ser inherente a su situación, pero que de ningún modo puede tolerarse que se agrave indebidamente”, Fallos: 328:1146.

págs. 232/33). Más allá de las previsiones del art. 5.3 de la CADH, expresamente nuestro texto constitucional en su art. 119 al definir la traición, establece —incluso a su respecto— que la pena: “no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se extenderá a sus parientes de cualquier grado”.

De tal suerte, por exigencias de orden internacional y constitucional, reunidas las previsiones de ley, el estándar debe constituirse a partir de que ningún parto puede tener lugar en prisión por atentar contra la dignidad de la madre y de su hijo, quienes resultan acreedores de protecciones especiales por su posición de desventaja y vulnerabilidad y guardan necesidades específicas que no pueden reunirse en el encierro carcelario.

— IV —

Que, fijado el marco normativo de la cuestión traída a estudio de esta Cámara, en la especie, la mayoría del *a quo* señaló que: “...no se vislumbra que el cuidado profesional que recibe en la actualidad sea deficiente ni se imponga por ello adoptar una medida drástica en cuanto a su cuidado y modalidad de cumplimiento del

encierro preventivo” [y que] “...no puede perderse de vista el carácter incipiente de su embarazo, que cursa el proceso sin ningún tipo de complicaciones, y que se ha informado que se halla en buen estado general de salud”.

Sobre el extremo, cabe resaltar que —por definición— ninguna acción paternalista puede sustituir un reclamo de libertad. Por ello carece de todo fundamento la presunción de que el real o eventual cuidado que pueda recibir una embarazada para dar a luz en cautiverio supere un alumbramiento en el medio libre, bajo las condiciones que la peticionaria decida, sea en un centro hospitalario o en su vivienda; sólo su autodeterminación puede definir el modo de llegada de su hijo.

Al efecto, la necesaria asistencia que está obligada a brindarse por el estado no puede ser reemplazada por una vocación tuitiva que condiciona la voluntad del beneficiario, tanto más cuando invoca el derecho a la libertad ambulatoria por vía de la morigeración de un encierro institucionalizado.

Por último, los jueces que impusieron su voz en el acuerdo mencionaron que: “...al realizar el informe

En la ley nacional 26.061, el legislador tuvo en cuenta la problemática planteada, y procuró facilitar “soluciones” que consideró adecuadas para armonizar los derechos inherentes a la niñez con la necesidad de resguardar a la sociedad frente al delito, que muchas veces impone la necesidad de recurrir al encierro carcelario —sea a título de prisión preventiva, sea título de pena— como herramienta de la política criminal del Estado (46).

c. Resolución de la Cámara Federal de Casación Penal

Conforme los argumentos señalados *ut supra*, la Cámara al resolver sostuvo que la necesaria asistencia que el Estado está obligado a brindar no puede reemplazarse por una vocación tuitiva que condicione la voluntad del beneficiario, más cuando se trata del derecho a la libertad ambulatoria mediante la morigeración de un encierro institucionalizado.

Así, la ineficacia del Estado en relación con las conjeturales limitaciones al acceso al domicilio

denunciado no puede colocarse en cabeza de la condenada y se merituada en su perjuicio; y, en este punto, sostuvo que el *a quo* invirtió las variables al decidir oportunamente.

Finalmente, sostuvo que en el fallo recurrido se encontraban reunidos los requisitos legales (no solo las exigencias de la ley sino que el personal de la Unidad se había pronunciado de forma favorable a la concesión del beneficio) y la excepción debió fundarse sobre normas jerárquicamente superiores.

En conformidad con lo señalado, la Cámara hizo lugar a la solicitud de concesión de la prisión domiciliaria de A.C.

III. Reflexiones finales

La prisión domiciliaria no significa eliminar el castigo penal a las mujeres madres de niños menores o embarazadas, sino que implica que el interés social no puede prevalecer sobre los derechos a la vida, la salud, la integridad o la dignidad de los condenados o procesados (47). De esta forma, a través de la concesión de este beneficio se

(46) Es de señalar que el art. 17 de la Ley 26.061 establece que la mujer que se encuentre privada de su libertad deberá ser asistida durante el embarazo y parto y, del mismo modo, se le proveerán de los medios necesarios para la crianza de su hijo y la comunicación con su familia mientras se encuentre en el establecimiento carcelario.

(47) Cfr. Reunión 22 de Sesión Ordinaria de Cámara de Diputados, del 7 de noviembre de 2007.

social requerido se sostuvo que la vivienda propuesta por A. C. para obtener el beneficio impetrado, 'es de difícil acceso revistiendo ciertos índices de riesgo social' [y que] más allá de la situación de control profesional desfavorable en la que se encontraría la interesada de accederse a lo peticionado, lo cierto es que, tal como destacó la Sra. Fiscal de Juicio, el debido contralor del acatamiento de la prisión domiciliaría, tal como lo exige el art. 33 de la ley 24.660, resultaría de imposible cumplimiento".

No obstante ello, es dable advertir, tal como lo hace el recurrente, que la decisión ignoró el favorable dictamen del informe social elaborado por la sección Asistencia Social de la Unidad n° 31 del Servicio Penitenciario Federal. Al respecto, de sus conclusiones surge: "...que la interna contaría con un espacio habitacional y contención afectiva para la obtención de la presente solicitud" [y que] "...se estima conveniente propiciar dicha solicitud".

De otra banda y tal como señaló el juez de la disidencia: "...más allá de la situación al día de la fecha de la procesada, existen ribetes genéricos vinculados al buen desarrollo del embarazo que, a [su] entender, deben

garantiza tanto el cumplimiento de la finalidad cautelar o punitiva de la medida coercitiva cuanto el mantenimiento del vínculo familiar; además, de observar la obligación asumida por el Estado consistente en tomar las medidas apropiadas para asegurar la protección y cuidado necesario para el bienestar de niños, teniendo en cuenta los derechos y deberes de los padres.

La valoración "podrá" impone al juez una responsabilidad frente a la sociedad al determinar en qué casos corresponde conceder el beneficio y en cuáles resulta inapropiado, toda vez que le corresponde ponderar con la debida prudencia el conjunto de circunstancias que rodean el caso así como respecto de todos los aspectos emergentes de los estudios socio-económicos y psicológicos con que se cuenta.

La verdadera colisión sería aquella que enfrenta los derechos del menor y sus madres reclusas a la vida familiar en un entorno normalizado y el derecho del Estado a encarcelar a la progenitora. Si el fin de la ley es la protección del niño en todos estos supuestos —que responden a una inagotable casuística—, el Estado debería amparar el interés superior del niño y la complejidad de esta situación no puede tomarse como excusa para dejar de proteger los derechos de los niños.

ser atendidos. Frente a dichas consecuencias que el encierro posee para una mujer embarazada, consider[a] que la solución que propon[e] resulta armoniosa con las recomendaciones contenidas en el plano internacional, tanto las Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delinquentes (Reglas de Bangkok) como en las Reglas mínimas de las Naciones Unidas sobre las Medidas no privativas de la Libertad (Reglas de Tokio)".

Así las cosas, y muy a pesar del mentado informe profesional favorable realizado por personal de la misma Unidad Penitenciaria en la cual está alojada la encausada, el tribunal sólo consigna de esa actuación que: "...la vivienda propuesta por A. C. para obtener el beneficio impetrado, 'es de difícil acceso revistiendo ciertos índices de riesgo social' [y que] más allá de la situación de control profesional desfavorable en la que se encontraría la interesada de accederse a lo peticionado, lo cierta es que, tal como destacó la Sra. Fiscal de Juicio, el debido contralor del acatamiento de la prisión domiciliaria, tal como lo exige el art. 33 de la ley 24.660, resultaría de imposible cumplimiento".

Más allá de que nuestra jurisprudencia ha insistido en que el derecho que asiste a los menores de crecer dentro del seno de una familia no puede ser interpretado en abstracto y de forma absoluta sino que habrá de ser evaluado en cada caso analizando sus características particulares (48), toda vez que los tratados internacionales de protección de derechos humanos contemplan la posibilidad que, en casos excepcionales y de conformidad con las leyes y procedimientos aplicables, los niños puedan ser separados de sus progenitores, no es posible obviar los impactos nocivos que el confinamiento de la madre genera, con posibles consecuencias dañosas en el marco de un estado de vulnerabilidad físico-emocional, así como una crisis en el ámbito familiar, que afecta de forma perjudicial a los hijos.

En un ambiente carcelario es difícil (sino, imposible) asegurar el más alto nivel posible de salud, la asistencia prenatal o pos natal adecuada así como el suministro de alimentos nutritivos adecuados y el agua potable; esta situación genera condiciones de vulnerabilidad mayores que pueden ocasionar afectaciones a la integridad —física, psíquica

(48) C.N.C.P., Sala III "Herrera, Mara Daniela s/rec. de casación" rta. 5/6/2008 reg. N° 696/08.

Corresponde advertir que la ineficacia del estado en relación a las conjeturales limitaciones al acceso al domicilio denunciado no puede colocarse en cabeza de la condenada y ser merituada en su perjuicio. Una vez más se invirtieron las variables para decidir por la denegatoria.

Al respecto, cabe traer a colación lo señalado por esta Sala en cuanto a que: "...no puede hacerse cargar al niño con la imposibilidad que pudiera tener el Patronato de Liberados, como parte integrante del Estado, de ejercer un correcto control sobre quienes pesa una modalidad de detención diferente por el hecho de vivir en una 'zona de riesgo'..." (cfr. causa n° 15.691, caratulada: "Naranjo, María Laura s/recurso de casación", rta. 29/08/2012, reg. n° 20.371).

Por lo expuesto y al encontrarse reunidos los requisitos legales, la excepción —esto es, el rechazo del beneficio— debía ser fundada sobre la base de normas jerárquicamente superiores. En el presente caso, no solamente se encontraban reunidas las exigencias de la ley, sino que —además de los cánones de orden superior— el propio personal de la misma Unidad en la cual está alojada la encausada se pronunció favorablemente.

Por fin, y a todo evento, corresponde memorar cuanto ha dicho la juez Angela Ledesma en su voto disidente en la causa n° 33/12, Sala de FERIA, caratulada: "Fernández, Ana María s/recurso de casación", reg. n° 35/13, rta. 10/01/2013 en orden a que: "el arresto domiciliario es una modalidad de cumplimiento de pena y no un sinónimo de impunidad".

De tal suerte, resulta indudable que la decisión ha prescindido abiertamente de la aplicación de los arts. 32 de la ley n° 24.660 y 10 del CP, por lo que propicio al acuerdo hacer lugar al recurso, sin costas, casar la resolución recurrida, conceder la prisión domiciliaria de F. de M. A. C., en las condiciones y forma que —con las medidas de resguardo que el caso amerite— deberá imponer el órgano de origen (arts. 470, 471, 530 y ccdds. CPPN, art. 10 del CP y 32 de la ley 24.660).

Así voto.

La señora Juez *Angela Ester Ledesma* dijo:

He de señalar que la prisión domiciliaria se solicita en virtud de lo establecido en el artículo 32 inciso "e" de la ley 24.660, ya que la imputada está embarazada.

y/o moral— tanto a la mujer cuanto a sus hijos. Por consiguiente, resulta justificable aplicar una medida coercitiva de menor intensidad sobre las mujeres embarazadas o con hijos menores de edad para garantizar la salud (tanto de la mujer cuanto de sus hijos).

En general, la concesión del beneficio de la prisión domiciliaria en estos supuestos no causa perjuicio social alguno, ya que habitualmente se trata de mujeres no violentas que se encuentran a cargo de la crianza de sus hijos y cuyos hechos delictivos están relacionados con su situación de pobreza-vulnerabilidad y su expectativa por mejorar el contexto social que rodea a este grupo familiar. Asimismo, consideramos que como medidas tendientes a evitar la vulneración de estos derechos fundamentales (como los de familia y niños) podrían pensarse, por ej. regímenes especiales de excarcelación, concesión de prisiones domiciliarias flexibles (49) (ampliar los casos de

concesión del beneficio del art. 1° de la ley 26.472 a otros supuestos concretos no contemplados y bajo determinados recaudos —vg. a mujeres con niños mayores de cinco años, madres con varios niños o personas a cargo— (50), a fin de asegurar

núcleo familiar. Lo mismo ocurriría si la más pequeña, (...) fuera institucionalizada por tan sólo unos meses, más allá del proceso de adaptación al medio carcelario y readaptación a la separación de su madre que debería atravesar. En casos similares, se ha privilegiado el ámbito familiar y la posibilidad de vivir el vínculo fraterno y materno cotidianamente, pues favorece un mejor desarrollo integral de la persona (...)", Juzgado Correccional Nro. 4, Sala IV, Sec. Nro. 67, Causa nro. 33.772, "Estrada Mansilla, Mariana Romina s/ prisión domiciliaria", del 18/02/2008.

(50) En relación con el beneficio de la prisión domiciliaria a madres con niños menores de edad, recientemente se sostuvo que: "La decisión de la Cámara de Casación de rechazar el arresto domiciliario de Ana F. ... , en aplicación de la regla del artículo 32, inciso (f), de la ley 24.660, tiene efectos concretos sobre los derechos del bebé B.F.A. pues lo coloca, indefectiblemente, frente a la siguiente disyuntiva: o bien permanecer privado de su libertad en una prisión para adultos -cuyas condiciones de detención han sido objeto de permanente preocupación por diversos órganos de protección de los derechos humanos y por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...), o bien romper el vínculo con su progenitora para recibir cuidados de otros integrantes de la familia manteniendo contactos esporádicos con su madre", CSJN, "Fernández,

(49) "La permanencia de la procesada [27 años, embarazada, padece de HIV, madre de niños de 3, 4 y 10 años y el padre de todos privado de libertad] en la unidad irroga la pérdida de contacto cotidiano con sus hijos de corta edad sumándosele, en caso de permanecer allí luego de dar a luz, la separación del recién nacido de sus hermanos, con el consecuente desmembramiento del

Nótese que, conforme surge del informe de fs. 69, A. C. se encuentra cursando un embarazo en estado avanzado, con fecha de parto prevista para el día 15 de octubre de 2013; de modo tal que el caso encuadra en los parámetros fijados por la citada norma.

En esta línea, en virtud de los argumentos que vengo postulando en las causas nro. 5206 "Aliaga, Ana María s/recurso de casación.", rta. el 04/05/2005, reg. nro. 34105; nro. 12.789 "Ortiz Carla Paola s/recurso de casación", rta. el 06/04/2011, reg. nro. 365/11, de la Sala TTT, y más recientemente, en la causa nro. 15.691 "Naranjo, María Laura s/recurso de casación", rta. el 29/08/2012, reg. 20.371, de esta Sala y nro. 33/12 "Fernández, Ana María s/recurso de casación", rta. el 10/1/13, reg. nro. 35/13, Sala de Feria, entre muchas otras, a las que me remito en honor a brevedad, adhiero al voto del doctor Slokar y emito el mío en igual sentido.

Así es mi voto.

El señor juez doctor *Pedro R. David* dijo:

Que en las particulares circunstancias del sub examine, adhiere a la solución que propicia el juez Slokar.

Por todo lo expuesto, el Tribunal resuelve:

Hacer lugar al recurso de casación, sin costas, casar la resolución recurrida, conceder la prisión domiciliaria de F. de M. A. C., en las condiciones y forma que —con las medidas de resguardo que el caso amerite— deberá imponer el órgano de origen (arts. 470, 471, 530 y ccds. CPPN, art. 32 ley no 24.660 y art. 10 CP).

Regístrese, notifíquese, comuníquese y remítase al Tribunal Oral en lo Criminal Federal n° 2 de esta ciudad, sirviendo la presente de muy atenta nota de envío.

Nota: Se deja constancia que la señora Juez Angela Ester Ledesma, participó de la deliberación, omitió su voto y no firma la presente por hallarse en uso de licencia (art. 399 *in fine* CPPN). — *Pedro R. David*. — *Alejandro W. Slokar*.

los derechos resguardados por las normas del derecho internacional de los derechos humanos, como son el derecho a la vida, a la salud, a la intrascendencia de la pena, así como también

Ana María s/ causa n° 17.156", del 18 de junio de 2013, del dictamen de la Procuradora General de la Nación. En esta línea, se sostuvo: "Es que sin perjuicio de que el Servicio Penitenciario Federal, haya adoptado, en torno a la por entonces embarazada y respecto de sus niños menores convivientes en la Unidad, las medidas apropiadas a fin de asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria y alimentaria que sean necesarias a todos los niños, a la vez que aseguró también la atención sanitaria pre y postnatal apropiada a la madre, lo cierto es que los complejos penitenciario no constituyen, al menos para los primeros años de vida de los niños, un ambiente saludable, tanto física como psicológicamente". En este sentido, "Siendo ello así estimo que el alojamiento en el centro de detención de la procesada y sus tres pequeños hijos aparece como un factor de riesgo para los niños, más allá de que se encuentren alojados en un pabellón diferenciado (...) la solución que habré de proponer no busca amparar por vía analógica la situación personal de la imputada sino que tiene únicamente una finalidad tuitiva, fundada en razones esencialmente humanitarias, toda vez que se encuentra en juego la afectación de valores jurídicos superiores como lo son los derechos del niño (...)", Cámara Nacional de Casación Penal, Sala III, Causa nro. 7280, "Espíndola, Alejandra Karina s/ rec. de casación", del 27/11/2006, del voto en mayoría del juez Tragant.

los principios que exigen el cuidado especial de las niñas y niños, el mejorar las oportunidades de aprendizaje y el desarrollo en el marco de su propio hogar, apartándolos de las situaciones de riesgo que entraña el alojamiento dentro de una unidad penitenciaria.

En conclusión, es de resaltar que los principios rectores relacionados con el resguardo de los derechos del niño (en este caso, los derechos del niño por nacer), el principio de trascendencia mínima de la pena, en el marco de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, son receptados y reivindicados por la Cámara Federal de Casación Penal, toda vez que cuando no sea necesario o justificado, los niños deben ser salvaguardados de los duros efectos adversos del encarcelamiento de sus madres, su posible institucionalización y/o futuro encarcelamiento.

Asimismo—tal como señaló la Cámara Federal y, en su momento, el voto en disidencia del TOCF— no corresponde negar el beneficio por las condiciones del domicilio aportado para cumplirlo, ya que es al Estado a quien corresponde procurar la ejecución de las medidas necesarias para proceder al debido control del arresto. ♦

PATRIA POTESTAD

Fallecimiento del progenitor. Errores en la partida de defunción. Pedido de autorización para salir del país con fines recreativos. Rechazo *in limine*. Libramiento de oficios. Derecho al disfrute del tiempo vacacional.

Hechos: La progenitora de una menor promovió acción a fin de que ésta fuera autorizada viajar al extranjero en un viaje recreativo. Relató que el padre de la joven se encontraba fallecido, pero que su certificado de defunción adolecía de datos erróneos que le impedían presentarlo ante las autoridades de la Dirección Nacional de Migraciones. El juez la rechazó in limine, pero ordenó el libramiento de oficios a fin de constatar la identidad del progenitor fallecido.

1.— La autorización para que un menor salga del país, solicitada con fundamento en que el acta

de defunción de su progenitor adolece de datos erróneos que impiden su presentación ante las autoridades de la Dirección Nacional de Migraciones, debe rechazarse *in limine*, pues el trámite que se debe intentar es aquel que tienda a la modificación de los datos personales de dicho certificado y al asiento pertinente en el Registro Provincial de las Personas.

2.— Debe ordenarse el libramiento de oficios tendientes a cotejar la identidad existente entre el progenitor de una menor que desea viajar fuera del país y la persona cuyo fallecimiento da cuenta el certificado de defunción acompañado, ello a fin de que no quede vulnerado el derecho de aquélla a disfrutar en plenitud de su tiempo libre y vacacional.

JFam. Nro. 2, Avellaneda, 21/11/2013. - M.A.M. s/ autorización.

[Cita on line: AR/JUR/81345/2013]

Patria potestad y un caso de improponibilidad de la demanda

POR ALDO M. DI VITO

Se trata el caso de un pronunciamiento judicial que declara abstracta la petición referida a una autorización de viaje para una menor de edad. Para así decidir, la Sra. Juez interviniente tuvo por acreditado que el padre de la menor había fallecido y que, de conformidad a lo dispuesto por el inciso tercero del art. 264 del Código Civil, el ejercicio de la patria potestad recae exclusivamente en cabeza de la madre requirente, siendo innecesaria la tramitación del proceso.

Según se desprende del fallo la cuestión pasaba por la discordancia entre el nombre del padre consignado en el certificado de defunción y el que surge asentado en la partida de nacimiento de la niña, extremo que se presentaba como un impedimento para emprender un viaje al exterior del país.

De ahí que, en el considerando b) se pone de relieve “que el pedido de la actora radica en la ne-

cesidad de presentar el certificado de defunción del progenitor de la niña ante las autoridades de la Dirección Nacional de Migraciones”. En definitiva, se resolvió el rechazo *in limine* de la acción y se ordenó un oficio a los efectos de corroborar la identidad del progenitor fallecido para darle solución al asunto.

Falcón, define que la demanda constituye un acto jurídico procesal formal, cuya procedencia se funda en la acción, se realiza por escrito y contiene una o más pretensiones y peticiones de certeza positiva, relacionadas con el objeto reclamado y peticiones procesales destinadas a la formación y desarrollo del proceso (1). Además describe como regla básica, que la improponibilidad objetiva de la demanda debe apreciarse con estrictez y supone que la pretensión carece de tutela jurídica (2).

Así, se tiene dicho que a los efectos de resolver sobre un supuesto de improponibilidad objetiva el juez debe determinar en la sentencia: 1) Si existe una norma abstracta que contemple la situación jurídica, 2) si el hecho que el actor invoca corresponde a la categoría de los que esa norma consi-

(1) Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial, Tº I, p. 1073, Editorial Rubinzal Culzoni.

(2) FALCÓN, ob. cit. p. 1078.



COSTAS

A la accionante.

1ª Instancia.— Avellaneda, noviembre 21 de 2013.

Considerando: a) Del ejercicio de la patria potestad o autoridad parental. Liminarmente conviene recordar que en materia de patria potestad o autoridad parental, la norma es clara al establecer que en caso de muerte de uno de los padres, su ejercicio corresponde al otro progenitor (art. 264, inc. 3° del Cód. Civil). De este modo, “se torna unipersonal cuando falta uno de los padres” (Belluscio, Augusto C., “Manual de Derecho de Familia”, Abeledo Perrot).

En efecto, esta es una de las formas de extinción de la patria potestad (art. 306, inc. 1°, Cód. Civil), y la atribuye de pleno derecho al padre sobreviviente (arts. 103 y ss.).

dera, y 3) si la existencia del hecho está justificada. Los dos primeros requisitos se examinan con prescindencia de las afirmaciones de las partes. En el momento en que el juez o tribunal advierta en forma evidente la falta de tutela jurídica tiene que rechazar la demanda. La resolución que dicte en tal sentido hace cosa juzgada sobre el fondo de la cuestión, cualquiera sea la oportunidad en que se adopte tal decisión (3).

En el caso, si estamos al frente de la causa pretendi —pedido de autorización de viaje promovido por la madre de una menor cuyo progenitor falleció— con el derecho positivo (art. 264 inc. 3° del Código Civil) resulta evidente y acertada la solución adoptada, máxime que el juzgado ordenó otras medidas tendientes a solucionar la problemática, con base en el principio de realidad de las cosas y de la tutela efectiva de los derechos del menor. Refuerza lo expuesto, que el inciso 1° del art. 306 del Código de fondo establece que la patria potestad se acaba por la muerte de los padres, lo que permite concluir que la vía procesal intentada resultada impropia e inadecuada.

En las decisiones de este tipo de pedidos no deben perderse de vista aquellos principios de

Por su parte, el art. 264 ter contempla la intervención judicial en caso de desacuerdos entre los padres respecto a las decisiones relacionadas con la vida del hijo menor de edad, encontrándose allí comprendida la autorización para salir del país, a tenor de lo previsto por el art. 264 quater, pues el acto debe ejecutarse con el consentimiento expreso de los dos progenitores (art. 913, 917 y concs., Cód. Civil).

Obviamente, la norma no se aplica en el supuesto ya aludido del art. 264 inc. 3°, en que el ejercicio de la patria potestad corresponde en modo pleno a uno solo de los padres (Bueres-Highton, “Código Civil y normas complementarias”, Hammurabi, 2008, p. 442 y ss.). Y es esta la circunstancia comprendida en caso bajo análisis, razón por la cual la cuestión planteada en autos deviene abstracta para su tramitación.

b) La procedencia formal de la acción. No obstante ello, debe destacarse que el pedido de la actora radica en la necesidad de presentar el certificado de defunción

jerarquía superior y de raigambre constitucional (vgr. Constitucional Nacional art. 75 inc. 22, Convención de los derechos del niño, etc.) que orientan la solución de la controversia bajo el prisma de la realidad de las cosas y del sentido común en defensa de los derechos del niño. Dichos principios, fulminan cualquier error que puede adolecer una presentación judicial deficiente y se integran con el cuadro normativo enunciado en el fallo, categorizándose que la función judicial debe ordenarse en defensa del menor de edad por sobre cualquier otra cuestión.

Frente a una demanda infundada, las medidas complementarias ordenadas por el Tribunal para remediar la cuestión se presentan como un aliciente que se condice con los deberes del juez impuestos por las normas rituales y para un adecuado servicio de justicia. Sin pasar por alto que la exigencia del patrocinio letrado parte del deber del Estado de velar por la protección de los ciudadanos y que corresponde al abogado actuante traducir de un modo racional y hasta prolijo los reclamos de su ocasional cliente bajo un encuadre legal apropiado.

Una posición realista y exigible en la vida profesional del abogado resulta de la directiva preambular de afianzar la justicia.

(3) ARAZI - ROJAS, Código Procesal comentado, p. 434, Editorial Rubinzal Culzoni.

del progenitor de la niña ante las autoridades de la Dirección Nacional de Migraciones.

Que dicho instrumento adolece de ciertos datos erróneos. A saber: su nombre —incompleto— difiere del consignado en el certificado de nacimiento y carece del número del documento de identidad que permita relacionarlo con aquél.

Así pues, el art. 34, inciso 5to., apartado b) del CPCC-BA establece que es un deber de esta jurisdicción señalar —antes de dar trámite a cualquier petición— los defectos u omisiones de que adolezca la misma.

En el particular planteado, entiendo que la solicitud de la actora no podría prosperar como tal, por cuanto el trámite que se deba intentar es aquél que tienda a la modificación de los datos personales del certificado de defunción y, en consecuencia, el asiento pertinente en el Registro Provincial de las Personas —materia que se encuentra excluida de los supuestos señalados en el inciso “p” del art. 827 del CPCCBA, y dentro de la órbita del art. 50 de la ley 5827—.

En el sentido apuntado, es posible concluir que el reclamo en esta sede es inadmisibles, configurándose un supuesto de improponibilidad objetiva de la demanda dada la imposibilidad absoluta de que la pretensión esgrimida tenga acogimiento en la sentencia de mérito (CCCom. de Mar del Plata, sala 2a., 22/2/2005, BA B1404185; Morello, Augusto Mario y Berizonce, Roberto O., “Improponibilidad objetiva de la demanda”, en JA 1981-III-788).

c) Los derechos del niño comprometidos. Sin embargo, no debe soslayarse que la demanda incoada tiene por fin último posibilitar a la joven Ailén Magalí la realización de un viaje —que aunque no se especifica el destino, es indubitable que se trata de la ciudad de Orlando, Estados Unidos de América (ver fs. 8)—.

Por la extensión del viaje indicada en autos —del 01/12/2013 al 13/12/2013—, entiendo que aquél se trata de un viaje recreativo que, de no contar con la autorización pertinente, no podría ser cumplido.

A ello se suman las emociones y expectativas que entran en juego, no solo por la entidad del viaje de

esparcimiento, sino por la proximidad de la fecha de partida.

d) Marco normativo internacional. Derecho del niño a la recreación y esparcimiento. Interés superior del niño.

La importancia del juego y la recreación en la vida de todo niño ha sido reconocida hace ya tiempo por la comunidad internacional, como lo demuestra la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, en que se proclamó que “[e]l niño debe disfrutar plenamente de juegos y recreaciones [...]”; la sociedad y las autoridades públicas se esforzarán por promover el goce de este derecho” (Principio 7). Esta proclamación se ha reforzado luego en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, en cuyo artículo 31 se declara explícitamente que “[l]os Estados partes reconocen el derecho del niño al descanso y el esparcimiento, al juego y a las actividades recreativas propias de su edad y a participar libremente en la vida cultural y en las artes”.

Por sí mismo, es un típico derecho que la Convención reconoce a los niños por su calidad de tales y que muestra, de manera elocuente, el carácter de especialidad que rodea a los derechos humanos de la infancia (art. 31, Beloff, M. y otras, “Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada...”, 1° ed., Bs. As., La Ley, 2012).

Basta con notar que, a su edad un viaje de estas características impacta de manera significativa en una adolescente, pues enriquece la vida de los niños, estimula su imaginación, les permite descubrir las realidades que los rodean dotándolos de experiencias únicas.

Así, la aplicación de este derecho aparece como fundamental para la calidad de la niñez, el derecho de los niños a un desarrollo óptimo, el fomento de la capacidad de resistencia y recuperación y el ejercicio de otros derechos.

Junto al juego y el descanso, es esencial para la salud y el bienestar del niño; promueve el desarrollo de la creatividad, la imaginación y la confianza en sí mismo y en la propia capacidad, así como la fuerza y las aptitudes

La Constitución Nacional es el eje que debe motorizar el denominado derecho a la jurisdicción que comprende no sólo el derecho de recurrir ante los jueces, sino también el derecho de defenderse y de exigir una sentencia fundada y justa. Esta situación se vio reforzada con la reforma constitucional del año 1994; que inició, una nueva etapa en la vinculación de la Norma Suprema y el Derecho Privado Argentino, al reconocer jerarquía

preferente a los Tratados Internacionales sobre los Derechos Humanos suscriptos por la Nación Argentina que se enumeran en el inc. 22 art. 75.

La sentencia contiene una decisión fundada. Y lo que se pretende con este artículo es resaltar la importancia del trabajo del abogado y de los jueces para lograr la materialización de una decisión justa en cada caso concreto. ♦

físicas, sociales, cognitivas y emocionales. Y contribuye -además- a todos los aspectos del aprendizaje.

Tan importante es el esparcimiento para el desarrollo del niño como lo es la nutrición, la vivienda, la atención de salud y la educación: necesitan un tiempo y un espacio exentos de obligaciones, entretenimientos o estímulos en que puedan comportarse de manera tan activa o inactiva como deseen. Así ha quedado plasmado en la reciente Observación General N°17 sobre el derecho del niño al descanso, el esparcimiento, el juego, las actividades recreativas, la vida cultural y las artes (artículo 31), elaborada por el Comité de los Derechos del Niño, en fecha 17/04/2013.

En forma coordinada, tales elementos están íntimamente conectados con otros principios generales de la Convención, como la atención primordial del interés superior del niño a que alude el art. 3°.

Sobre este último, ha dicho nuestra Corte provincial que apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Y que proporciona un parámetro objetivo que permite priorizar el interés del niño frente a un presunto interés del adulto (conf. SCBA, AC. 84.418, 19/06/2002). Ello es así, pues se trata de una delicada y compleja decisión que afecta el bienestar de los menores en consonancia con el derecho trasnacional que emana de la Convención antes citada.

Dicho esto, considero que desde la perspectiva integrada de principios convencionales con jerarquía constitucional, lo que aquí se resuelva en mérito a las exigencias procesales incumplidas, no podrá vulnerar el derecho de la joven Ailén Magalí a disfrutar en ple-

nitud de su tiempo libre y vacacional en los términos de los arts. 3° y 31 de la C.D.N.

Y en función de ello, con el objeto de evitar la promoción de un nuevo proceso en el fuero civil y comercial, y facilitar el cotejo de la identidad existente entre el progenitor de A.M. y la persona cuya extinción da cuenta el certificado de fs. 4, corresponde disponer las medidas necesarias que no posterguen el derecho a la recreación y esparcimiento de la adolescente.

En consecuencia, por los argumentos desarrollados precedentemente, resuelvo:

1) Rechazar in limine la presente acción (art. 366 del CPCCBA).

2) Costas a la accionante (art. 68, CPCCBA).

3) No obstante ello, con el fin de corroborar la identidad del progenitor fallecido librese oficio a la Unidad Funcional de Instrucción N°4 y al Juzgado de Garantías N°9 departamentales a fin de que remitan con carácter urgente la IPP N°07-02-016315-09 respecto del causante P. M. o P. M. M., o en su caso, copias certificadas de la misma, en la cual conste —además— el “acta 25” a que hace referencia el certificado de defunción de fs. 4.

4) Asimismo, acompañese certificado de defunción actualizado del causante, a fin de descartar posibles modificaciones respecto de los datos del mismo.

5) Difiérase la regulación de los estipendios profesionales para una vez cumplido lo dispuesto en el punto tercero.

6) Oportunamente, procédase al archivo de las presentes actuaciones, dejándose debida constancia en los libros de Secretaría. — *María S. Villaverde.*

.....
Sucesiones / Doctrina
.....

Contrato y testamento, hacia una mayor libertad y autonomía de la voluntad en el Derecho Sucesorio

POR FLORENCIA INÉS CÓRDOBA

Sumario: I. Introducción. II. Relación con el Derecho Sucesorio. III. Consideraciones finales.

I. Introducción

Es necesario atender que en la estructura jurídica de Argentina los conceptos libertad y autonomía de la voluntad han sido desarrollados bajo aspectos diferentes. Ello, vinculado con algunas de las modificaciones propuestas en la Sanción de Senadores de Código Civil y Comercial de la Nación (1), respecto de las normas del derecho sucesorio, resultan consecuencia de nuestra evolución jurídica.

a) Libertad

El Diccionario de la Real Academia Española (2), en la acepción que aquí interesa, define a la libertad como facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, y de no obrar, por lo que es responsable de sus actos. Facultad de hacer y decir cuanto no se oponga a las leyes ni a las buenas costumbres, en las naciones bien gobernadas.

Atilio A. Alterini, nos ha enseñado que “la idea de libertad negocial estuvo en la base del Derecho privado antiguo”, en el cual “la *lex publica* no aporta restricciones al dominio de la legislación privada sino allí donde el interés de todos lo exige imperiosamente”. Los principios de UNIDROIT prevén concordantemente que “las partes tienen libertad para celebrar un contrato y determinar su contenido” (art. 1.1), pues —se explica en su

comentario— “la libertad de contratar constituye el eje sobre el cual gira un orden económico Internacional abierto, orientado hacia el libre comercio y la competitividad”. El mismo criterio central resulta del art. 42 del Anteproyecto de Código Europeo de Contratos y del art. 1:102 de los Principios del Derecho Europeo de Contratos” (3).

La profesora de Uruguay, Mabel Rivero de Arhancet, invocando a Nogueira Alcalá expone que “La dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que vertebra todo el ordenamiento constitucional” (4). Una de las cualidades más distinguidas de la dignidad de la persona se refiere a la libertad, en cuanto aptitud de seleccionar entre posibilidades, de ser actor responsable de sus propios actos y, en consecuencia, de gobernar de forma responsable su propia vida. Estrechamente vinculado a esta libertad responsable se encuentra el principio de autonomía.

b) Autonomía

La conducta autónoma es aquella en que el sujeto se comporta según sus propias inclinaciones

(3) ALTERINI, Atilio A., “Los Pilares del Contrato Moderno” en *Private Law Beyond The National Systems - Liber Amicorum Guido Alpa*, British Institute of International and Comparative Law, Great Britain, 2007, pp. 113/114. Con citas de VON IHERING.

(4) RIVERO DE ARHANCET, Mabel, “Personas. Su Dignidad” en *Derecho Moderno - Liber Amicorum Marcos M. Córdoba*, t. I, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 55. Con cita de NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, “Dignidad de la persona. Derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos. Una aproximación desde Chile y América Latina”, en *Revista de Derecho 2010-5*, Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga, Uruguay.

(1) http://www.senado.gov.ar/parlamentario/parlamentaria/ordenDelDiaResultado?senado_parlamentariobundle_busquedaordentype%5BordenDelDiaNumero%5D=892&senado_parlamentariobundle_busquedaordentype%5BordenDelDiaPeriodo%5D=2013

(2) <http://lema.rae.es/drae/?val=libertad>

del ánimo, resoluciones, cualidades y libre de influencias externas o interposiciones no queridas.

Se entiende por autonomía personal la capacidad que tiene la persona de elegir por su propia voluntad la forma de realizarse como tal, siendo el sujeto de su misma realización personal. A diferencia de la heteronomía, que se rige por imperativos que están fuera de ella misma, la autonomía supone aptitud para formular y realizar decisiones.

La libertad o capacidad de decisión que implica la autonomía no es sólo falta de coacción, sino que importa la eventualidad de elección y la de adhesión o compromiso en un sentido o dirección. No se refiere a ejercer la libertad con la privación o indiferencia de compromisos, ni tampoco de un hacer arbitrario, que no esté sometido a normas y leyes. El carácter de la celebración autónoma, libre, lleva incluido, junto a la capacidad de elegir, aceptar o decidir ante una situación, la adhesión o compromiso ante ella.

c) Autonomía de la voluntad

Según el desarrollo jurídico argentino la autonomía de la voluntad es aquella que se ejerce en una convención, entre dos o más partes, y que exponen como voluntad común.

El reconocido principio de autonomía de la voluntad o sea, de la libertad contractual inherente a la convención, sólo se detiene ante las vallas del orden público, la moral, las buenas costumbres y la buena fe (5).

La libertad es individual, mientras que en la autonomía de la voluntad no existe plena libertad, porque está condicionada a la concurrencia de otra voluntad afín. Así nos enseña Lucchini Guastalla, al diferenciar los actos unilaterales de los plurilaterales, cuando refiere que el primero está constituido por la declaración de voluntad de una sola parte, mientras que el acto plurilateral se compone de las declaraciones de voluntad de dos

o más partes. Nos menciona que el testamento y el poder son ejemplos del primero, respecto del segundo invoca al contrato y el matrimonio (6).

d) Sus diferencias

Lo antes expuesto se identifica con las palabras de Fernández Sessarego quien nos informa que “Díez-Picazo y Gullón, al ocuparse de la autonomía privada, se refieren, como no podía ser de otra manera, a la relación existente entre la libertad y la voluntad. La “autonomía privada”, afirman, no es lo mismo que libertad individual. Reconocer la existencia de la libertad, dicen, significa permitir “hacer”, dar al individuo una esfera de actuación. Reconocerle autonomía, en cambio, es “reconocerle soberanía para gobernar la esfera jurídica propia”. Existe autonomía cuando el individuo “no sólo es libre, sino que es además soberano para dictar su ley en la esfera jurídica”. La libertad encierra un “poder hacer (ámbito de lo lícito), pero sin que el derecho reconozca por ello valor jurídico a tales actos”. En la autonomía, por consiguiente, hay además de un “poder hacer” un “poder de gobierno sobre la esfera jurídica”. Es decir, concluyen, “el acto además de libre es eficaz, vinculante y preceptivo” (7).

e) Autonomía de la voluntad y contrato

Si bien gramaticalmente, los conceptos de libertad y autonomía de la voluntad, se encuentran estrechamente vinculados, lo cierto es que los principios de la autonomía de la voluntad en la Argentina se han desarrollado en relación al contrato, partiendo de la redacción contenida en el art. 1197 del Código Civil de Vélez Sársfield.

Ello también en la elaboración jurídica de los países cuyas culturas nos informan al respecto, así Alpa enseña que “autonomía de los sujetos privados significa entonces que ellos son libres de lograr las operaciones que crean, con sujeción a los límites establecidos por el ordenamiento jurídico. Cuando se hace referencia a la autonomía, en general, se quiere indicar una forma particular

(5) En “Palavecino Mariana Elena s/tercería de dominio en autos Machado Lázaro Esteban del Pilar c. IOA Distribuidora Electromédica Argentina y/u otros s/haberes impagos - casación laboral”, Sala Criminal, Laboral y Minas del Excmo. Superior Tribunal de Justicia, Resol. Serie “B” N° 25 - Sentencia de Fecha 13/2/2009 - Fallo N° 23859 Mag. votantes: Juárez Carol-Rímimi Olmedo-Suarez.

(6) LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, “Negozio giuridico” en *Il contratto e il fatto illecito*. Corso di diritto civile, Giuffrè, Milano, 2012, p. 120.

(7) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, “Reflexiones en torno a la “autonomía de la voluntad”, en: LA LEY, Sup. Act. 29/05/2003, 1. www.laleyonline.com.ar.

de autonomía, la contractual, o como se dice, negociable (del latín *negotium*, acuerdo) (8).

Se sostiene que la consagración del concepto de contrato como declaración de voluntad común es el resultado de las concepciones de filósofos del siglo XVIII y de los juristas del siglo XIX que siguieron sus ideas; donde la voluntad del hombre era la fuente de todos los derechos. Se sostenía que ella era autónoma, para enfatizar la primacía del individuo sobre la sociedad, poniendo énfasis en lo que han querido libremente y exaltando el respeto a la palabra empeñada (9).

La expresión de la autonomía de la voluntad en los términos de nuestro Código Civil se refiere a una autonomía o libertad ejercida en la generación de la relación jurídica plurilateral. Ésta, la autonomía de la voluntad, encuentra un doble límite, uno de ellos está dado porque la elección del individuo resulte coincidente con la voluntad de los otros sujetos de la relación, no sólo en la realización del acto sino también en el contenido, pues va a ser éste el que rija los deberes y derechos durante su vigencia. El otro límite está dado por el orden público pues tal como sostiene Atilio A. Alterini, “desde siempre la autonomía de la voluntad ha estado subordinada a las normas imperativas de orden público” (10).

El derecho argentino ha tratado a la noción de autonomía de la voluntad como aquella autonomía que tiene por efecto crear negocios jurídicos plurilaterales. El obrar independiente respecto de otras voluntades se concibe como libertad, el sujeto tiene libertad para contratar, pero esa libertad encuentra su límite en la gestación de los negocios jurídicos plurilaterales ante idéntica libertad que poseen los restantes sujetos de la vinculación.

La libre celebración del contrato o autodecisión es la atribución que le corresponde a los particula-

res para contratar o no y para elegir la persona, o las personas con las cuales quedar vinculado por ello.

No existe obligación de contratar salvo estipulación legal o contractual en contrario, pero una vez que ello ha ocurrido sí existe obligación de cumplir con aquello, pues esta es la consecuencia del negocio jurídico obligatorio (11).

Para que exista un contrato, no alcanza con una voluntad, es necesaria una voluntad común. Tal como expresa Guido Alpa, la libertad contractual consiste en realizar o no el contrato; de elegir con quien contratar; la figura jurídica; el tipo; contenido; forma; modo y conclusión del contrato (12). Pero la libertad del contratante está limitada por la libertad del otro. Es por eso, que nos referimos a la autonomía de la voluntad, como una voluntad común del acto plurilateral, se trata de la decisión a la que han arribado las partes. El art. 1137 del Código Civil norma que “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

En nuestro derecho, la autonomía de la voluntad, siempre ha sido identificada con la relación contractual. En el art. 1197 del Código Civil se dispone que “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Stiglitz afirma que “La autonomía de la voluntad en el campo contractual era (y es), ante todo, libertad de contratación, lo que significa la libre opción del individuo entre contratar y no contratar, libertad para la elección del otro contratante y la posibilidad de dotar de contenido al contrato. Significa además, la libertad de elección del tipo contractual y la libertad de construir otros distintos. El principio de la autonomía de la voluntad es útil para explicar el porqué de la fuerza obligatoria del contrato”. Además, expone que las nuevas formas de contratar han ido creando una desigualdad entre las partes contratantes, dejando a la parte débil con la posibilidad de decidir únicamente si contrata o no con un esquema predispuerto. Afirma que “el rol de la autonomía de la voluntad no debe ser entendido como una supremacía absoluta de los

(8) ALPA, Guido, “L’Autonomia Negoziale” en *Manuale di Diritto Privato*, Cedam, quinta edizione, Padova, 2007, p. 548.

(9) Conf. LAVALLE COBO, Jorge E., en BELUSCIO, Augusto C. (director)-Zannoni, Eduardo A. (coordinador) *Código civil y leyes complementarias Comentado*, anotado y concordado, Astrea, Buenos Aires, 1994, 2ª reimpresión, t. V, p. 890.

(10) ALTERINI, Atilio A., “Los Pilares del Contrato Moderno” en *Private Law Beyond The National Systems - Liber Amicorum Guido Alpa*, British Institute of International and Comparative Law, Great Britain, 2007, p. 116.

(11) Ver SPOTA, Alberto G., “Instituciones de Derecho Civil. Contratos”, Volumen I, Depalma, 1984, p. 20 y ss.

(12) ALPA, Guido. “Le definizioni e I principi” en *Manuale di Diritto Privato*, Cedam, quinta edizione, Padova, 2007, p. 570.

derechos subjetivos contractuales, sino como un principio relativo y subordinado a los límites que les son inherentes". Por último, refiere que surge del Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial que "el rol de la autonomía de la voluntad, no puede traducirse en una supremacía absoluta de los derechos subjetivos contractuales, pues ello importaría lo mismo que admitir la inexistencia de límites impuestos a la libertad contractual" (13).

II. Relación con el Derecho Sucesorio

Poniendo en la consideración la diferencia entre ambos conceptos, y en correspondencia con lo que se anuncia en la Sanción de Senadores de Código Civil y Comercial de la Nación, respecto de relaciones jurídicas que atañen a ambas concepciones en normas del ámbito de las transmisiones por causa de muerte, analizaremos algunas de las propuestas trascendentes respecto de estas cuestiones.

a) Legislación Vigente y su comparación con la proyectada

i. Libertad

Es principio general, por disposición de la más alta jerarquía normativa (art. 19 de la Constitución Nacional (14)), que ningún habitante de la Nación está privado de lo que la ley no prohíbe. Ello implica que las personas son libres para disponer de su herencia, salvo las limitaciones previstas por la ley, es que como explican José María y José Mariano Gastaldi "Existe un orden de prelación normativa —escala jerárquica— en el ordenamiento jurídico en general (conf. arts. 31, CN)...". (15). Expone Bianca que "el límite fundamental que encuentra la autonomía testamentaria es el de la solidaridad familiar. En presencia de legitimarios, la persona puede disponer sólo de una parte de

su patrimonio" (16). En el mismo sentido Puig Brutau exhibe que "El testamento supone la posibilidad de que la voluntad del sujeto de derecho determine el destino de sus bienes, derechos y obligaciones para después de su fallecimiento. Es un acto por el cual una persona puede determinar, dentro de los límites y en la forma que prescribe la ley, el destino de su patrimonio después de su muerte" (17). El contenido del texto constitucional es además reconocido como un principio básico informante de todo el derecho, y así surge de las palabras de Stiglitz, quien al enseñarnos sobre la evolución de nuestro derecho contractual, nos informa que no "se aceptaba que el contrato se tornara injusto, pues no era imaginable que quien por esencia es libre, autolimitara su libertad al contratar, para consagrar una consecuencia injusta contra sí mismo" (18). Surge claro del pensamiento del profesor Stiglitz y del texto constitucional, que el principio es la libertad del sujeto, que sólo puede ser limitada por normas imperativas, es decir, aquellas que la misma constitución indica cómo deben ser gestadas. En la actualidad, el Código Civil al establecer las porciones reservadas para los herederos instituye que si el causante era casado: "La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales (art. 3595)"; si tenía descendencia: "La porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el artículo 3570 (art. 3593)" y sino para su ascendencia fija: "La legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el artículo 3571 (art. 3594)". Aún en las circunstancias referidas no hay absoluta pérdida de la libertad, porque el legislador no ha reservado la totalidad de la herencia sino tan sólo una cuota de ello. La parte remanente

(13) STIGLITZ, Rubén, "Un nuevo orden contractual en el Proyecto de Código Civil" en <http://www.nuevocodigo-civil.com/un-nuevo-orden-contractual-en-el-proyecto-de-codigo-civil-por-ruben-stiglitz/>

(14) Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.

(15) GASTALDI, José María y GASTALDI, José Mariano, "Los Contratos en General" en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (Director: Rivera, Julio César), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 582.

(16) BIANCA, C. Massimo, "La successione testamentaria" en Diritto Civile - la familia - le successioni, Giuffrè, Milano, 2005, p. 730.

(17) PUIG BRUTAU, José, "El testamento" en Fundamentos de Derecho Civil - Sucesiones, Volumen II, Bosch, Barcelona, 1963, p. 5.

(18) STIGLITZ, Rubén, "Un nuevo orden contractual en el Proyecto de Código Civil" en <http://www.nuevocodigo-civil.com/un-nuevo-orden-contractual-en-el-proyecto-de-codigo-civil-por-ruben-stiglitz/>

es la que se denomina porción disponible, y así lo establece el art. 3605: “De la porción disponible el testador puede hacer los legados que estime conveniente, o mejorar con ella a sus herederos legítimos. Ninguna otra porción de la herencia puede ser detraída para mejorar a los herederos legítimos”. Cuando se produce concurrencia de herederos forzosos, la porción disponible resulta ser el remanente luego de reservar la porción legítima más alta. Pero aclaro, como ya lo he referido, que el principio general es que se puede disponer del todo.

En relación a lo expuesto sobre la libertad, cabe destacar el expreso interés de la ley lo que resulta de sus propias previsiones incluso de las que sancionan a quien contraría la voluntad del causante. Así se establece en el art. 3296 del Código Civil al indicar que “Es incapaz de suceder el que estorbó por fuerza o por fraude, que el difunto hiciera testamento, o revocara el ya hecho, o que sustrajera éste, o que forzó al difunto a que testara”. Así nos enseñaban los profesores Córdoba y Solari al referir que “todos los supuestos legales se dirigen a evitar que, mediante maniobras impropias, se tuerza la última voluntad del causante” (19).

Con la modificación prevista en el art. 2445 de la Sanción de Senadores de Código Civil y Comercial de la Nación: “La porción legítima de los descendientes es de DOS TERCIOS (2/3), la de los ascendientes de UN MEDIO (1/2) y la del cónyuge de UN MEDIO (1/2)”, se ha ampliado la porción disponible del causante en relación a los ascendientes y descendientes, lo que otorga una mayor libertad para disponer de su herencia.

ii. Autonomía de la voluntad

En la actualidad está absolutamente cercenada la posibilidad de pactar sobre la herencia futura, y así lo instituye el Código Civil al indicar que: “Si alguno prometiese bienes gratuitamente, con la condición de no producir efecto la promesa sino después de su fallecimiento, tal declaración de voluntad será nula como contrato, y valdrá sólo como testamento, si está hecha con las formalidades de estos actos jurídicos (art. 1790)” y “Toda renuncia o pacto sobre la legítima futura entre aquellos que la declaran y

los coherederos forzosos, es de ningún valor. Los herederos pueden reclamar su respectiva legítima; pero deberán traer a colación lo que hubiesen recibido por el contrato o renuncia (art. 3599).

En el art. 1010 del proyecto en análisis, se prevé una revolucionaria modificación al establecer que “La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros”. De esta manera se estaría posibilitando al causante pactar respecto del mantenimiento del patrimonio con algunos coherederos, lo que otorga una mayor autonomía de la voluntad en los convenios. Medina y González Magaña también han considerado que “la reforma proyectada al permitir mayor discrecionalidad del causante para repartir los bienes, ha fomentado la autonomía de la voluntad” (20). Si bien la norma en principio no permite los pactos sobre herencia futura, crea excepciones legales a ello. Este notable cambio en la legislación, refleja una evidente transformación en los valores morales de la sociedad.

A las necesidades del tráfico jurídico, se le imputan las causas de justificación que llevaron al legislador a priorizar, frente al principio moral que prohibía de modo absoluto el pacto sobre herencia futura, la norma propuesta en la segunda parte del art. 1010 de la Sanción de Senadores de Código Civil y Comercial de la Nación que los habilita en ciertos casos. Así resulta claro entonces el interés colectivo que surge en tal dinámica, es decir, la conveniencia para muchos de proteger lo relativo a la fuerza que produce movimiento, traslación (21).

(19) CORDOBA, Marcos M. y SOLARI, Néstor E., “Capacidad para suceder” en Derecho Sucesorio (Córdoba - Levy - Solari - Wagmeister), Tomo I, Universidad, Buenos Aires, 1991, pp. 93/94.

(20) MEDINA, Graciela y GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, “Sucesiones intestadas” en Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012 (Director: Rivera, Julio César), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 1167.

(21) Ver al respecto CORDOBA, Marcos M., “La Dinámica como Requisito de la Transmisión” en Private Law

III. Consideraciones finales

La amplitud de injerencia de la libertad y la autonomía de la voluntad expuesta según la Sanción de Senadores de Código Civil y Comercial de la

Beyond The National Systems - Liber Amicorum Guido Alpa, British Institute of International and Comparative Law, Great Britain, 2007, pp. 270/289.

Nación, en cuanto a las normas que se refieren al derecho sucesorio, resulta la consecuencia de la evolución social y jurídica de la República Argentina, en virtud del mayor ámbito de ejercicio de la libertad y la autonomía de la voluntad de los sujetos del derecho por ella alcanzados. Ello habilita un mayor grado de dinamismo de las relaciones jurídicas vinculadas con la transmisión por causa de muerte. ♦

Legítima y su protección

POR JUAN CARLOS PANDIELLA MOLINA

Sumario: 1. Introducción. 2. Derecho Comparado. 3. Nociones de la legítima. 4. Beneficiarios. 5. Regulación en el Proyecto de Reforma 2012. 6. Reflexiones finales.

1. Introducción

El maestro Borda (1), nos enseña que en el derecho romano primitivo, rigurosamente individualista, el testador tenía ilimitados poderes para disponer de sus bienes. Ninguna porción de la herencia estaba reservada necesariamente a sus hijos ni a su cónyuge. Esta situación se mantuvo hasta fines de la República. Ya por entonces, pareció chocante al sentimiento de justicia esta facultad sin restricciones para disponer de los bienes, que permitía dejar en la miseria a los hijos, sin ninguna razón fundada y por simple arbitrio caprichoso del padre. Se introdujo por aquella época un remedio que se llamó querella inofficiosi testamenti. Se partía de la ficción de que una exclusión injusta sólo podía emanar de una mente enferma; no era que se reputase demente al testador, ni que hubiera que producir la prueba de que éste lo estaba; bastaba esa simple apariencia de insania (color insaniae) derivada de la irrazonabilidad del acto, para que se hiciese lugar a la acción. El resultado era la caída de todo el testamento; los bienes se distribuían entonces como si aquél hubiera fallecido intestado. Recién en el derecho justineano, la legítima adquiere su configuración moderna; ya no cae todo el testamento, sino que el heredero forzoso tiene derecho a reclamar una parte de la herencia de la cual no puede ser privado sin justas causas.

Durante siglos fue tema preferido de discusión, si era más conveniente el sistema de absoluta libertad de disposición de los bienes o si, por el contrario, era preferible establecer una legítima. En favor del primero se aducía que el derecho de propiedad es absoluto y por tanto, no es posible limitar las potestades del propietario; que da ma-

yor coherencia y unidad a la familia, al robustecer considerablemente la autoridad paterna; que la posibilidad de dejar todos los bienes a un hijo (por lo común el mayor) permite mantener el rango y el poder de la familia; que se impide la subdivisión excesiva de los inmuebles, lo que importa inutilizarlos desde el punto de vista económico. Todos estos argumentos resultan hoy inactuales. Ya nadie concibe la propiedad como un derecho absoluto; la potestad del Estado de regular y limitar los derechos de los propietarios es en nuestros días indiscutible. En lo que atañe a la autoridad paterna, es indudable que su facultad para disponer libremente de sus bienes le permitía mantener una mayor sujeción de los hijos a su voluntad; pero no es deseable una autoridad fundada en el interés o en el miedo, ni fomentar un ejercicio arbitrario de ella, ni mantenerla aun después de que los hijos hayan llegado a la mayoría de edad. Por lo demás, como el causante tiene a su disposición la porción disponible, podrá premiar con ella al buen hijo, o favorecer al necesitado, sin incurrir en excesos o exclusiones repudiables. Ni puede hablarse ya de la conveniencia de mantener el rango de la familia, pues ello repugna a la conciencia democrática moderna. La posibilidad de que el padre, sin otra causa que una razón de orgullo o una pretensión de poderío, desherede a varios hijos para concentrar todos los bienes en cabeza del mayor, es inconciliable con el espíritu de igualdad de que están animadas las sociedades contemporáneas. En cuanto al peligro de la excesiva subdivisión, ello lo es sólo cuando conduce a dividir lo que constituye una unidad económica. La solución es, por tanto, declarar ésta indivisible, tal como lo hace el artículo 2326(2) del Código Civil (ref. por ley 17.711).

(1) BORDA, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil — Sucesiones, t. II", n° 902 y ss., Abeledo-Perrot, 1994.

(2) Art. 2326 C.Civ. Arg. Son cosas divisibles, aquellas que sin ser destruidas enteramente pueden ser divididas en porciones reales, cada una de las cuales forma un todo

La institución de la legítima responde a un poderoso sentimiento de justicia. Forma parte de la lucha contra el privilegio en que están empeñadas las masas en el mundo entero. La discusión en torno a ella está ya superada. Sólo en Inglaterra, la mayor parte de los Estados Unidos y Canadá se mantiene el sistema de la libre disposición de los bienes.

2. Derecho comparado

Podemos sostener que la legítima es una institución de vigencia, casi universal. Solamente en Inglaterra, la mayor parte de los Estados Unidos y Canadá, firmemente aferrados a sus tradiciones, mantienen el principio de la absoluta libertad de testar.

En México y en los países centroamericanos como Honduras, El Salvador, Panamá, Guatemala, Nicaragua, la noción clásica de la legítima ha sido sustituida por la obligación impuesta al causante de dejar a ciertos parientes una parte de sus bienes en concepto de alimentos. Es decir, el principio es la libertad de testar, aunque esa libertad no es absoluta, pues debe hacerse reserva de ciertos bienes en favor de determinados parientes con el propósito de evitarles el peligro de caer en la indigencia.

El Código mexicano dispone que el causante está obligado a dejar alimentos a sus descendientes menores; a los mayores si están incapacitados para el trabajo, o a las hijas que no hayan contraído matrimonio; al esposo impedido de trabajar; a la esposa; a los ascendientes; a la concubina; a los colaterales dentro del cuarto grado menores de 18 años o incapacitados para el trabajo (art. 1368 (3)). Este derecho sigue las reglas generales de

homogéneo y análogo tanto a las otras partes como a la cosa misma. No podrán dividirse las cosas cuando ello convierta en antieconómico su uso y aprovechamiento. Las autoridades locales podrán reglamentar, en materia de inmuebles, la superficie mínima de la unidad económica. (Párrafo incorporado por ley 17.711).

(3) Artículo 1368. C.Civ. Distrito Federal de México: El testador debe dejar alimentos a las personas que se mencionan en las fracciones siguientes: I. A los descendientes menores de 18 años respecto de los cuales tenga obligación legal de proporcionar alimentos al momento de la muerte; II. A los descendientes que estén imposibilitados de trabajar, cualquiera que sea su edad; cuando exista la obligación a que se refiere la fracción anterior; III. Al cónyuge supérstite cuando esté impedido de trabajar y no tenga bienes sufi-

la pensión alimentaria: no goza de él quien posee bienes suficientes (art. 1370 (4)); sólo puede pretenderlos el que no tenga otros parientes más cercanos con posibilidad de darlos (art. 1369 (5)). La cantidad será fijada por el juez y no podrá ser mayor de la mitad de lo que les hubiera correspondido en la sucesión intestada, ni menor de un cuarto (art. 1372 (6)). Para Borda, es una solución mezquina y chocante con los principios de justicia en que se funda la legítima.

En Rusia, el causante no puede disponer de sus bienes sino en favor de las personas legalmente llamadas a sucederlo (art. 418, Cód. Civil.); en ningún caso puede desheredar a su hijo menor de edad (art. 94).

En los países que admiten la legítima, el monto de ella es variable, siendo de notar que la nuestra es la más alta en la redacción original de Vélez.

cientos. Salvo otra disposición expresa del testador, este derecho subsistirá en tanto no contraiga matrimonio y viva honestamente; IV. A los ascendientes; V. A la persona con quien el testador vivió como si fuera su cónyuge durante los dos años que precedieron inmediatamente a su muerte o con quien tuvo hijos, siempre que ambos hayan permanecido libres del matrimonio durante el concubinato y que el superviviente esté impedido de trabajar y no tengan bienes suficientes. Éste derecho sólo subsistirá mientras la persona de que se trate no contraiga nupcias y observe buena conducta. Si fueren varias las personas con quien el testador vivió como si fueran su cónyuge, ninguna de ellas tendrá derecho a alimentos; VI. A los hermanos y demás parientes colaterales dentro del cuarto grado, si están incapacitados o mientras que no cumplan dieciocho años, si no tienen bienes para subvenir a sus necesidades.

(4) Artículo 1370. No hay obligación de dar alimentos a las personas que tengan bienes; pero si teniéndolos, su producto no iguala a la pensión que debería corresponderles, la obligación se reducirá a lo que falte para completarla.

(5) Artículo 1369. No hay obligación de dar alimentos, sino a falta o por imposibilidad de los parientes más próximos en grado.

(6) Artículo 1372. El derecho de percibir alimentos no es renunciante ni puede ser objeto de transacción. La pensión alimenticia se fijará y asegurará conforme a lo dispuesto en los artículos 308, 314, 316 y 317 de este Código, y por ningún motivo excederá de los productos de la porción que en caso de sucesión intestada corresponderían al que tenga derecho a dicha pensión, ni bajará de la mitad de dichos productos. Si el testador hubiere fijado la pensión alimenticia, subsistirá su designación, cualquiera que sea, siempre que no baje del mínimo antes establecido. Con excepción de los artículos citados en el presente Capítulo, no son aplicables a los alimentos debidos por sucesión, las disposiciones del Capítulo II, Título VI del Libro Primero.

En algunos, hay entre la legítima y la porción disponible de la cual el testador puede disponer sin limitación alguna, una tercera porción, de la que el testador puede disponer pero sólo para ser distribuida entre los herederos forzosos, lo que le permite mejorar a alguno o algunos de ellos, sin perder su derecho a distribuir entre extraños la porción libre (Cód. español, art. 808; colombiano, art. 1253 (7); chileno, art. 1182 (8)).

3. Nociones de la legítima

La definición legal que nos da Vélez la encontramos en el Artículo 3591 que dice: *“La legítima de los herederos forzosos es un derecho de sucesión limitado a determinada porción de la herencia. La capacidad del testador para hacer sus disposiciones testamentarias respecto de su patrimonio, sólo se extiende hasta la concurrencia de la porción legítima que la ley asigna a sus herederos”*. Se complementa con lo dispuesto por el artículo 3592 del Código, al expresar que *“Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior”*, nos pone en contacto con los herederos con “llamamiento imperativo”; es decir los herederos forzosos, o legitimarios.

Para Borda, es la parte del patrimonio del causante de la cual ciertos parientes próximos no pueden ser privados sin justa causa de desheredación, por actos a título gratuito. Aunque

(7) Artículo 1253 Código Civil Colombiano “Asignatarios de la cuarta de mejoras” modificado por el artículo 24 de la Ley 45 de 1936. El nuevo texto es el siguiente: De la cuarta de mejoras puede hacer el donante o testador la distribución que quiera entre sus descendientes legítimos, sus hijos naturales y los descendientes legítimos de éstos, y podrá asignar a uno o más de ellos toda la dicha cuarta, con exclusión de los otros. Los gravámenes impuestos a los asignatarios de la cuarta de mejoras, serán siempre a favor de una o más de las personas mencionadas en el inciso precedente. La acción de qué habla el artículo 1277 del Código Civil, comprende los casos en que la cuarta de mejoras, en todo o en parte, fuere asignada en contravención a lo dispuesto en este artículo.

(8) Art. 1182. Son legitimarios: 1. Los hijos, personalmente o representados por su descendencia; 2. Los ascendientes, y 3. El cónyuge sobreviviente. No serán legitimarios los ascendientes del causante si la paternidad o la maternidad que constituye o de la que deriva su parentesco, ha sido determinada judicialmente contra la oposición del respectivo padre o madre, salvo el caso del inciso final del artículo 203. Tampoco lo será el cónyuge que por culpa suya haya dado ocasión a la separación judicial.

el Código dice que la legítima es una parte de la herencia (art. 3591), en rigor, el concepto es más amplio, porque para calcularla no se considera únicamente el patrimonio dejado al fallecer, sino también los bienes donados en vida por el causante. Por lo tanto, los herederos forzosos, no sólo pueden atacar el testamento que ha afectado su porción legítima, sino también las donaciones (9).

Por su parte Zannoni (10), la define de la siguiente manera: “la porción legítima es la alícuota de los bienes de la herencia de la que ciertos herederos, llamados legitimarios —o forzosos— no pueden ser privados. Es una suerte de alícuota global sin interesar cuántos legitimarios concurren a la sucesión”.

Por su parte, Ventura (11) al respecto manifiesta: “Podemos definir la porción legítima de manera sencilla, expresando que es la parte de la herencia de la que no pueden ser privados los herederos forzosos, ni por donaciones que hubiere efectuado el difunto en vida, ni por disposiciones testamentarias. Nuestro concepto se determina con lo normado en los arts. 3591 al 3595 y el art. 3714 del Código Civil”.

Para los doctrinarios Salas y Trigo Represas (12), sostienen que en nuestro derecho la legítima es parte de la herencia, no de los bienes; por ello quien es titular de la porción legítima en una sucesión, lo es en su calidad de heredero del causante y tiene derecho a que se lo declare tal si fue omitido por éste en su testamento.

4. Beneficiarios

Como lo señalamos supra, el artículo 3592 del Código, señala que *“Tienen una porción legítima, todos los llamados a la sucesión intestada en el*

(9) BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil — Sucesiones”, t. II, n° 903, Abeledo-Perrot, 1994.

(10) ZANNONI, Eduardo A., “Algunos aspectos sobre la igualdad entre herederos forzosos y la protección de la legítima hereditaria en el proyecto del Código Civil”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2012-3, Proyecto de Código Civil y Comercial, p. 655 y ss., Rubinzal-Culzoni, 2013.

(11) VENTURA, Gabriel B., “La desprotección de la legítima en el Código Civil y en el proyecto 2012”, publicado <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/la-desproteccion-de-la-legitima-en-codigo-civil-y-en-el-proyecto-2012>

(12) SALAS, Acdeel E. - TRIGO REPRESAS, Félix A., Código Civil Anotado, t. III LexisNexis, Depalma, 1999.

orden y modo determinado en los cinco primeros capítulos del título anterior", es decir los herederos forzosos, o legitimarios.

Entendemos que conceptualmente se completa el carácter de heredero forzoso y de porción legítima, lo preceptuado en el art. 3714 del Código, que nos define al heredero forzoso diciendo: *"Son herederos forzosos, aunque no sean instituidos en el testamento, aquellos a quienes la ley reserva en los bienes del difunto una porción de que no puede privarlos, sin justa causa de desheredación"*.

Por lo que podemos decir que los herederos legitimarios son: los hijos del difunto, los ascendientes y el cónyuge, cuando no existan descendientes ni ascendientes del difunto (arts. 3593, 3594 y 3595 del Código Civil (13)). Las porciones tuteladas que corresponden a cada situación, aparecen en las mismas normas citadas.

Es decir, que de este privilegio no gozan todos los parientes con derecho sucesorio, sino solamente aquellos unidos muy estrechamente al causante: los descendientes, los ascendientes y el cónyuge; los herederos forzosos. La legítima varía según el orden del parentesco: es mayor para los descendientes que para los ascendientes, y éstos a su vez la tienen mayor que el cónyuge.

Con las recientes innovaciones legislativas, se podría agregar a la lista de legitimarios a la nuera viuda, cuyo concepto deberíamos actualizar aludiendo mejor a "cónyuge viudo"; toda vez que la ley de "matrimonio igualitario" (26.618) no tocó

(13) Art. 3593.- (Texto según ley 23.264). La porción legítima de los hijos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que éste hubiera donado, observándose en su distribución lo dispuesto en el Art. 3570. Art. 3593.- (Texto originario). La porción legítima de los hijos legítimos es cuatro quintos de todos los bienes existentes a la muerte del testador y de los que deben colacionarse a la masa de la herencia; observándose en su distribución lo dispuesto en los arts. 3570 y 3579. Art. 3594.- (Texto según ley 23.264). La legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión y los donados, observándose en su distribución lo dispuesto por el Art. 3571. Art. 3594.- (Texto originario). La legítima de los ascendientes es de dos tercios de los bienes de la sucesión, observándose en su distribución los arts. 3571 y 3580. Art. 3595.- La legítima de los cónyuges, cuando no existen descendientes ni ascendientes del difunto, será la mitad de los bienes de la sucesión del cónyuge muerto, aunque los bienes de la sucesión sean gananciales.

el texto de lo normado en el art. 3576 bis (14), estamos obligados a adecuarlo a la nueva ley (15).

Esto es así, toda vez que el art. 3576 bis citado, expresa que al cónyuge viudo, en tanto permaneciese en ese estado y no tuviere hijos, le pertenecerá la cuarta parte de lo que le hubiere correspondido a su cónyuge, en la sucesión de sus suegros. En realidad en doctrina se han dado diversas posturas sobre la posibilidad o no de considerar heredera legitimaria a la nuera viuda. En ese sentido el fallo plenario en autos "Gorbea de Buonocore, Gertrudis, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal, Agosto de 1983, dictado por los camaristas Alfredo Di Pietro. Félix R. de Igarzábal. Jorge Escuti Pizarro. Antonio Collazo. Santos Cifuentes. Pedro R. Speroni, se dijo: "Por estas consideraciones y respondiendo al tema de la presente convocatoria, como doctrina legal aplicable (art. 303, Cód. Procesal), se establece: "La nuera viuda que sucede a sus suegros en los términos del art. 3576 bis del Cód. Civil, 'tiene derecho a acrecer' en caso de que no concurren otros herederos".

5. Regulación en el proyecto de reforma 2012

En el anteproyecto de 2012 se le dedica en el libro V, el título X por completo a la Porción legítima, desde el art. 2444 hasta el 2461 (16).

(14) Art. 3576 bis.- (Texto según ley 17.711). La viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere hijos, o que si los tuvo, no sobrevivieren en el momento en que se abrió la sucesión de los suegros, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubiese correspondido a su esposo en dichas sucesiones. Este derecho no podrá ser invocado por la mujer en los casos de los artículos 3573, 3574 y 3575 o si hubiere incurrido en actos de notoria inconducta moral.

(15) Al respecto, Ventura, señala en el trabajo citado que "La norma no ha sido tocada por la ley 26.618 de 2010, que prevé el matrimonio igualitario. Creemos que, a pesar de dicha omisión, igualmente se haría factible la aplicación del precepto a cualquiera de los esposos, no sólo a la viuda. Debería decirse "viudo o viuda". Advertimos, sin embargo, que el tema es altamente conflictivo puesto que no cabe dudar, opiniones aparte, que al aludir a "viuda" la norma del 3576 bis y no a "viudo", se ha procurado brindar especial protección a la mujer en cuanto tal. Ahora bien, si se tiene en cuenta que no sólo esta ley 26.618, sino todo el entorno normativo en la actualidad procura la igualdad entre el hombre y la mujer, estimamos que la interpretación correcta es la que damos en el texto.

(16) ARTÍCULO 2444.- Legitimarios. Tienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los

En el mismo, se disminuye la porción legítima de los descendientes a los dos tercios y la de los

descendientes, los ascendientes y el cónyuge. ARTÍCULO 2445.- Porciones legítimas. La porción legítima de los descendientes es de DOS TERCIOS (2/3), la de los ascendientes de UN MEDIO (1/2) y la del cónyuge de UN MEDIO (1/2). Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los TRESCIENTOS (300) días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio. ARTÍCULO 2446.- Concurrencia de legitimarios. Si concurren sólo descendientes o sólo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas. Si concurre el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor. ARTÍCULO 2447.- Protección. El testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas. ARTÍCULO 2448.- Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de UN TERCIO (1/3) de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educativa o laboral. ARTÍCULO 2449.- Irrenunciabilidad. Es irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta. ARTÍCULO 2450.- Acción de entrega de la legítima. El legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima, a título de heredero de cuota. También la tiene el legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones. ARTÍCULO 2451.- Acción de complemento. El legitimario a quien el testador le ha dejado, por cualquier título, menos de su porción legítima, sólo puede pedir su complemento. ARTÍCULO 2452.- Reducción de disposiciones testamentarias. A fin de recibir o complementar su porción, el legitimario afectado puede pedir la reducción de las instituciones de herederos de cuota y de los legados, en ese orden. Los legados se reducen en el mismo orden establecido en el segundo párrafo del artículo 2358. ARTÍCULO 2453.- Reducción de donaciones. Si la reducción de las disposiciones testamentarias no es suficiente para que quede cubierta la porción legítima, el heredero legitimario puede pedir la reducción de las donaciones hechas por el causante. Se reduce primero la última donación, y luego las demás en orden inverso a sus fechas, hasta salvar el derecho del reclamante. Las de igual fecha se reducen a prorrata. ARTÍCULO 2454.- Efectos de la reducción de las donaciones. Si la reducción es total, la donación queda resuelta. Si es parcial, por afectar sólo en

ascendientes a un medio, manteniendo la del cónyuge en esta última proporción; responde, de este modo, a una doctrina mayoritaria que considera excesivas las porciones establecidas por Vélez Sarsfield y más justo ampliar las posibilidades de libre y definitiva disposición del futuro causante. Además, se amplía la porción disponible cuando

parte la legítima, y el bien donado es divisible, se lo divide entre el legitimario y el donatario. Si es indivisible, la cosa debe quedar para quien le corresponde una porción mayor, con un crédito a favor de la otra parte por el valor de su derecho. En todo caso, el donatario puede impedir la resolución entregando al legitimario la suma de dinero necesaria para completar el valor de su porción legítima. El donatario es deudor desde la notificación de la demanda, de los frutos o, en caso de formular la opción prevista en el párrafo anterior, de intereses. ARTÍCULO 2455.- Perecimiento de lo donado. Si el bien donado perece por culpa del donatario, éste debe su valor. Si perece sin su culpa, el valor de lo donado no se computa para el cálculo de la porción legítima. Si perece parcialmente por su culpa, debe la diferencia de valor; y si perece parcialmente sin su culpa, se computa el valor subsistente. ARTÍCULO 2456.- Insolvencia del donatario. En caso de insolvencia de alguno de los donatarios e imposibilidad de ejercer la acción reipersecutoria a que se refiere el artículo 2458, la acción de reducción puede ser ejercida contra los donatarios de fecha anterior. ARTÍCULO 2457.- Derechos reales constituidos por el donatario. La reducción extingue, con relación al legitimario, los derechos reales constituidos por el donatario o por sus sucesores. ARTÍCULO 2458.- Acción reipersecutoria. El legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables. El donatario y el subadquirente demandado, en su caso, pueden desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima. ARTÍCULO 2459.- Prescripción adquisitiva. La acción de reducción no procede contra el donatario ni contra el subadquirente que han poseído la cosa donada durante DIEZ (10) años computados desde la adquisición de la posesión. Se aplica el artículo 1901. ARTÍCULO 2460.- Constitución de usufructo, uso, habitación o renta vitalicia. Si la disposición gratuita entre vivos o el legado son de usufructo, uso, habitación, o renta vitalicia, el legitimario o, en su caso, todos los legitimarios de común acuerdo, pueden optar entre cumplirlo o entregar al beneficiario la porción disponible. ARTÍCULO 2461.- Transmisión de bienes a legitimarios. Si por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas.

existen herederos con discapacidad, en consonancia con los tratados internacionales que protegen a estas personas, que han sido ratificados por el país.

El cálculo del valor de los bienes donados se realiza, también con apoyo en el derecho francés vigente, sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Se dispone expresamente que para el cómputo de la porción de cada descendiente sólo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio. De este modo, se prevé la posibilidad de que esos actos tengan lugar cuando ya se conoce la existencia de la persona por nacer.

Las donaciones al cónyuge se encuentran permitidas en los regímenes propuestos para sus relaciones patrimoniales teniéndose en consideración las efectuadas cuando ya donante y donatario son cónyuges.

Se mantienen las reglas de la inviolabilidad e irrenunciabilidad anticipada de la legítima, con la variante que se admite la constitución de un fideicomiso por el testador, en consonancia con las normas propuestas en materia contractual, pero siempre que no altere la legítima.

Se limitan los alcances de los efectos reipersecutorios de la acción de reducción, admitiéndose que el donatario poseedor oponga la excepción de prescripción adquisitiva breve. De este modo se intenta solucionar el grave problema que las donaciones tienen en el tráfico jurídico.

Se simplifica la figura del tan comentado artículo 3604 vigente y se trata de solucionar las dificultades interpretativas que muestra la jurisprudencia.

En relación a la acción de colación, el Proyecto de Reforma prevé en su art. 2385 que los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento. El valor se de-

termina a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación.

También hay obligación de colacionar en las sucesiones testamentarias si el testador llama a recibir las mismas porciones que corresponderían al cónyuge o a los descendientes en la sucesión intestada. Por su parte el legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario.

Con respecto al tema de la legítima, el Art. 2386 del Proyecto de Reforma 2012 contempla expresamente que toda donación hecha a un descendiente o al cónyuge cuyo valor excede la suma de la porción disponible más la porción legítima del donatario, aunque haya dispensa de colación o mejora, está sujeta a reducción por el valor del exceso. Es decir que el texto del Proyecto de Reforma no deja lugar a dudas acerca de la procedencia de la acción de reducción entre herederos forzosos cuando la legítima se encuentra afectada. Más aún, en el derecho proyectado se regulan las acciones de entrega de la legítima y de complemento (el art. 2450, 2451 y ss. Proyecto de Reforma 2012). La primera prevé que el legitimario preterido tiene acción para que se le entregue su porción legítima, a título de heredero de cuota, y que también la tiene el legitimario cuando el difunto no deja bienes pero ha efectuado donaciones. La segunda dispone que el legitimario, a quien el testador ha dejado por cualquier título menos de su legítima, sólo puede pedir su complemento, solicitando la reducción de las disposiciones testamentarias y de las donaciones realizadas por el causante.

Además, el Proyecto regula la llamada acción reipersecutoria, mediante la cual el legitimario puede perseguir contra terceros adquirentes los bienes registrables, contemplándose que puedan desinteresarse al legitimario satisfaciendo en dinero el perjuicio a la cuota legítima; aunque esta acción puede ser repelida por el donatario o el subadquirente que hayan poseído la cosa donada durante diez años computados desde la adquisición de la posesión (el art. 2458 y 2459 Proyecto de Reforma 2012).

6. Reflexiones finales

Entendemos que con la tutela de la legítima, el legislador ha querido evitar que la familia, como

institución que cobija, protege y brinda las bases para la formación integral del individuo, y que se caracteriza por un alto grado de solidaridad entre sus componentes, se vea desvirtuada en sus fines por una liberalidad excesiva a favor de alguno de sus miembros o de un tercero, desprotegiendo o desvirtuando esos logros respecto de los otros herederos que pudieren existir.

De la porción legítima reservada para cada heredero en los casos previstos, surge por oposición, la “porción disponible” por parte del testador o donante. Entonces la institución de la legítima, aparece como un freno o tope a la facultad dispositiva por contratos gratuitos o testamentos, cuyo cálculo resulta de la deducción o resta que hagamos de la porción legítima de cada heredero, respecto al patrimonio del causante al momento de abrirse la sucesión.

Pero, no podemos dejar de señalar que el testador sin herederos forzosos puede disponer *mortis causa* de la totalidad de sus bienes, según la facultad reconocida por el art. 20 Constitución Nacional, ya que no está obligado a respetar ninguna legítima.

En definitiva, nuestra ley civil confiere a los herederos forzosos, es decir a los hijos, ascendientes y cónyuges, o la nuera viuda (cónyuge viudo) en su caso, una porción de los bienes, que su propietario tiene un cierto deber de respetar. Hablamos de un cierto deber, porque en realidad la ley no le prohíbe hacerlo, sino que considera ineficaces los actos respecto de los herederos legitimarios,

cuando éstos decidan impugnarlos, limitándolos a la porción disponible del causante.

No podemos dejar de señalar la discusión doctrinaria y jurisprudencial que generó la acción de reivindicación que establece el artículo 3955 (17) del Código Civil al heredero forzoso, hasta que en 1912 se dictó el conocido fallo plenario en autos “Escary c. Pietranera”. El caso que lo motivó fue la demanda del vendedor de un inmueble mediante contrato privado cuando el comprador se negó a seguir abonando el precio, dado que, según adujo, el título del vendedor no era perfecto pues provenía de una donación que podría llegar a considerarse inoficiosa, y posibilitar la acción de reivindicación prevista en el art. 3955 del Código Civil. Este tema, merece ser analizado más detenidamente.

Sostenemos que la institución de protección de la legítima debe seguir vigente en nuestro derecho para proteger a los miembros de la familia que posean alguna dificultad para hacer frente a las necesidades de supervivencia que nos propone esta sociedad de consumo. En consecuencia, no estamos de un todo de acuerdo con el principio de la absoluta libertad de testar adoptado en el sistema británico y norteamericano, que ha llevado a la ridiculidad de dejar todo el patrimonio del testador a favor de una mascota. ♦

(17) Art. 3955.- (*VS) La acción de reivindicación que compete al heredero legítimo, contra los terceros adquirentes de inmuebles comprendidos en una donación, sujeta a reducción por comprender parte de la legítima del heredero, no es prescriptible sino desde la muerte del donante.

De la acción de reducción de los legados como vía de protección

POR LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO

Sumario: 1. De la ineludible condición de legitimaria o especialmente protegida, respecto de su padre, de una hija incapacitada, con síndrome de Down. 2. Deber de legítima asistencial a favor de la referida hija, judicialmente incapacitada, a tono con la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, de 2006. 3. De la acción de reducción de los legados, cuando todo el patrimonio hereditario se distribuyó en legados, como expediente útil para la protección de la intangibilidad cuantitativa de la preterida, a la vez que el logro del principio *favor testamenti*.

1. De la ineludible condición de legitimaria o especialmente protegida, respecto de su padre, de una hija incapacitada, con síndrome de Down

No es dable ejercitar acción alguna que tenga por finalidad la protección de la legítima, si en el mismo proceso no se reconoce la condición de especialmente protegida o legitimaria de la persona que invoca la preterición o la falta de íntegra atribución de la cuota legitimaria a la que tiene derecho. Sin el éxito en el reconocimiento de tal condición, nunca prosperaría el ejercicio de cualquiera de las acciones previstas por el Derecho positivo, como resortes tuitivos de la intangibilidad cuantitativa o cualitativa de la legítima.

En buena técnica jurídica en los procesos promovidos en razón de la preterición se acumulan las acciones, reconocitiva de la condición de legitimario y la que oportunamente se ejercita por el actor para que le sea restablecida su cuota legitimaria vulnerada.

En el caso fallado, objeto de este comentario, se trata de una persona mayor de edad, que desde su nacimiento padece un Síndrome de Down (1),

(1) El Síndrome de Down o trisomía 21 es una entidad que en la actualidad constituye la causa genética más frecuente de discapacidad intelectual y malformaciones congénitas. Es el resultado de una anomalía cromosómica por la que los núcleos de las células del organismo humano poseen 47 cromosomas en lugar de 46, perteneciendo el

unido a cierta cardiopatía, que al decir del propio tribunal de casación, *“constituye una de las enfermedades asociadas más frecuentes, y que se presenta de tal forma aproximadamente en la mitad de los pacientes”*, por supuesto, de aquellos diagnosticados con el mencionado síndrome. Dada la naturaleza del Síndrome de Down, la evolución de esta discapacidad intelectual congénita, percible incluso por los *“rasgos físicos peculiares que le dan un aspecto reconocible”*, según apunta la sala de casación, entre los cuales cabría citar como más frecuentes, y solo a modo de ejemplo: las hendiduras de los ojos oblicuas, la base del cráneo aplanada, hipotonía, hiperlaxitud de las articulaciones, exceso de piel en la nuca, perfil plano de la cara, anomalías en la forma del pabellón auricular, displasia de la pelvis, displasia de la falange media del dedo meñique, surco simio en la palma de la mano, talla corta. Con una

cromosoma excedente o extra al par 21. Como consecuencia de esta alteración, existe un fuerte incremento en las copias de genes del cromosoma 21, lo que origina una grave perturbación en el programa de expresión de muy diversos genes, no sólo del cromosoma 21 sino de otros cromosomas. Este desequilibrio génico ocasiona modificaciones en el desarrollo y función de los órganos y sistemas, tanto en las etapas prenatales como postnatales. Consiguientemente, aparecen anomalías visibles y diagnosticables; unas son congénitas y otras pueden aparecer a lo largo de la vida. El sistema más comúnmente afectado es el sistema nervioso y dentro de él, el cerebro y cerebelo; por este motivo, casi de manera constante la persona con Síndrome de Down presenta, en grado variable, discapacidad intelectual.

adecuada educación especial, y en dependencia del grado de inteligencia que tengan, se puede lograr una mejor adaptación social e incluso su incorporación al trabajo, pero ello está —como expuse—, relacionado con los factores ambientales, educativos y el propio desarrollo cognitivo de la persona. Lo cierto es, que como expresa la ponente en la sentencia que se comenta, las personas con síndrome de Down requieren de ciertos cuidados por sus progenitores que contribuyan a superar su capacidad diferente.

En tal sentido, tratándose de una persona con síndrome de Down que no está incorporada al trabajo socialmente útil que le permita adquirir los recursos económicos necesarios para hacer frente a sus más vitales necesidades económicas, sus padres están en el deber jurídico, no solo de procurarle alimentos según el tenor de los artículos 122.2 y 123.3 del Código de Familia, sino de reconocerles, en caso de que testen, como especialmente protegidos o legitimarios, según el dictado de los artículos 492.1 y 493.1 a), ambos del Código Civil. Demostrada su condición de hija, dependiente económicamente de su progenitor y con ausencia de aptitud para trabajar, se dan los tres presupuestos, exigidos por ley, para arroparse de la condición de especialmente protegida, con derecho a que le sea atribuida la mitad de la herencia por concepto de legítima. La posible discusión teórica en este orden está en si una hija mayor edad, con Síndrome de Down, está o no apta para trabajar. En tanto que el presupuesto de la dependencia económica en los autos del proceso judicial no resulta discutido por las partes, o al menos no afloran datos que permita a quien escribe ofrecer otras consideraciones puntuales sobre el caso. A modo muy generalizador, a mi juicio, la lógica indica que se trata de una persona vulnerable económicamente, y que en tales circunstancias, háyase declarado o no judicialmente incapacitada en vida de su padre, tal declaración no tiene trascendencia alguna para ganar o perder la condición de especialmente protegida, habría que estar a los hechos. La dependencia económica no se prueba únicamente a través de los medios de prueba con los que se acredita la filiación. Va más allá, se puede ser hijo menor de edad o mayor de edad, imposibilitado de trabajar, y quedar demostrado que no había dependencia económica, *u.gr.*, cuando el progenitor o progenitora, a su vez depende económicamente de otro. Tampoco la convivencia es un presupuesto para

justificar la dependencia económica. Se puede no convivir con la persona que constituye el sostén económico de otra. Y ni tampoco la existencia de otra persona que contribuya al sostenimiento patrimonial, es razón suficiente para que otra no pueda hacerlo del mismo modo. El ejemplo más claro es el del hijo menor de edad, dependiente económicamente de ambos progenitores, aunque estos estén divorciados y solo uno de ellos ostente la guarda y cuidado, en tal situación ambos deben contribuir a la satisfacción de las necesidades económicas del hijo. Igual acontece en casos en que el hijo, mayor de edad, tiene alguna situación de discapacidad, *u.gr.*, de discapacidad intelectual, que le impide ejercer un oficio propio, supuesto en el cual ambos progenitores deberían seguir asumiendo, de tener condiciones para ello, su sostenimiento económico.

Como expresé, más polémico resulta determinar si la discapacidad intelectual por sí misma es razón suficiente para que se justifique la no aptitud para trabajar. En efecto, al momento del fallecimiento del padre, L. G. V. no tenía oficio propio y tan solo se narra en la sentencia que se trata de una persona con Síndrome de Down y asociado a su enfermedad, con una cardiopatía congénita, particular que narra la literatura médica, propio en personas con tal síndrome, pero nada más se puede inferir de la sentencia comentada que me permita determinar el grado de discapacidad intelectual de L. G. V., que le lleve a poderse integrar socialmente e incluso a desempeñar un puesto laboral (ya sea en el mercado estatal o privado). En tal orden, una cuestión es que hoy día se propicie la integración social de las personas con discapacidad, a tono con los programas que desde el perfil educativo, médico y laboral se han desarrollado en nuestro país, y otra, muy diferente, es exigir que las personas con Síndrome de Down tengan necesariamente que estar incorporadas a un centro o entidad que les permita obtener sus más apremiantes recursos económicos. El hecho de que en el terreno social se les haya de favorecer el contacto con otras personas, promoviendo su participación en actividades grupales, de modo que se entrenen en habilidades sociales, llegándose incluso a alcanzar resultados observables en poco tiempo, según describe la literatura sobre el tema, no implica, a mi criterio, que el baremo con el que se juzgue y se valore a una persona con discapacidad intelectual a los efectos de determinar si está o no apta para el trabajo, a los fines de considerarse legítima,

sea idéntico. Que su inserción social y laboral sea un buen pronóstico con la aplicación de terapias educacionales y formativas, en la que Cuba tiene mucho que mostrar, no lo hace convertirse en imperativo legal, exigible a estas personas cuya vulnerabilidad económica, y por qué no también, social, sigue siendo evidente. La integración social plena de las personas con Síndrome de Down se ha de entender como un proceso de doble dirección: preparando a la persona con discapacidad para su acceso a la sociedad y concienciando a la sociedad de la necesidad de acoger a todo tipo de personas, al aceptar sus diferencias.

No obstante, esta dimensión social no quita ni el más mínimo ápice a la responsabilidad que la familia ha de asumir en este terreno, y en tal sentido apunto, teniendo en cuenta la sentencia que se comenta, a la responsabilidad que en el orden patrimonial le corresponde. Tratándose de una legítima de naturaleza asistencial, la regulada en los artículos 492 y 493 del Código Civil, es deber de los progenitores, al momento de otorgar testamento, reconocer la existencia de legitimarios o especialmente protegidos, con quienes deben cumplir el deber de legítima, a menos que dicho deber ya haya sido cumplimentado en vida a través de liberalidades (colígese de la formulación del artículo 494 del propio Código Civil), deber que supone la atribución de la mitad del patrimonio hereditario reconstruido a título de legítima. Del estudio del caso se pueden inferir algunas ideas que creo oportuno expresar:

1º. La responsabilidad ética y familiar con respecto a personas con discapacidad intelectual, vinculadas afectiva y parentalmente con el testador. No es el único caso que en los últimos tiempos ha fallado el Tribunal Supremo en los que el testador no ha reconocido como especialmente protegido a hijos con evidente discapacidad intelectual. (2) Como también se expresa en la sentencia *in commento*, en un postulado no solo jurídico, sino además con un profundo sentido ético, relativo a la conducta del progenitor frente a su hija

(2) Vid. PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “¿Cómo entender la dependencia económica del causante, a los fines de reclamar la legítima, en el supuesto del hijo judicialmente incapacitado, internado en centro asistencial? (A propósito de la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre del 2011 de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo”, en Boletín de la Organización Nacional de Bufetes Colectivos, No. 45, julio-septiembre 2012, pp. 52-58.

con Síndrome de Down, “*su preterición (...) en el Testamento fue absolutamente intencional; lo que conmueve, en tanto históricamente la gran preocupación de los padres que tienen hijos con algún tipo de discapacidad, aun cuando no sean incapaces, es garantizarle un patrimonio y atención familiar futura, para asegurarlos para después de la muerte de ellos, o sea de los padres*”. Resalto la expresión de la jueza ponente relativa a que tal preterición, *conmueve*, en tanto que conductas como esas, inquietan, perturban, sorprenden en el plexo de valores que el Derecho está encaminado a custodiar, pues cualquier progenitor en tales circunstancias se proyecta buscando las alternativas más idóneas que propicien los efectos menos lesivos que en el orden patrimonial puede representar su muerte para un hijo con discapacidad intelectual, por regla general por el grado de dependencia no solo económica, sino también afectiva o emocional que ellos tienden a desarrollar. Conmueve eso sí, y de qué manera, que se niegue la existencia de un hijo con discapacidad intelectual, en un ordenamiento jurídico en que la legítima sucesoria tiene un fin eminentemente asistencial, ello es expresión de un desarraigo familiar y emocional que sobrepasa el umbral de lo permisible en el espectro de valores del ser humano.

2º. El incompleto asesoramiento notarial. Pues tanto en este caso como en el fallado en la Sentencia No. 532 de 29 de diciembre de 2011, por la propia Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, salta a la vista que el testamento otorgado en que fue preterido un especialmente protegido, era de naturaleza notarial. Es cierto que si hay intención de preterir al especialmente protegido, el testador puede utilizar maniobras dolosas ante el notario, pero tendría que igualmente manipular a los testigos instrumentales, quienes no tienen el deber de declarar ante el notario la verdad del contenido del negocio testamentario, pero tampoco han de concurrir a este como cómplices de declaraciones falsas como la que atañe a la verdad sobre la existencia de especialmente protegidos. No obstante, el asesoramiento notarial se impone, tal cual lo prevé el artículo 10 II) de nuestra Ley notarial. El asesoramiento contribuye a evitar situaciones de preterición errónea por desconocimiento de lo que el Código Civil prevé en materia de especialmente protegidos. Empero, como baluarte de la seguridad jurídica preventiva, el notario ha de ser colaborador estrecho de su cliente, de modo que

le guíe en el logro de sus fines con conocimiento exacto de lo que busca. En tal sentido, le compete indagar en el testador la existencia o no de legítimos, a partir de su caracterización y el cuadro dispositivo de sujetos que el propio legislador reconoce (*vid.* artículo 493 del Código Civil), con los efectos que en Derecho puede provocar su preterición. Es cierto que se trata de un deber del notario, en el que este no puede garantizar los resultados, pero siempre es dable intentar al menos buscar la verdad para evitar comprometimientos jurídicos que trascienden al campo ético como la no inclusión como legítimos de sujetos como el referido en el caso en cuestión, objeto de este comentario. Hay cuestiones de sensibilidad y de *officium pietatis* (3) y solidaridad familiar que se imponen en los seres humanos.

2. Deber de legítima asistencial a favor de la referida hija, judicialmente incapacitada, a tono con la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, de 2006

Llama la atención la aplicación directa, por vez primera, de la Convención internacional de los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York en 2006 y ratificada por Cuba en 2007, en una sentencia de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo, lo cual *per se*, tiene un mérito incuestionable. Empero, se echa de menos que no se haya aplicado el artículo 12.5 que concretamente se aviene con el tema objeto de este comentario, a cuyo tenor los Estados partes han de garantizar que las personas con discapacidad hereden bienes. ¿Por qué la Convención? La preeminencia como fuente normativa de los tratados internacionales ratificados

(3) Nos comenta BIALOSTOSKY, Sara, respecto al *officium pietatis* en materia sucesoria que este “implica que con base en el deber moral: pietas y al sentimiento de la opinión pública, nuestra conducta nos impide lesionar a los dioses, a nuestros padres e hijos y familiares cercanos”. El carácter inoficioso del testamento está vinculado al quebrantamiento por el testador del deber de proveer parte del patrimonio a favor de sus más próximos parientes, en concreto de sus hijos. La declaración de inoficiosidad se conecta así con la ruptura de un deber moral. Ello trae como consecuencia el surgimiento de la querrela como una sanción, a favor del lesionado, utilizable contra los herederos beneficiados. Vid. BIALOSTOSKY, Sara, “Algunos comentarios a la controvertida querrela inoficiosi testamenti”, p. 117, en biblio.juridicas.unam.mx/libros/4/1855/12.pdf, consultada el 14 de julio de 2013.

por Cuba frente al Código Civil es innegable según el dictado literal del artículo 20 del propio Código. Como apunta con gran acierto PÉREZ SILVEIRA, quien ha estudiado con más detenimiento el mencionado precepto legal “siendo consecuente con el carácter suprallegal del tratado que se advierte del contenido del precepto y ante la posibilidad de la existencia de contradicciones entre ambos regímenes o carencia en el primero, no falta el pronunciamiento de la norma en favor de aquel. En tal sentido, resulta intrascendente si el tratado constituye una norma anterior o posterior a la interna”.

“En el propio mandato normativo que comentamos, se establece una solución a los supuestos en que se produzca alguna contradicción entre el tratado y la norma interna, disponiendo que, en el caso de que la solución dada por el tratado sea diferente a la prevista en la norma interna, resultará de aplicación la regla que en su caso establezca dicho acuerdo o tratado; por tanto, el tratado se incorpora a la legislación del Estado alcanzando igual valor que la ley e incluso superándola en determinados supuestos” (4).

Por ello, ante la falta de normas concretas que hagan alusión a la herencia de las personas con discapacidad, resulta de aplicación el mandato que el artículo 12.5 impone a los Estados partes, de procurar desde sus legislaciones internas dispositivos tuitivos de naturaleza sucesoria que protejan a las personas con discapacidad. Tratándose de un caso de preterición de una especialmente protegida, por demás con discapacidad intelectual, es lógico que en la sentencia se invoque la Convención, ratificada por Cuba, y que tiene por cometido la integración sociojurídica y la protección en todos los órdenes de las personas con discapacidad, sin que tal protección suponga una discriminación positiva.

El legislador ordinario desde 1987 prevé la figura de los especialmente protegidos (artículos 492 al 495 del Código Civil) que como ya he apuntado en otras tantas ocasiones, conectan ¿Y de qué

(4) PÉREZ SILVEIRA, Maelia Esther, “Comentarios al artículo 20”, en *Comentarios al Código Civil cubano, tomo I - Disposiciones preliminares. Relación jurídica, volumen I* (artículos del 1 al 37), Leonardo B. Pérez Gallardo (director), Félix Varela, La Habana, 2013, pp. 322-323.

manera!, con las personas con discapacidad (5). En el caso se trata de una mujer con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, respecto de la cual el legislador le ha impuesto al progenitor como testador, el deber de legítima asistencial (*vid.* artículo 492 del Código Civil). Compete al progenitor responsable, al momento de otorgar testamento, tomar las precauciones necesarias para no lesionar el derecho que a la legítima esta tiene. Si el patrimonio hereditario está agotado en las disposiciones de contenido patrimonial exteriorizadas en el testamento, sin que se haya mencionado, o se la haya atribuido bienes algunos con los cuales hacer cargo a la legítima que en Derecho le corresponde, ha de entenderse preterida, con las consecuencias que ello provoca, entre otras la nulidad de la institución de heredero, según lo preceptuado en el artículo 495.1 del Código Civil, principal efecto preliminar que la situación jurídica de preterición provoca, base o presupuesto para que se reactiven las acciones tuitivas de protección a la intangibilidad cuantitativa de la legítima (6).

Algo importante que es dable apuntar y a lo cual ya había aludido ALFARO GUILLÉN en su tesis de doctorado es que “La legitimación para el ejercicio de las acciones impugnatorias motiva interesantes análisis, sobre todo en el entorno de una protección legitimaria de asistencia. En el orden de la legitimación activa, la adición del presupuesto de dependencia económica del causante engrosa sus requisitos porque el preterido deberá demostrar, previo a la prueba de su lesión, su especial condición subjetiva, o sea su condición de heredero especialmente protegido.

(5) PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Legítima y discapacidad. Una relectura de los requisitos exigidos ex lege para el beneficio de la especial protección o cualidad de legitimario asistencial. Breves acotaciones a tono con el artículo 12.5 de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho de Familia*, No. 49, año XII, 4º trimestre 2010, Madrid, pp. 269-294. Y más recientemente en “En la búsqueda de un rostro para el boceto del legislador: La condición de ‘heredero’ especialmente protegido (legitimario asistencial) en la interpretación del Tribunal Supremo”, en *Revista de Derecho de Familia y de las personas*, año V, No. 5, junio 2013, Buenos Aires, pp. 137-164.

(6) Sobre el tema, en el contexto jurídico cubano, *vid.*, per omnia, ALFARO GUILLÉN, Yanet “El régimen jurídico de la preterición en Cuba”, Tesis en opción al grado científico de doctora en ciencias jurídicas, bajo mi dirección, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2012 (inédita) (en biblioteca personal del autor), en concreto, capítulo III.

En este sentido, el control del cumplimiento de los presupuestos de la especial protección, será ejercido por el juez, como cuestión preliminar a la estimación de la demanda” (7). De ahí que, no es de extrañar que en el segundo Considerando de la sentencia, amén de que el recurso sostenido por la especialmente protegida sea declarado SIN LUGAR por cuestiones que después analizaré, la ponente estime su condición de especialmente protegida, lo que supone prueba irrefutable para el proceso que en su día deba establecer a los fines de alcanzar el restablecimiento que la situación de preterición, reconocida en la sentencia de casación, tiene, a saber: el que atañe a la atribución de su legítima, previo ejercicio, con éxito, de la acción de reducción de los legados atribuidos en testamento.

En efecto, en el segundo Considerando de la sentencia el tribunal de casación fija la condición de especialmente protegida de la hija del testador, en razón de cumplimentar los requisitos impuestos por el legislador en el artículo 493.1 del Código Civil, y a su vez la situación jurídica de preterición en la que le somete el otorgamiento del testamento del testador, sin mención, ni atribución patrimonial alguna, ni tampoco demostrado que lo haya hecho por actos *inter vivos*. Cabe apuntar el razonamiento que a modo de *obiter dictum* se hace sobre el momento en que sobreviene la declaración judicial de incapacitación de la discapacitada intelectual, posterior al fallecimiento del testador. Queda claro del razonamiento del tribunal de casación, que ello no trasciende en este caso al propósito de apreciar su condición de legitimaria, primero la declaración judicial de incapacitación no es un presupuesto para adquirir la legítima asistencial, y segundo, al ser una persona con discapacidad intelectual, vulnerable económicamente, dependiente en este orden de su progenitor, y sin condiciones para vincularse al trabajo, la hacen legitimaria, aunque en vida del testador no se hubiere promovido tal declaración judicial de incapacitación. Esta última, en el Derecho cubano, se torna en un presupuesto para la delación y constitución de la tutela, pero no es un requerimiento *sine qua non* para hacerse de la condición de legitimario. Lo que es necesario en materia hereditaria es la prueba de los requisitos exigidos por ley. En este sentido, el estar declarada

(7) ALFARO GUILLÉN, Y., “El régimen jurídico...”, *cit.*, p. 85.

judicialmente incapacitada es un argumento más que, unido a otros extremos, pudiera explicar la presencia de la no aptitud para trabajar o de la dependencia económica respecto del causante, pero se puede tener una discapacidad intelectual, de tal naturaleza que justifique estos requisitos, sin necesidad de promover la declaración judicial de incapacitación. A fin de cuentas, el artículo 12 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad promueve que los Estados partes aseguren *“que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”*. Salvaguardias y medidas de apoyo que excluyen figuras tradicionales como la tutela y la curatela pues presupone la existencia de ciertas facultades en el sujeto que les permite ejercitar por sí su capacidad bajo el sostén o apoyo de las personas que al efecto establezcan los tribunales, con una revisión judicial periódica de lo dispuesto por los jueces en su momento y no con vocación de permanencia, como acontece en el modelo médico hoy impuesto en sede de incapacitación judicial en Cuba.

3. De la acción de reducción de los legados, cuando todo el patrimonio hereditario se distribuyó en legados, como expediente útil para la protección de la intangibilidad cuantitativa de la preterida, a la vez que el logro del principio *favor testamenti*

El ordenamiento jurídico cubano al parecer ofrece una fórmula demasiado rígida ante la preterición de un especialmente protegido, y lo digo de esa manera porque explicaré por qué no resulta ser así. Según el tenor literal del artículo 495.1 del Código Civil, de existir especialmente protegidos, se anula la institución de heredero, pero valen los legados que en el testamento se

hayan atribuido, en cuanto no excedan de la parte de libre disposición. Es claro que el testador puede disponer libremente de la mitad de todo su patrimonio hereditario, y que la inoficiosidad (8) de esa disposición opera en lo que exceda de la cuota disponible, ascendente al cincuenta por cien de tal patrimonio. *Ergo*, no hay por qué, en acato al principio de conservación del testamento, impugnar la parte de la que el testador tenía plena facultad dispositiva, en todo caso, cabe, como acción tuitiva de la intangibilidad cuantitativa de la legítima, a la vez que conforme con el principio del *favor testamenti*, manteniendo incólumes las atribuciones reconducibles a la cuota de libre disposición, ejercitar las acciones que se incluyen dentro de los efectos preliminares de la preterición, entre las cuales cabe citar la de reducción de las liberalidades *mortis causa* (9). Y en efecto, sobre tal particular versan estas observaciones al fallo. El tribunal de casación ha preferido optar por la acción de reducción de legados, no reconocida expresamente en el Código Civil, pero sí implícitamente en la fórmula del artículo 495.1 cuando el legislador, deja dicho que *“valen los legados (...) en cuanto no excedan de la parte de los bienes de que el testador puede disponer libremente”*.

En el caso *in commento*, el testador había atribuido los bienes, de los cuales se tenía noticia constituían el caudal hereditario, en sendos legados, sin que en el testamento hubiera establecido un orden de prelación, conforme con el cual, y en respeto a la voluntad del causante como *lex sucesoria*, serían reducidos los legados, al ser más de uno y además al no instituirse heredero alguno. De modo que, en defecto de atribución a título

(8) Término que invoca —según apunta FUENMAYOR CHAPIN—, en materia de donaciones, pero que en este caso cabe extenderlo a los legados, el concepto romano del *officium pietatis*. Vid. FUENMAYOR CHAPIN, Amadeo, “Intangibilidad de la legítima”, en Anuario de Derecho Civil, tomo I, fascículo I, enero - marzo MCMXLVIII, p. 49. En Roma, tal término supone un concepto extrajurídico, en buena medida es un concepto filosófico de carácter ético.

(9) Definida con un alcance más general en la doctrina argentina (al incluirse por supuesto también las donaciones) como aquella “que protege la legítima dirigiéndose contra los legados y donaciones del causante que exceden su porción disponible a fin de reducir el exceso hasta dejar integrada la cuota legítima del heredero accionante”. Vid. FERRER, Francisco A. M., “Comentarios al artículo 3602”, en Código Civil comentado - Sucesiones, tomo II, artículos 3539 a 3874, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, p. 165.

universal, cabría la reducción de todos los legados y no como equívocamente dirigió la pretensión la parte actora, que no ejerció esta acción, y sí la de nulidad de uno de los legados, aquel por el que se atribuía la vivienda al legatario, teniendo en cuenta la significación jurídica y social de la vivienda en Cuba y su ineludible utilidad para la promovente del proceso, a saber: una mujer declarada judicialmente incapacitada en razón de su discapacidad intelectual, que le lleva al reconocimiento en el orden sucesorio de la condición de legitimaria asistencial. Es lógico que se declare SIN LUGAR la pretensión porque no le es dable a la preterida, de ser repartida toda la “herencia” en legados, según el supuesto reconocido en el artículo 499 del Código Civil, escoger el legado que quiere anular, dejando subsistente el otro de los legados, a menos que el testador así lo haya dispuesto. En situaciones de preterición, quien resulta lesionada no puede escoger a su antojo la acción que ha de restablecer la situación quebrantada. Tratándose de atribuciones varias de legados, corresponde el ejercicio de la acción de reducción de los legados, previa declaración de la inoficiosidad de éstos, al menos en lo que se exceden de la parte de libre disposición, pero han de ser demandados todos los legatarios (de modo que se impone un litisconsorcio pasivo necesario), de quienes se interesará sean reducidas sus respectivas atribuciones a título de legado, de modo proporcional al valor de cada legado, para que, de tener éxito en la pretensión formulada en la demanda, sean condenados a la entrega de la parte en que se ha excedido el testador, al irrespetar la legítima.

Según ha reiterado en la doctrina española VALLET DE GOYTISOLO, con apoyatura en O’ CALLAGHAN, la acción de inoficiosidad, que es catalogada como acción *declarativa*, “exige una *cognitio* previa, en la que se ventilen los problemas de computación y valoración, precisos para poder declarar la inoficiosidad y en consecuencia la supresión o reducción de legado; por lo cual, la acción corresponde a la especie de acción de condena, pues tiene como meta la devolución de la cosa legada o al menos de su valor, en cuanto resulte inoficioso el legado. La declaración es de la ineficacia, en cuanto sean inoficiosos, de los legados que por esa razón, pese a su inicial validez, serán invalidados o reducidos” (10), el propio

(10) O’ CALLAGHAN, cit. pos VALLET DE GOYTISOLO, Juan B., “Los complementos de la legítima”, en Anuario de

autor se pronuncia —indica VALLET—, de que “... procesalmente se trata de una acción personal, en cuanto se dirige contra el legatario o, en su caso, contra el tercer poseedor, que están legitimados pasivamente en cuanto se hallan obligados a la prestación de restituir lo que por inoficioso sea suprimido o reducido” (11). De ahí el acierto del tribunal de casación en el segundo Considerando *in fine*, de que “la acción debe estar encaminada a impugnar ambos por igual, en la medida que sea suficiente hasta llegar a la porción de la herencia que por Ley le corresponde”. La acción de reducción de legados tiene un indubitado arraigo doctrinario y no se trata de una improvisación de la Sala de lo Civil y de lo Administrativo del Tribunal Supremo. Su cometido es declarar la ineficacia del legado en lo que se excede de la parte de libre disposición, no la nulidad de este. En dicho exceso, el legado es inoponible frente al legitimario preterido, no le afecta, y por el contrario, este último puede exigir su reducción a la cuota de libre disponibilidad. De ser varios los legados atribuidos, la reducción compete a todos en proporción a su valor. Apunta VALLET que “La reducción ha de efectuarse en proporción al valor total de cada legado, puesto que la herencia no se halla dividida en compartimentos estancos ni

Derecho Civil, tomo XXVI, fascículo I, enero-marzo, Madrid, MCMLXXIII, p. 107. Por su parte en la doctrina argentina FERRER, Francisco A. M., al comentar el artículo 3602 del Código Civil de su país, que la regula, la cataloga como una acción de naturaleza resolutoria (lo cual no riñe con ser una acción dirigida a declarar la ineficacia). En tal sentido la califica como una acción personal, a cuyo tenor el legatario ha de devolver el legado, ya adquirido. Y en caso de haberlo enajenado, tiene el legitimario a su favor la acción reipersecutoria, prevista en el artículo 3955 del propio Código Civil. Se trata en fin, a su juicio, y con apoyo en un sector de la doctrina de su país, de una acción personal con efectos reipersecutorios. Vid. FERRER, F. A. M., “Comentarios al...”, cit., p. 166. Y precisamente sobre la posibilidad de suprimir los efectos reipersecutorios que la acción de reducción, en materia de donaciones comporta, como también respecto de los legados inoficiosos, un sector de la doctrina científica argentina se ha pronunciado en relación con el proyecto legislativo que propicia su supresión. Sobre el tema y los argumentos en contra del citado proyecto, vid. FERRER, Francisco y NATALE, Roberto Miguel, “La proyectada reforma sobre la acción de reducción” y AMARANTE, Antonio Armando, “Valoración sobre el Proyecto Legislativo que propicia la supresión del efecto reipersecutorio en la acción de reducción”, ambos en Revista de Derecho de familia y de las personas, año 2, No. 8, septiembre de 2010, pp. 177-183 y 184-185, respectivamente.

(11) Ídem.

en cuotas incommixtibles” (12). Se trata —como comenta el maestro—, de una reducción a prorrata (13). Y a eso se refiere la sentencia de casación cuando da la solución a la preterida para que ejercite la acción correspondiente, ante quién y cómo proceda, único modo por el cual podrá completar la cuota vacía que el testador no supo, como debía, colmar en su testamento o por otros actos *inter vivos*.

En la propia doctrina patria se ha dicho, siguiendo a FERNÁNDEZ MARTELL, que el éxito en el ejercicio de la acción de reducción de los legados “por el legitimario no engrosa el caudal relicto, pues el resultado de la minoración va a parar directamente en manos de quien ejerció la acción de reducción y sólo deberá practicarse y obtenerse teniendo en cuenta el importe del perjuicio que sufre el accionista legitimario” (14). La reducción ha de entenderse no en un sentido físico del bien atribuido, sino de su valor, motivo por el cual cabe la posibilidad de transacción, a cuyo tenor el legitimario acepte del legatario la compensación de su cuota en dinero (15). Esto

(12) *Ibidem*, p. 105.

(13) *Ibidem*. Nos explica de una manera tan gráfica el maestro peruano LOHMANN LUCA DE TENA, que tal expresión “significa dos sencillas operaciones de cálculo (a) primero debe cuantificarse cuánto es lo que debe integrarse a la legítima; (b) luego, bajo la premisa que, salvo disposición del testador, todos los legatarios deben contribuir al reintegro, se fijan los valores de los respectivos legados dentro de la masa total de legados y cada uno de los legatarios debe aportar al monto total por reintegrar una cuantía equivalente al valor de sus legados dentro de la masa de legados”. Vid. LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo, *Derecho de Sucesiones*, tomo II — Segunda parte, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo editorial, Lima, 1998, p. 264.

(14) FERNÁNDEZ MARTELL, José Karel, “La reducción de liberalidades inoficiosas: medio garante de la intangibilidad cuantitativa de la legítima en Cuba. A propósito de los veinticinco años del Código Civil”, (inédito).

(15) Apud LOHMANN LUCA DE TENA, G., *Derecho de...*, cit., II - Segunda parte, p. 264. La posición de la doctrina argentina parece dividida, así al menos nos indica FERRER, quien abraza esta solución. De todos modos el propio autor admite la posibilidad de detener el ejercicio de la acción “pagando al legitimario en dinero el valor del exceso de la porción disponible (...) con lo cual se asegura la estabilidad de los negocios y de las posteriores transmisiones”. Vid. FERRER, F. A. M., “Comentarios al...”, cit., p. 173. Posición disímil se adopta en el caso de enajenaciones realizadas por el legatario, a quienes los herederos le hicieron entrega del legado. En tal supuesto, la enajenación

por una parte favorece al legatario —me refiero a que la reducción supone la entrega de dinero—, pero pudiera en las condiciones actuales resultar perjudicial al legitimario asistencial, pues los valores en que se avalúan los bienes oficialmente no se corresponden por el momento con el que circulan en el tráfico jurídico, a saber: el valor de mercado (no tasado oficialmente). Así, la legitimaria preterida, solo podría reclamar el valor en lo que exceda de cada uno de los legados atribuidos, pero si se atiende al valor oficial, su cuota legitimaria no será jamás satisfecha, pues operará en su contra un verdadero desequilibrio patrimonial, de difícil solución mientras circulen en el país dos monedas (el CUP y el CUC), con un valor de cambio realmente significativo.

Si uno de los legados atribuidos es una vivienda, cuando tenga éxito en la acción de reducción, el legatario quedaría con la vivienda, y con la obligación de pagar la parte en la que se excede (a prorrata con el otro legatario), pero al final tendría derecho a recibir cierta cantidad de dinero en CUP que nunca compensaría el valor que los bienes tienen en CUC (téngase en cuenta que la vivienda se tasa por el Estado en CUP). La propia vivienda podría ser vendida después por el legatario beneficiado en CUC, con un perjuicio económico muy significativo en detrimento de la legitimaria asistencial, cuya preterición a fin de cuentas, le afectó ¡Y de qué manera!, pues con el éxito en la acción de reducción, al menos hoy día, nunca se lograría el equilibrio patrimonial al que con su ejercicio se aspira.

En tal sentido cabría ensayar si resulta más plausible, atribuirle una naturaleza rescisoria, con lo que esta causal de ineficacia supone, o sea, la entrega, en caso de rescisión parcial, de aquello en lo que se excedió el testador, pero *in natura*, conforme con lo regulado en el artículo 79 del Código Civil, lo que equivaldría a permitir la constitución de cotitularidades sobre los bienes dispuestos a tí-

será válida. Al seguir el dictado del artículo 3955 del Código Civil argentino, se circunscribe la eficacia reivindicatoria de la acción a los inmuebles comprendidos en una donación. Por lo tanto —según sostiene el autor—, quedan excluidos de los bienes legados, precepto que debe ser interpretado restrictivamente. De este modo, concluye en que “El legitimario sólo tendrá derecho a obtener del legatario la restitución del valor del bien en la medida del exceso de la porción disponible” (FERRER, F. A. M., “Comentarios al...”, cit., p. 174).

tulo de legado, entre cada uno de los legatarios, los cuales se rescinden parcialmente, y la legitimaria titular de la acción de reducción, al tener éxito en su ejercicio. Recuérdese que si bien el legislador del Código Civil no regula expresamente la reduc-

ción de los legados, sí que lo hace en materia de donaciones, en esta ocasión bajo las riendas de la acción rescisoria (*vid.* artículo 378 del Código Civil), aplicable por *analogía legis* al supuesto de legados inoficiosos. ♦

.....
Sucesiones / Comentarios Jurisprudenciales
.....

SUCESIÓN

Convenio de pago definitivo y distribución. Nulidad de la homologación. Manipulación de los derechos de un heredero menor. Falta de participación del Ministerio Pupilar. Disidencia.

***Hechos:** La letrada de un heredero menor promovió recurso de revisión contra la sentencia que homologó un convenio de pago definitivo y un convenio de distribución. Invocó la existencia de irregularidades acaecidas en el proceso sucesorio que habrían perjudicado los derechos de su representado. El Superior Tribunal de Justicia de Río Negro declaró la nulidad de dicha resolución.*

1.— En un proceso sucesorio, debe anularse la sentencia que homologó un convenio de pago definitivo y distribución, pues se evidencia la existencia de una actuación manifiestamente irregular que supuso el ocultamiento de bienes

y la utilización de valuaciones fiscales irrisorias, a fin de perjudicar y manipular los derechos de un heredero menor; máxime cuando se advierte una falta de participación del Ministerio Pupilar que configura un caso extremo de gravedad institucional e ilegalidad manifiesta.

2.— Debe anularse la sentencia que homologó un convenio de pago definitivo y distribución presentado en un proceso sucesorio, pues dicho acuerdo carece de la firma de la letrada de un heredero menor, habiendo el padre de este dispuesto de sus bienes sin contar con autorización judicial previa para hacerlo y sin la intervención del Ministerio de Menores (del voto de la Dra. Ignazi).

3.— El recurso de revisión deducido contra la sentencia que homologó un convenio de pago definitivo y distribución presentado en un proceso sucesorio resulta improcedente, pues no se agotó la vía recursiva ordinaria, y no existe causal alguna que habilite dicho remedio excepcional,

Pago definitivo y convenio de distribución

POR **MARCOS M. CÓRDOBA**

Sumario: I. Previo. II. Nulidad del acto jurídico particionario. III. La obligatoriedad de efectuar la partición judicial. IV. La necesaria intervención del Ministerio de Menores. V. La cosa juzgada irrita. VI. Conclusiones.

I. Previo

Los autos “Remon, Brian c. Remon, Hugo y otro s/recurso de revisión”, Expte. N° 22427/07-STJ-, llegan al Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro para la resolución del recurso de revisión interpuesto por el hijo de la causante del sucesorio contra la resolución que homologó el convenio de pago definitivo y convenio de distribución, en los autos “Cala, Ana María s/ Sucesión”, Expte. N° 10685/98.

El magistrado preopinante, Dr. Enrique J. Mansilla, efectúa una disección de las constancias de la tramitación judicial de precisión técnica tal

que provoca que sus colegas, aún en el caso de la disidencia del Dr. Sergio M. Barotto en la que expone que los fundamentos han sido ampliamente desarrollados en el voto del preopinante, invoquen en ello su obra.

El Dr. Mansilla centra su postura en la existencia de vicios sustanciales al sostener que se ha incumplido la normativa aplicable a los derechos de un menor llamado a una tramitación sucesoria por causa de muerte. En su voto expresa con claridad que tales vicios son el ocultamiento fraudulento de bienes que integran el acervo; la omisión de la intervención del Ministerio Pupilar para que ejerza la representación promiscua del heredero menor de edad; la falta de designación de un tutor especial; la inexistencia de inventario y avalúo de los bienes que componen el caudal relicto y la realización de una partición privada de la herencia en violación del art. 3465 C.C., entre otras normas vulneradas. Sostiene que todo ello, en perjuicio de los intereses del menor de edad que concurría a la sucesión de su madre, son circunstancias que ameritan ser consideradas como relevantes a los efectos de viabilizar la excepcional procedencia del recurso de revisión. Lo así expuesto se sintetiza en la conclusión a la que arriba el mismo magistrado respecto a que “la

en tanto no se acreditó fehacientemente la obtención de documentos decisivos nuevos ni se probó una situación de cohecho, prevaricato o maquinación procesal fraudulenta (del voto en disidencia del Dr. Barotto).

ST Río Negro, 29/08/2013. - R. B. c. R. H. y Otro s/ recurso de revisión.

[Cita on line: AR/JUR/94162/2013]



COSTAS

Al vencido.

Viedma, 29 de agosto de 2013.

El señor Juez doctor *Enrique Mansilla* dijo:

El Sr. Juez Marcelo A. Gutiérrez, a cargo del Juzgado Civil, Comercial, Minería y Sucesiones Nro. 3 de la ciu-

dad de Cipolletti, en cumplimiento de lo dispuesto por el Superior Tribunal de Justicia, en el auto interlocutorio N° 73/09 obrante a fs. 408/414, eleva las presentes actuaciones a este Cuerpo, para la resolución del recurso de revisión —art. 303 bis, inc. 3 y 4 del CPCyC— interpuesto a fs. 270/283 por la Dra. A. F., apoderada de B. N. R., contra el auto de fecha 7 de julio del año 2000 que homologó el acuerdo celebrado con fecha 14 de abril de 2000 (Convenio de Pago definitivo para la cancelación del conflicto entre J. R. C. y H. R. R. padre de quien fuera menor de edad, B. N. R. y Convenio de Distribución), en los autos “C. A. M. s/sucesión”, Expte. N° 10685/98.

Recibidas las actuaciones se ordena vista a la Procuración General, cuyo dictamen luce a fs. 873/888.

Allí, la Sra. Procuradora General, Dra. Liliana L. Piccinini, considera que los vicios de fondo advertidos de consuno con la ausencia de un accionar protectivo en salvaguarda del interés superior de quien fuera —por entonces— menor de edad; más la prueba producida ante el Sr. Juez delegado de trámite que evidencia el ocultamiento fraudulento del acervo, constituyen

tutela del menor debe ser adecuada y efectiva, y en el caso se ha soslayado la especial protección comprometida por el Estado respecto de los derechos de los menores”.

Por su parte, el magistrado Dr. Barotto atendiendo la procedencia formal del recurso, objeta la apertura del mismo por la falta de agotamiento de la vía recursiva pertinente local y aún la extraordinaria federal y la ausencia de causal alguna que habilite este recurso excepcional.

Finalmente la Dra. María Luján Ignazi, jueza subrogante, llamada a dirimir la disidencia suscitada entre los magistrados preopinantes, comparte la conclusión propuesta por el Dr. Mansilla, incorporando como fundamento de ello que “resulta incompatible con un adecuado servicio de justicia que el máximo órgano del Poder Judicial no enmiende los desaciertos cuando resulte clara la afectación de la garantía constitucional de la defensa en juicio especialmente, como en el caso, de un incapaz”.

El Superior Tribunal resolvió por mayoría hacer lugar al recurso de revisión interpuesto y declarar la nulidad del resolutorio en crisis, del Juzgado Civil N° 7 de Cipolletti, remitiendo todo

lo actuado al tribunal de origen a fin de que, ante el Juez subrogante que corresponda, el recurrente haga valer sus derechos como heredero de Ana María Cala.

II. Nulidad del acto jurídico particionario

La partición es un acto jurídico en los términos del art. 944 C.C. y susceptible, como tal, de ser anulada de acuerdo a los principios generales. De modo que las particiones pueden ser nulas o anulables, según encuadren entre los arts. 1040 a 1044 C.C. o bien en el art. 1045 C.C., respectivamente. Nuestro código no establece reglas especiales para la nulidad del acto jurídico particionario, lo que provoca que se le apliquen las normas generales sobre la nulidad de los actos jurídicos (1).

Si la partición tuvo lugar en forma extrajudicial o privada, la doctrina autoral es pacífica en sostener que participa de los elementos comunes a todo acto jurídico y, por ende, deben aplicarse los principios generales.

(1) CÓRDOBA, Marcos M.- LEVY, Lea M.- SOLARI, Néstor E.- WAGMAISTER, Adriana, Derecho Sucesorio, t. II, Universidad, Buenos Aires, 1992, p. 197.

una cuestión de gravedad institucional que amerita la declaración de nulidad de la homologación del acuerdo particionario y de todo lo actuado con posterioridad.

Manifiesta la inconveniencia del acuerdo para los intereses del menor, que permite considerar inválida la homologación dispuesta, sumado a la violación de los artículos 59, 61, 297, 437, 494 y 3465 que lo tornan manifiestamente nulo —arts. 299, 1043, 1044—, todos del Cód. Civil.

Considera que es evidente la existencia de una actuación fraudulenta que supuso el ocultamiento de bienes, la utilización de valuaciones fiscales irrisorias en beneficio del Sr. C. (hermano de la causante) y en claro perjuicio del entonces menor de edad B. R., manipulando de esta manera los derechos del aquí recurrente.

Señala que, de la prueba ofrecida, surge la existencia de la Sociedad de Hecho “Calzados-Deportes Cala y Cía.” cuyo contrato data del 30 de mayo de 1986; sociedad que no fue incluida oportunamente en el acervo hereditario —no obstante el conocimiento de

su existencia y de la participación de A. M. C., madre de B., con un 15% del Capital Social en el contrato originario—, evidenciándose así el ocultamiento malicioso de los bienes administrados por la mencionada sociedad.

Agrega que no termina allí la maniobra fraudulenta toda vez que, fallecida la Sra. C. se cambió el contrato social y la sociedad comienza a girar comercialmente como “Cala y Cía. Sociedad de Hecho”, la que opera comercialmente y/o tributa actividades de Tienda-Calzados-deportes y servicio de Hotelería, que no fuera inscrita en la DGI ni DGR y que siguió tributando bajo el mismo CUIT y número de Ingresos Brutos que correspondían a la Sociedad de Hecho originaria, excluyendo claramente a la causante y, en consecuencia, opina que se despojó a B. R. de cualquier porcentaje que como heredero le correspondía.

Puntualiza que esta circunstancia se evidencia liminarmente a partir del informe pericial de fs. 400/403 (expte 10685/98 autos: “C. A. M. s/Sucesión”, ante el Juzgado Civil 7, Sec. 7), efectuado por el contador P., al que remite el informe pericial de la Cra. M. R. (fs. 806/816).

Cuando, como es el caso que nos ocupa, la partición debe ser efectuada en forma judicial, su naturaleza participa, a la vez, de un acto jurídico sustancial y de un acto procesal en la medida que se alcanza a través de diversas etapas que requieren actividad jurisdiccional. Ello al mismo tiempo significa la coordinación de varios actos autónomos (inventario, avalúo, designación de peritos, etc.), con vistas a la producción de un efecto conjunto o final como es la resolución que aprueba u homologa la cuenta particionaria. Si no se han cumplido estos pasos no ha habido partición en los términos exigidos por el derecho positivo.

De manera que la partición puede ser atacada de nulidad con relación al acto procesal viciado que, de acuerdo al art. 169 del CPCCN, procederá cuando el acto carezca de los requisitos indispensables para la obtención de su finalidad. La finalidad perseguida por el legislador, cuando impone la partición judicial, es el control de la seguridad respecto de aquellos sujetos que pueden encontrarse en situación desventajosa, ya sea por no contar con los elementos que determinan la habilitación para gobernarse por sí mismos y a título propio, como es la situación de los menores o incapaces o la de los ausentes (art. 3465 inc. 1° C.C.).

Asimismo, la partición puede ser afectada por vicios referidos exclusivamente a la validez sustancial. Al no haber normas específicas sobre la materia, tal lo ya dicho, se debe recurrir a las normas generales. Por lo cual entre las causas de nulidad de la partición encontramos las que se refieren a la incapacidad de las partes, a la inobservancia de las formas, o bien, a la exclusión de un heredero. Con respecto a los vicios de la voluntad ellos tornarán anulable el acto por aplicación del art. 1045 C.C. que refiere al error, violencia, fraude o simulación.

En el caso, sometido a decisión del Superior Tribunal y tal como lo destacó el Sr. Juez Mansilla, se encuentran reunidos vicios que afectan la validez sustancial del acto jurídico particionario tornando nula la partición. Ello por haber sido realizada en forma privada existiendo un incapaz que concurre a recoger la herencia, aun cuando intervino en el acto el representante legal de aquél, y por haberse omitido la intervención de la defensora de menores, incumpléndose así la defensa de los derechos del heredero menor de edad y del debido proceso, al violarse la garantía de tutela judicial efectiva, sin que la posterior conformidad de la Asesora de Menores y la homologación judicial del acuerdo subsanen los referidos vicios.

Expresa que en aquél, se determina la existencia de dos contratos de sociedades de hecho. También surge que el monto expresado en dólares que corresponde al 15% del capital social perteneciente a la Sra. A. M. C. es equivalente a (U\$S 69.686,40), esta participación no fue luego incorporada al contrato social de “Cala y Cía.”. Añade que la sociedad ha sido administrada por el Sr. C., y el menor no ha percibido sus utilidades.

Señala la Sra. Procuradora General que en el mencionado informe se afirma que “a pesar del fallecimiento de uno de los socios, y las posteriores modificaciones del Contrato de Sociedad de Hecho, no consta la baja de la Sociedad de Hecho de la que originariamente formaba parte la Sra. A. M. C.”. Considera que ello implica que fueron también ajenos al acervo hereditario los frutos (rendimiento-ganancias) desde la creación de la misma y hasta la celebración del nuevo contrato social.

Sostiene que lo manifestado surge de las constancias de las respectivas pericias practicadas en el marco de la prueba, la acreditación de la ampliación del objeto social (fs. 534); cambio de titularidad del Hotel Tortorici

a favor de la nueva sociedad (fs. 543/544) y los distintos informes producidos.

Asimismo, resalta que se debe adicionar el precio vil de las valuaciones fiscales que fueron presentadas a la partición, el que se infiere del cotejo entre los valores denunciados oportunamente y el informe efectuado por la perito tasadora María Laura Carrasco (fs. 646 y sgtes). Cuestión que fuera advertida por la Cámara Civil de Cipolletti en su sentencia de fecha 03.11.06 que luce a fs. 976 del expediente sucesorio.

Indica que de la pericia efectuada por la perito tasadora el valor de la propiedad (local comercial Hotel Tortorici) asciende a la suma de \$4.921.000 (fs. 708) al año 2010. Destaca que el inmueble se encuentra habilitado para funcionar desde el año 1992 (conforme informe de la Subsecretaría de Turismo de la provincia de Neuquén, a fs. 543/544). Opina que ello vale para ilustrar la clara maquinación fraudulenta de los adultos intervinientes en la sucesión en perjuicio del entonces menor de edad.

III. La obligatoriedad de efectuar la partición judicial

La exigencia ineludible de la partición judicial cuando haya menores o incapaces, que impone el contenido normativo del art. 3465 inc. 1° del Cód. Civil, está justificada por la necesidad de garantías al menor, al incapaz. Por ello debe necesariamente ajustarse al procedimiento organizado por la ley y es la única a la que se le aplican las normas procesales respecto del inventario, tasación (2).

Como sostiene Medina la partición judicial debe cumplir, forzosamente, con el procedimiento previsto por la ley procesal y demás requerimientos legales que establece el Código Civil, bajo pena de nulidad, con miras a obtener una mayor seguridad en su resultado (3). Es objeto de un triple contralor: el partidor al hacerla, los herederos al observarla, y el juez al aprobarla. La autora citada explica con claridad los fundamentos por los que se requiere partición judicial al expresar que, dada la confiabilidad que ello representa, es

exigida en supuestos en los que es indispensable garantizar que, mediante ella, no se vean vulnerados derechos de los propios herederos, cuando éstos son incapaces (4).

Existiendo menores interesados, en el trámite de partición de la herencia la tasación de los bienes hereditarios es previa a la realización de la partición judicial de conformidad con el art. 3466 C.C. (5). Es decir, se trata de una de las operaciones previas ineludibles con intervención de peritos especializados de acuerdo a los bienes que integren el acervo hereditario. El hecho de que la minoridad de un coheredero obligue a efectuar la partición judicial del haber relicto y, por consiguiente, la tasación, no impone al menor exclusivamente la carga de solventar los gastos generados por la labor del experto, pues, en la medida que benefició a la masa, se trató de una erogación de naturaleza común a ser solventada por todos los herederos. Lo contrario importaría reconocer una ventaja en favor de los coherederos capaces en detrimento de quien, por ser menor de edad, se encuentra obligado a respetar dicho

(2) RÉBORA, Juan Carlos, Derecho de las Sucesiones, tomo primero, La Facultad, Buenos Aires, 1932, p. 382.

(3) MEDINA, Graciela, Proceso Sucesorio, 3ª ed., t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 279.

(4) MEDINA, Graciela, Proceso Sucesorio, 3ª ed., t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, p. 279.

(5) CNCiv., Sala B, 26/10/1990, LA LEY, 1991-E, 290.

Enfatiza que del informe de fs. 525, elaborado por el Municipio de Cutral Co, el Hotel Tortorici se encontraba aún a la fecha de emisión del mismo —noviembre del 2009— a nombre de los hermanos José y A. M. C. y sin embargo no se incluyó como parte del acervo.

Subraya que en el caso en análisis sobresale la conducta maliciosa, la intencionalidad, el engaño, la situación desfavorable de B. R. y su indefensión, todo lo cual lleva a la necesidad de revisar la partición de bienes integrantes del acervo hereditario

Concluye que se debe declarar la nulidad del resolutorio de fecha 07/07/2000, dictado por el Sr. Juez Dr. C. y V., con remisión de las actuaciones al origen a fin de que el Sr. B. N. R. haga valer sus derechos como heredero de A. M. C., de conformidad a lo que establecen los Códigos de fondo y de rito.

Pasando a considerar el recurso de revisión impedido, adelanto mi coincidencia con el dictamen de la Procuración General. En el particular caso de autos,

procedimiento, cuando en realidad éste tiende a otorgarle amparo mediante la garantía de una tasación judicial (6).

Como observa el magistrado preopinante haciendo estricta aplicación del derecho vigente, el art. 3465 inc. 1° C.C. debe interpretarse en concordancia con el art. 297 del mismo cuerpo legal que dispone que los padres no pueden, ni aun con autorización judicial, hacer partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con ellos coherederos o colegatarios. La violación a la imposición de la ley acarrea la nulidad del acto y no produce efecto alguno legal a tenor de lo dispuesto por el art. 299 C.C. en concordancia con el art. 1043 C.C. que determina que son nulos los actos otorgados por personas, a quienes por este Código se prohíbe el ejercicio del acto de que se tratare.

La exigencia de la partición judicial existiendo menores interesados constituye una directiva general (7). La normativa referida a la administra-

(6) CNCiv., Sala A, 17/06/1992, LA LEY, 1992-D, 279 - DJ, 1993-1-888.

(7) ZANNONI, Eduardo A., Derecho de las Sucesiones, 2ª ed., Volumen 2º, Astrea, Buenos Aires, 1976, p. 691.

de la prueba producida surge que los intereses del menor B. N. R. no han sido debidamente representados y defendidos al momento de suscribir el Convenio luego homologado.

Corresponde reseñar que a fs. 53 del Expte. N° 10685/98 caratulado "C. A. M. s/sucesión" (adjunto a las presentes actuaciones) la Sra. Asesora de Menores de Cipolletti, en fecha 18 de febrero de 1999 omite pronunciarse respecto a la petición formulada a fs. 45 de designación de un administrador judicial del sucesorio para defender los derechos y bienes del menor.

Del mismo expediente surge, a fs. 84/85, que el 23 de junio de 1999 los apoderados de H. R. insisten con la necesidad de la designación del administrador (formulado previamente a fs. 45), que proteja el patrimonio de los herederos, máxime cuando uno de ellos es menor y se encuentra bajo la guarda de sus propios deudores del sucesorio, con fundamento en un informe pericial del Gabinete Técnico Contable del TSJ de Neuquén (agregado a la instrucción penal del Expte. 25.557, en

ción de la tutela en su art. 437 C.C. prohíbe a los representantes hacer partición privada, aunque el juez indebidamente lo autorizase (8), al imponer que toda partición en que los menores estén interesados, sea de muebles o de inmuebles, como la división de la propiedad en que tengan una parte proindiviso, debe ser judicial.

Cuando se controvierta la partición de bienes en una sucesión en la que tutor y pupilo son coherederos, como así también en el caso en que padre e hijo son coherederos, corresponde el nombramiento de un tutor especial, y no habiéndose dado cumplimiento a ese recaudo debe declararse la nulidad de la partición judicial (9).

Sólo es posible excepcionarse al recaudo legal que establece la obligatoriedad de la partición judicial en dispositivos legales que así lo habiliten. El supuesto de adelanto de herencia es uno de los casos en que la partición de herencia deferida a los menores no debe ser necesariamente judicial (10).

(8) CNCiv., sala A, 05/07/1985, LA LEY, 1985-E, 230 - DJ, 1986-1-627.

(9) CCiv. y Com., Azul, Sala II, 28/03/1996, LLBA, 1996-575.

(10) CNCiv., Sala F, 27/08/1997, LA LEY, 1998-B, 111 - DJ, 1998-1-646.

Cutral-Co, con copia obrante a fs. 80/83 del sucesorio del cual se desprende que a enero de 1999, sólo por la supuesta exclusión maliciosa de la causante de la sociedad de hecho que conformaba con sus padres y hermanos, se estaría perjudicando al sucesorio en un monto estimado mínimo de U\$S 241.505,00 al 31 de enero de 1999.

A fs. 107 (Expte. sucesorio), en el mes de marzo de 2000, el Dr. C. y V. designa administrador judicial al Dr. R. J., conforme el art. 709 CPCC, ordenándole tome posesión de los bienes de la herencia, confeccione inventario y practique rendiciones mensuales (no se visualiza en el mencionado expediente aceptación ni notificación de tal designación).

A fs. 218/220 (Expte. de la sucesión), el 19 de abril de 2000, los abogados representantes de J. R. C. y H. R. R. por derecho propio y en representación de su hijo menor- designan administrador de común acuerdo al Sr. J. R. C.; denuncian bienes sucesorios y presentan un convenio de distribución de bienes sujetos al acervo hereditario, a los efectos de su homologación previa vista

a la Asesora de Menores. Se advierte de fs. 120/121 (del Expediente sucesorio), la celebración de un “Contrato de Sociedad de Hecho” que da cuenta de derechos sobre una explotación comercial de compra y venta de artículos deportivos “Calzados-Deportes Cala y Cía.”, constituida en el año 1986, que integraría el sucesorio y que funcionaría en el inmueble de la Calle Roca N° 490 de Cutral C6 (NC 09-30-050-3525).

Como bien observa la Sra. Procuradora General en su dictamen, en el convenio de distribución propuesto, el inmueble sito en Roca 490 de Cutral Co queda en dominio exclusivo del Sr. C. (condómino de la causante) y no se hace referencia a ningún derecho emergente de la sociedad a favor del sucesorio. El inmueble aparece valuado en la suma de Pesos setenta y un mil (\$71.000,00) —valuación fiscal— sin reconocerse compensación adicional alguna por su real valor económico (valor llave y porción correspondiente de mercadería). Igualmente en relación al Hotel TORTORICI en la ciudad de Cutral Co y una confitería en esa localidad, denunciados en el expediente. Tampoco se hizo referencia alguna respecto de los frutos civiles que necesariamente debieron pro-

Es decir, cuando el ascendiente hace partición de sus propios bienes, sea por donación o por testamento (art. 3514, primera parte, Código Civil).

Otras excepciones a la partición judicial prevista en el art. 3465 inc. 1° C.C. se hallan configuradas por la posibilidad de efectuar los ascendientes partición privada de los bienes que sus descendientes menores reciban de otras sucesiones (art. 3514, 2da. parte), por no ser aquéllos y éstos “comuneros” (11) y cuando intervienen tutores en la partición, designados por los ascendientes, quienes les han otorgado expresamente la facultad de partir en forma extrajudicial o privada, aunque en este caso deberá presentarse al juez para su aprobación (art. 3515 C.C.).

IV. La necesaria intervención del Ministerio de Menores

De conformidad con el art. 59 C.C. “A más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdic-

ción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación”, criterio que se reitera en el art. 494, del mismo cuerpo legal, que dispone que “Son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces, si en ellos no hubiese intervenido el Ministerio de Menores”.

La doble representación —legal de los padres o tutor o curador y promiscua del asesor de menores respecto de resoluciones que comprometen los intereses de un menor— es un recaudo legal, y hasta para alguna posición, constitucional. Por consiguiente, todo trámite o toda disposición legal que excluya la intervención del asesor de menores o defensor de menores, sea en ámbitos o procesos del Derecho Privado como del Derecho Público, se trate en definitiva de cuestiones penales o civiles que involucren la persona o los bienes de los menores, es de nulidad genérica (12),

(11) CCiv., Com., Trab. y Contenciosoadministrativo Villa Dolores, 31/08/1998, LA LEY, 1999-E, 921 (41.943-S) - LLC, 1999-918.

(12) CÓRDOBA, Marcos M.- CALLEGARI, Mariana G., comentario al art. 494 en Código Civil Comentado - Derecho de Familia, dirigido por Francisco A. M. Ferrer, Graciela Medina y María Josefa Méndez Costa, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, pp. 561/562.

ducirse desde el fallecimiento de la causante en el año 1992; los cuales habrían sido percibidos por el Sr. J. C., sin constancia de rendición de cuentas o participación alguna en el goce de los mismos con el menor o su incorporación al sucesorio.

No consta en el expediente sucesorio que el escrito presentado a fs. 216/220 para su homologación, hubiere contado con autorización judicial previa y participación del Ministerio Público Pupilar. Tal proceder omitió cumplir con lo normado en el art. 59 del Código Civil, que impone al Ministerio Público Pupilar participar en forma concurrente con los representantes necesarios del menor, en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que se trate de la persona o de los bienes de aquél, so pena de nulidad de todo acto que hubiere lugar sin su participación.

Recién a fs. 221 y vta, con fecha 9 de mayo de 2000 la Sra. Asesora de Menores, Beatriz Palanza, manifiesta: “no tengo objeción alguna que formular al acuerdo suscripto entre las partes a fs. 216/217 de los presentes autos”. Al respecto, es dable señalar que no realiza análisis alguno en orden a los antecedentes obrantes,

además de inconstitucional para una parte de la doctrina autoral.

A lo expuesto le resulta de aplicación lo sostenido en su voto por el Dr. Mansilla respecto de que esta representación promiscua encarna la voluntad de la ley de deparar a los incapaces una asistencia controlada por el poder público y la falta de participación del ministerio de menores configura un caso extremo de gravedad institucional e ilegalidad manifiesta.

Así como se requiere la intervención del Ministerio de Menores, bajo pena de nulidad del acto, el recaudo legal de la doble representación hace que la sola intervención del defensor de menores en una transacción judicial llevada a cabo sin la del progenitor que ejerce la patria potestad, aun en el caso de que el negocio jurídico hubiere recibido homologación judicial, no es suficiente para obligar al menor por no haber sido éste parte en el juicio a través de su representante legal (13).

(13) Conf. CNCiv., sala I, 01/10/1998, “Cardozo, Mario c. Bramuglia, Javier s/daños y perjuicios”. Base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil, Boletín 1998.

con clara inobservancia de los cometidos esenciales del Ministerio Público Pupilar en pos de salvaguardar los intereses del menor. Además, como bien observa la Procuración General, el padre del menor (quien realizara y consintiera actos de disposición sobre los bienes del mismo) debió requerir al Juez la designación de un tutor ad litem, para evitar una posible colisión de intereses con su padre y actos por parte de éste que pudieran perjudicarlo.

Corresponde advertir que tanto la posterior conformidad de la Asesora de Menores o la homologación judicial del escrito referido, no subsanan el vicio precedentemente expuesto. Además de lo prescripto por el art.59 del Cód. Civil, el art. 61 dicho Código prevé que cuando los intereses de los incapaces, en cualquier acto judicial o extrajudicial estuvieren en oposición con los de sus representantes, dejarán éstos de intervenir en tales actos, haciéndolo en lugar de ellos, curadores especiales para el caso de que se tratare.

A su turno, el art. 297 del referido cuerpo legal dispone que los padres no pueden, ni aún contando con autorización judicial, comprar por sí, ni por interpuesta

Sin embargo, aun en el supuesto de haberse contado con la doble representación -legal y promiscua-, existen diversas normas que tratan el tema en análisis que quedan subsumidas en el art. 3465 C.C. que impone, en su inciso 1º, que las particiones deben ser judiciales cuando haya menores, aunque estén emancipados, o incapaces, por lo que el incumplimiento de la previsión legal, más allá de los defectos procedimentales, provoca la ilegalidad de la partición privada convenida.

V. La cosa juzgada írrita

En el fallo en comentario el magistrado disidente fundamenta su voto en que no es posible revisar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada y en que, en la especie, no se encuentran reunidos los presupuestos de la ley ritual que hacen procedente este remedio excepcional y de interpretación restrictiva que es la revisión de la cosa juzgada.

La cuestión se centra en determinar si es factible declarar la invalidez de actos procesales cumplidos en un proceso concluido, cuya sentencia ha pasado en autoridad de cosa juzgada, mediante un procedimiento autónomo denominado acción de nulidad.

persona, bienes de sus hijos (...), ni hacer partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con ellos coherederos o colegatarios, ni obligar a sus hijos como fiadores de ellos o de terceros. Necesitan autorización judicial para enajenar bienes de cualquier clase de sus hijos, constituir sobre ellos derechos reales o transferir derechos reales que pertenezcan a sus hijos sobre bienes de terceros.

Además, el art. 437 Código Civil regla que toda partición en que los menores estén interesados sea de muebles o inmuebles, como la división de la propiedad en que tengan una parte pro indiviso, debe ser judicial.

El art. 494 del citado cuerpo legal establece que son nulos todos los actos y contratos en que se interesen las personas o bienes de los menores e incapaces, si en ellos no hubiere intervenido el Ministerio de Menores.

Igualmente habré de destacar que el Código Civil en el art. 297 prohíbe terminantemente a los padres hacer partición privada con sus hijos de la herencia del progenitor prefallecido cuya violación acarrea la nulidad

en los términos de los arts. 299 y 1043; por su parte el art. 3465 —tuitivo de los intereses del menor— dispone que las particiones deben ser judiciales cuando haya menores aunque estén emancipados.

Tal normativa expuesta ha quedado incumplida. Además, agrava la situación el hecho de que el convenio de fs. 216/217 contaba con una cláusula de caducidad (punto Tercero) que establecía la vigencia de la transacción efectuada condicionada a la homologación del acuerdo dentro de los 60 días posteriores a la rúbrica del mismo, lo que tampoco aconteció, dado que la homologación fue con posterioridad.

No surge de la documental obrante en autos que la representante del Ministerio Público Pupilar hubiera adoptado las medidas que disponen las normativas antes referidas. No se formularon las debidas críticas ante la inexistencia de inventario y avalúo de los bienes del sucesorio; no se observó la distribución y/o partición privada; ni la insuficiente documental sobre la valuación de los inmuebles denunciados; tampoco llamó su atención la ausencia de denuncia de bienes

Esta acción de nulidad carece de regulación en nuestro Código Procesal, de ahí que los que niegan su procedencia lo hacen por la falta de norma alguna al respecto y en que las nulidades, aún las de orden público, quedan purgadas por la cosa juzgada. El sector de la doctrina que la admite sostiene que tiene el carácter de una verdadera acción autónoma pues recae sobre la cosa juzgada obtenida con vicios intrínsecos y pone en jaque al proceso íntegro (14).

Bajo el nombre de “Acción de revisión de cosa juzgada írrita” la figura está contemplada en el “Anteproyecto de Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, presentado en junio de 1997 por los Dres. Morello, Arazi y Kaminker (15).

Se ha definido a la cosa juzgada como una pre-sunción absoluta de verdad en virtud de la cual los hechos constatados y los derechos reconocidos por una sentencia no pueden ser contestados de nuevo, ni ante el mismo tribunal que la ha dictado,

ni tampoco ante otra jurisdicción (*res iudicata pro veritate habetur*) (16).

La autoridad de la cosa juzgada es uno de los pilares fundamentales en que se asienta la seguridad jurídica, habiendo existido con anterioridad un auténtico y verdadero proceso judicial. Como derivación del principio de seguridad jurídica, se ha dicho que la inmutabilidad de las sentencias firmes, “constituye el basamento de lo que se conoce por cosa juzgada en el derecho positivo. Es el resultado inmediato de la firmeza de los pronunciamientos jurisdiccionales sobre el fondo, y en nuestro sistema jurídico tiene jerarquía constitucional en cuanto garantía de seguridad jurídica basada en la imposibilidad de que por otro proceso posterior se altere el contenido de lo resuelto” (17). Como señala Couture la inmodificabilidad de la sentencia consiste en que en ningún caso, de oficio o a petición de parte, otra autoridad podrá alterar los términos de una sentencia pasada en autoridad de cosa

(14) BERIZONCE, La nulidad en el proceso, La Plata, 1967, p. 126.

(15) DÍAZ SOLIMINE, Omar, Análisis de Fallos Plenarios de Derecho Procesal Civil, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 319.

(16) FASSI, Santiago- MAURINO, Alberto, Código Procesal Civil y Comercial comentado, anotado y concordado, t. III, Astrea, Buenos Aires, 2002, p. 271.

(17) CLARIÁ OLMEDO, Jorge A., Derecho Procesal, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1983, p. 251.

muebles (registrables o no registrables) atento el caudal económico, ni se solicitaron medidas previas, tales como informes al Registro de la Propiedad de Río Negro, y todo lo concerniente al rol tutelar.

El 7 de julio de 2000 (cf. fs. 247 del Expte.10685/98) el Dr. C. y V. homologa el acuerdo celebrado con fecha 14 de abril de 2000 “sujeto a la declaratoria de herederos a dictarse en autos y sin perjuicio de los derechos que pudieran corresponder a los terceros acreedores”.

A fs. 267 (Expte.10685/98; Auto interlocutorio N° 764/00, de fecha 15 de noviembre de 2000) la Dra. María Alicia Favot en carácter de Juez Subrogante resuelve declarar, en cuanto a lugar por derecho, que por el fallecimiento de la Sra. A. M. C., le sucede en carácter de único y universal heredero, su hijo B. N. R. y su cónyuge supérstite Sr. H. R. R., en cuanto a los bienes propios, si los hubiere, sin perjuicio de los derechos que la ley le acuerda respecto de los gananciales.

En autos, el Sr. Juez Dr. C. y V. homologa el acuerdo, con reserva y limitación de los derechos de “terceros

acreedores”, sin constancia en el expediente de haber adoptado las medidas protectorias de los intereses del menor, con la debida intervención previa del ministerio pupilar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que: “La omisión de dar intervención al Ministerio Pupilar para que ejerza la representación promiscua, respecto de resoluciones que comprometen en forma directa los intereses de un menor, importa desconocer el alto cometido que la ley ha asignado a dicho Ministerio, y no sólo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones. (...) debo destacar que el artículo 59 del Código Civil, establece que a más de los representantes necesarios, los incapaces son promiscuamente representados por el Ministerio de Menores, que será parte legítima y esencial en todo asunto judicial o extrajudicial, de jurisdicción voluntaria o contenciosa, en que los incapaces demanden o sean demandados, o en que se trate de las personas o bienes de ellos, so pena de nulidad de todo acto y de todo juicio que hubiere lugar sin su participación —art. 494 del

juzgada (18). Esto tiene como fundamento final el principio de seguridad jurídica que subyace en el principio de verdad inmutable que reviste una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, pues más allá de sus fundamentos jurídicos o políticos, guardan sentido final a la luz del mantenimiento del orden y la paz social, ya que carecería de todo sentido que una sentencia judicial ejecutoriada pueda ser revisada en cualquier tiempo y bajo cualquier tipo de circunstancia. (19)

En el caso que nos ocupa no ha habido un verdadero proceso judicial porque no se ha cumplido la partición judicial exigida por la ley ante la concurrencia de herederos menores. Tal lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Campbell Davidson” (20) en la que expuso que no puede invocarse el principio de la inmutabilidad de las sentencias pasadas en autoridad de cosa juzgada cuando no ha existido un auténtico y verdadero proceso judicial; ni puede aceptarse

que, habiendo sido establecida la institución de la cosa juzgada para asegurar derechos legítimamente adquiridos, cubra también los supuestos en que se reconoce que ha mediado sólo un remedo de juicio. La institución de la cosa juzgada, como todas las instituciones legales, debe organizarse sobre bases compatibles con los derechos y garantías constitucionales. No cabe reconocer fuerza de resolución inmutable a toda sentencia judicial, sino sólo a aquellas que han sido precedidas de un proceso en los términos de la ley, en los que los sujetos hayan tenido adecuada y substancial oportunidad de audiencia y prueba.

De lo contrario estamos en presencia de la cosa juzgada írrita, esto es, aquella sentencia firme que se halla afectada por serias irregularidades que habilitan se declare su nulidad. La doctrina y jurisprudencia que han admitido la procedencia de la acción revisora de la cosa juzgada han limitado tal posibilidad a los supuestos donde el perjudicado haya visto violado su derecho de defensa a tal extremo de tornarlo ilusorio, transformando el proceso en una parodia.

La sentencia inicua será nula cuando mediante ella se violente una garantía constitucional, frente a la cual cede la preclusión procesal como fenómeno convalidante de los actos del proceso

(18) COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 196 y ss.

(19) PALACIO, Lino E., Derecho Procesal Civil, t. V, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 480.

(20) Campbell Davidson, Juan c. Pcia. de Buenos Aires, 19/02/1971, Fallo: 279:54.

Código Civil— (Fallos: 312:1580; CSJN Se. del 17-10-07, “P. M. C. y Otros c. Municipalidad de Coronel Pringles”, del dictamen de la Procuradora Fiscal Subrogante que la Corte hace suyo; STJRNSC: “N., M. M. y Otra c/ D., A. y Otros s/sumario s/casación” Se. 46/08; CSJN., “Pastrana, M. C. y otros c. Municipalidad de Coronel Pringles” del 17-10-07, publicado en La Ley el 01-11-07; ídem, Fallos 305:1945, 320:1291, 323:1250, 325:1347; STJRNSC: “D., D. M. c/ Provincia de Río Negro (Jefatura de Policía) s/daños y perjuicios s/casación” Se. 85/08).

Este Cuerpo ha dicho que, además de la representación necesaria, de carácter individual, nuestro Código Civil instituye otro tipo de representación llamada promiscua, porque se ejerce en forma colectiva o conjunta, que pone a cargo de un organismo estatal de protección de los incapaces: el Ministerio de Menores. En la actual Ley de Ministerio Público de la Provincia de Río Negro K N° 4199, de los Defensores (conf. art. 22, inc. i), la intervención del Ministerio de Menores es primordialmente de naturaleza representativa, de carácter necesario y resulta complementaria de la actuación de los representantes legales individuales. Actúa como

órgano de la jurisdicción judicial y su intervención se desenvuelve en relación con actuaciones judiciales, aunque la nueva ley del Ministerio Público citada prevé también la defensa en asuntos extrajudiciales. Por ello, se ha dicho que encarna la voluntad de la ley de deparar a los incapaces una asistencia controlada por el poder público. (CF STJRNSC: “J., H. R. y Otra c/Asociación Mutual de Servicios Educativos Estación Limay y Otros s/daños y perjuicios s/ casación”, SE. 47/08).

Expuesto lo anterior, como bien afirma la recurrente el convenio de fs. 218/219/220 se celebró y homologó contraviniendo los arts. 27 de la ley 26.061, 56 y 57 del CPCyC, 297 299, 494 del Código Civil, 14 bis y 18 de la Constitución Nacional.

En el convenio referido aparece como abogada patrocinante del Sr. R. y su hijo la Dra. Ana Rosa Lamela. El Convenio no ha sido suscripto por la letrada, no existe constancia en el sucesorio que la Dra. Lamela haya ratificado haber patrocinado al Sr. R. y a su hijo en la firma de ese convenio. En la resolución del 2 de marzo de 2006 —fs. 918/923— obrante en el sucesorio, se reconoce que de haberse advertido oportunamente

y la cosa juzgada como expresión última de la jurisdicción (21). La piedra de toque —lábil e impreciso— está en el fundamento sustancial de la acción nulificante: la violación de una garantía constitucional. Con ese sustento, la cosa juzgada puede ser revisada cuando se detecten ciertos vicios que lo hagan intolerablemente injusto (22), extendiéndose a todo supuesto de indefensión, aún ajeno a maniobras fraudulentas o conductas dolosas de los sujetos procesales o los terceros. De hecho, la mayor parte de la doctrina ha transitado por esa brecha abierta a la intangibilidad de la cosa juzgada, con sustento en la garantía de defensa, postulando el art. 18 de la Constitución Nacional como soporte básico —cuando no único— de la revisión de la sentencia írrita.

VI. Conclusiones

El juez no aplica en forma automática una norma determinada, aislada, sino que se nutre de la estructura jurídica en su conjunto que es la que establece la jerarquía normativa. En esa

jerarquía se hallan las normas constitucionales y las que la misma Constitución Nacional les reconoce tal calidad, entre las que se encuentra la Convención sobre los Derechos del Niño. En ella, en su artículo 3°, se impone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los tribunales, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, por existir una preeminencia de los derechos jurídicos de éste. Cuando ese interés superior no es tenido en cuenta y se afecta, aparece entonces la cosa juzgada írrita que daña a toda la sociedad.

En el caso, que fue materia de decisión en el fallo que se comenta, no existió un proceso judicial en el que se haya respetado la garantía constitucional de la defensa en juicio del menor que concurría a la sucesión de su madre, quien careció de la tutela judicial adecuada y efectiva que el ordenamiento jurídico le impone al Estado en especial protección de los derechos de los menores, de allí que al no haberse cumplido en instancias anteriores le corresponde al más Alto Tribunal su observancia.

No se trata, en el caso *sub examen*, de nulidad de la partición, entendiéndose por tal el acto técnico, jurídico y contable que pone fin al estado de indivisión hereditaria, pues no ha existido partición. A esta conclusión cabe arribar toda vez

(21) Del voto del Dr. Adán Ferrer, Fallo del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba, del 13/4/1999.

(22) HITTERS, Juan Carlos, Revisión de la cosa juzgada, La Plata 1977, p. 138, citado en el fallo del T.S.J. de Córdoba, del 13/4/1999.

que el convenio no tenía firma de letrado patrocinante, habría traído aparejado en primer término, la no homologación del convenio y en una segunda instancia la nulidad de la misma.

El Juez homologó el acuerdo sin advertir la falta de la firma de la letrada. Además, en dicho convenio el padre del menor dispuso de los bienes del mismo sin contar con autorización judicial previa para hacerlo, en violación a lo dispuesto en el Código Civil en los arts. 297 y 299, ni con la intervención del ministerio de menores —art. 59—, cuya sanción de nulidad prescribe el art. 494. La Asesora de Menores sólo se limitó a prestar ulterior conformidad respecto del Convenio de fs. 216/217, nada dijo sobre el Acuerdo de fs. 218, 219 y 220. A fs. 905/909 la Asesora de menores manifestó que prestó conformidad sólo con respecto al Convenio de Pago Definitivo para la cancelación del conflicto entre J. R. C. y H. R. R. de fs. 216/217 y no al escrito posteriormente agregado donde se distribuyen y adjudican bienes. No habiéndose ordenado nueva vista, o la ampliación de la vista al escrito de fs. 218, 219 y 220 donde se solicita la designación de administrador de común acuerdo,

se denuncian los bienes sucesorios y se presenta un convenio de distribución de los bienes sujetos al acervo al hereditario, entendió que no puede imputarse al Ministerio Público haber prestado conformidad con el mismo, por el contrario surgiría implícita, en todo caso la no conformidad.

A fs. 958 la Asesora nuevamente, en fecha 11 de abril 2006, manifestó que no le había sido solicitada la ampliación de su conformidad al acuerdo de partición ni por el Tribunal ni por las partes.

De lo expuesto se advierte la falta de participación del ministerio de menores, en los términos del artículo 59 del CC y demás normativa reseñada, que configura un caso extremo de gravedad institucional e ilegalidad manifiesta (cf. 303 bis del CPCyC).

A fin de acreditar el cumplimiento de los requisitos para la procedencia de la revisión intentada, en particular respecto al inc. 3 del art. 303 bis CPCC., se advierte de la prueba producida que el recurrente obtuvo documentos decisivos luego de la homologación del acuerdo de partición, tales como el informe pericial

que, de conformidad con las normas sustanciales, antes de concretarse la partición judicial —única forma admitida por la ley existiendo herederos menores—, deben cumplimentarse las diligencias previas del inventario y la tasación o avalúo. El primero, si bien el Código Civil no se refiere a él expresamente, del contenido del art. 3469 C.C. surge que constituye la reunión de las cosas existentes en la masa hereditaria, así como también de los créditos en favor de la sucesión. La tasación o avalúo está contemplada en el art. 3466 C.C. que dispone que en las particiones judiciales se hará por peritos nombrados por las partes. No pueden partirse bienes hereditarios mientras no estén individualizados y valuados, porque sólo en conocimiento de los valores totales involucrados, es posible proceder a una distribución proporcional de la masa. Nada de ello ha ocurrido en la cuestión sometida a decisión del Superior Tribunal.

En el caso en análisis ha habido la homologación de un acuerdo de adjudicación de bienes y ello no constituye una partición sucesoria judicial del modo determinado por la ley. Por lo tanto no ha adquirido eficacia de cosa juzgada como acto procesal, ha estado afectada por vicios de fondo que determinan su nulidad. Se violaron normas

de orden público que no quedan purgadas por la cosa juzgada, entre ellas la exigencia de partición judicial, sin que ello estuviera contemplado dentro de las excepciones admitidas por la ley. Se omitieron operaciones previas e ineludibles, como el inventario y avalúo de los bienes, y su vulneración da lugar a la cosa juzgada írrita.

No desconocemos lo que desde el derecho constitucional nos enseña Bidart Campos quien sostenía que de acogerse favorablemente la revisión se echaría por tierra que la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada “significa que las decisiones judiciales firmes resultan intangibles, no pudiendo ser modificadas por otras ni desconocidas por leyes, o actos estatales o privados” (23).

Es que la evolución que va desde la sacralización de la cosa juzgada a la búsqueda de soluciones justas, más que firmes, tiene expresión no sólo doctrinaria, sino que se insinúa de un modo claro en el sistema normativo. La Suprema Corte Nacional ha dicho “La existencia de resoluciones que formalmente se apartan de lo dispuesto en una sentencia firme lejos de menoscabar la

(23) BIDART CAMPOS, Germán, “Tratado elemental de derecho constitucional argentino”, t. 1-B, Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 358.

del Contador Luis A. P., tasación del martillero Carlos B., y el contrato de sociedad de fecha 9 de septiembre de 1992, que hasta el momento no había sido incorporado en el expediente sucesorio, de donde surge que se excluyó a la madre fallecida del entonces menor de la sociedad de hecho “Calzado-Deportes Cala y Compañía” que era uno de los bienes más importantes del acervo hereditario.

Se evidencia así, la existencia de la Sociedad de Hecho “Calzados-Deportes Cala y Cía.” cuyo contrato data del 30 de mayo de 1986, sociedad que no fue incluida en el acervo hereditario oportunamente -no obstante el conocimiento de su existencia y de la participación de A. M. C. con un 15% del Capital Social en el contrato originario, resultando el ocultamiento malicioso de los bienes administrados por la mencionada sociedad.

Según surge del contrato de sociedad de fecha 30-5-86 agregado al sucesorio al recurrente le pertenecía un porcentaje de la sociedad mencionada, pero dicho contrato social fue sustituido por otro de fecha 9-9-92, excluyendo de dicha sociedad a A. M. C., a los 90 días de su fallecimiento.

Además, como bien lo advierte la Procuradora General, una vez fallecida la Sra. C. se cambió el contrato social y la sociedad comenzó a girar comercialmente como “Cala y Cía. Sociedad de Hecho”, operando

comercial y/o tributariamente como actividades de Tienda-Calzados-deportes y servicio de Hotelería, que no fuera inscrita en la DGI ni DGR, y siguió tributando bajo el mismo CUIT y número de Ingresos Brutos que correspondían a la Sociedad de Hecho originaria, excluyendo claramente a la causante y en consecuencia despojando al entonces menor del porcentaje que como heredero le correspondía.

Tal extremo se advierte a partir del informe pericial de fs. 400 de los autos sucesorios efectuado por el contador P., al que remite el informe pericial de la Cra. M. R. (fs. 806 y sigtes. de autos) y que forma parte de la prueba ofrecida, tal como fuera detallado por la Procuración General.

Se afirma en el mencionado informe que “a pesar del fallecimiento de uno de los socios, y las posteriores modificaciones del Contrato de Sociedad de Hecho, no consta la baja de la Sociedad de Hecho de la que originariamente formaba parte la Sra. A. M. C.”. Esto implica que fueron también ajenos al acervo hereditario los frutos (rendimiento-ganancias) desde la creación de la misma y hasta la celebración del nuevo contrato social. A su vez, demuestra que existió ocultamiento malicioso de bienes del acervo sucesorio por la falta de inclusión de la sociedad de hecho referida, en el acuerdo de distribución. Conforme los artículos 49 y 50 del Código Civil tal sociedad debió haberse denunciado

autoridad de la cosa juzgada la salvaguardan, porque salvaguardan su justicia, sin la cual el más íntimo sentido de dicha autoridad, que es su sentido moral, no es concebible” (24). La estabilidad de las sentencias judiciales, en nombre de la seguridad jurídica, impone tolerar los errores. No necesariamente la iniquidad.

Es que frente a la iniquidad notoria de la sentencia, cabe preguntarse si ésta adquiere la condición de “cosa juzgada”, a pesar de no haber sido precedida de un proceso formalmente correcto y presentar vicios sustanciales. La respuesta negativa aparece sugerida desde un elemental sentido de justicia. La cosa juzgada es la modalidad extrema de la preclusión, un recaudo formal necesario, que arriesga cancelar la justicia en nombre de la seguridad. Sin negar el valor de la cosa juzgada, “la necesidad de firmeza debe ceder, en determinadas condiciones, ante la necesidad de que

triunfe la verdad” (25) “para evitar el desorden y el mayor daño que se derivaría de la conservación de una sentencia intolerablemente injusta” (26).

En el caso en análisis el pronunciamiento judicial en revisión no ha respetado el contenido del derecho positivo, considerado en su conjunto, de modo que se respeten las jerarquías normativas que provean las protecciones adecuadas para los sujetos del modo en que el mismo ordenamiento lo impone. Los niños son sujetos de privilegiada protección legal y frente a ellos el orden formal no puede alterarles la protección provista por el orden sustancial de jerarquía constitucional. Por ello la cosa juzgada pudo ser revisada por haberse detectado vicios que la hicieron intolerablemente injusta. ♦

(25) COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del Derecho Procesal Civil, 3ª ed., p. 406, citado en el fallo del T.S.J. de Córdoba, del 13/04/1999.

(26) CHIOVENDA, Principios de Derecho Procesal Civil, Madrid, 1925, p. 511.

(24) CSJN, Fallo: 310-1797, citando Fallo: 294:432.

como bien sucesorio para que los herederos procedan a solicitar su disolución y posterior liquidación, con debida intervención del Ministerio Pupilar, conforme art. 59 del Código Civil.

Del informe pericial (fs. 806/816) que hace a la prueba en esta revisión se cita la normativa contenida en la Ley de Sociedades Comerciales (arts. 90, 94 y 98) de donde se desprende que “el fallecimiento de un socio en una sociedad de hecho produce su disolución —la cual debe ser inscripta en el Registro Público de Comercio a los efectos de su oponibilidad—...” “Como la sociedad de hecho debe entrar en disolución y liquidación en el caso de muerte de un socio, los herederos no pueden tener mayores derechos que los que le correspondía al causante...” “los herederos tienen el derecho de peticionar judicialmente la liquidación de la sociedad”.

Todo lo cual, conforme lo afirma la Procuradora General, le fue vedado a B. R. en su calidad de heredero a partir, precisamente, del ocultamiento de la existencia de la mencionada sociedad.

Ya respecto a la tasación adjuntada al sucesorio por el martillero Carlos B., el tasador expresa que el inmueble cuya designación catastral es la N° 09-630-51-6114, es el Hotel Tortorici, haciendo saber que la construcción tiene 15 años de antigüedad. Teniendo en cuenta las tasaciones obrantes a fs. 431/507 del sucesorio, así como el acuerdo particionario de fs. 218/219 y 220, surge que se le adjudicaron al menor bienes por un valor que resulta muy inferior al patrimonio transmitido. Todo ello demuestra una desproporción entre el patrimonio que le correspondía heredar y el adjudicado a B. N. R. en el convenio de distribución. Respecto al inc. 4 del art. 303 bis CPCC dicha desproporción, fue advertida por la Cámara de Apelaciones en la resolución del 3 de noviembre de 2006.

Como bien sostiene la recurrente, tal desproporción surge con solo tomar en cuenta el inmueble cuya designación catastral es 09-630-51-6114, ubicado en Cutral-Co, presentado al convenio con una valuación fiscal de \$1.403 (fs. 218 vta. del sucesorio), cuando en realidad se trata del Hotel Tortorici, con valuación real estimada en \$2.243.500 (fs. 506 del sucesorio). El mismo se encontraba funcionando al momento de fallecer la causante. En la tasación presentada por el martillero B., en el año 2002, se especificó que la antigüedad del hotel era de 15 años. Del informe de fs. 525 elaborado por el Municipio de Cutral Co, el Hotel Tortorici se encontraba aún a la fecha de emisión del mismo Noviembre del 2009- a nombre de los hermanos José y A. M. C. y sin embargo no se incluyó como parte del acervo.

En los registros catastrales —claramente desactualizados al año 2000— solo constaba el valor de la superficie de tierra y sin superficie edificada, confor-

me la documental de fs. 114 del expediente sucesorio, acompañada al acuerdo de distribución.

De la pericia efectuada por la perito tasadora María Laura Carrasco, surge que el valor de la propiedad (superficie más lo edificado) asciende a la suma de \$4.921.000 (fs. 708). Si bien es cierto que el valor arrojado lo es al año 2010, el inmueble se encuentra habilitado para funcionar desde el año 1992 (conforme informe de la Subsecretaria de Turismo de la provincia de Neuquén, a fs. 543/544). Ello evidencia la maquinación fraudulenta de los adultos intervinientes en la sucesión en perjuicio del entonces menor de edad.

En el caso, ha quedado demostrada la situación desfavorable del menor y su indefensión, todo lo cual lleva a la necesidad de revisar la partición de bienes integrantes del acervo hereditario.

Como corolario de lo expuesto hasta aquí, de la prueba producida se evidencia la existencia de una actuación manifiestamente irregular que supuso el ocultamiento de bienes, la utilización de valuaciones fiscales irrisorias en beneficio del Sr. C. y en claro perjuicio del entonces menor de edad B. R., manipulando de esta manera los derechos del aquí recurrente, todas circunstancias que ameritan ser consideradas como relevantes a los efectos de viabilizar la excepcional procedencia de recurso de revisión, previsto en el art. 303 bis del CPCC.

La afirmación que antecede, surge de las constancias de las respectivas pericias practicadas en el marco de la prueba, tales como la acreditación de la ampliación del objeto social (fs. 534); cambio de titularidad del Hotel Tortorici a favor de la nueva sociedad (fs. 543/544), los distintos informes reseñados y las valuaciones fiscales que fueron presentadas a la partición, el que se infiere del cotejo entre los valores denunciados oportunamente y el informe efectuado por la perito tasadora María Laura Carrasco (fs. 646 y sigtes).

Además, la Cámara Civil de Cipolletti en su sentencia de fecha 03.07.06 que luce a fs. 976/981 del expediente sucesorio, hace lugar parcialmente al recurso deducido y decreta la medida de no innovar solicitada oportunamente respecto del acuerdo particionario de fs. 218/220 la no inscripción de los inmuebles y sus nuevos titulares. Allí señala: “...surge “prima facie” de lo actuado se han adjudicado al menor en la partición bienes por un importe sustancialmente menor al que correspondía (...) Teniendo en cuenta siempre las tasaciones de mención, así como el acuerdo particionario de fs. 218/219, surge que se le adjudicaron al menor bienes por un valor de \$ 169.450.- (\$ 41.500, fs. 469; + \$ 43.300, fs. 475; + \$ 84.650, fs. 497, debiendo tenerse en cuenta que en este último caso se adjudicó el 50% del valor estimado), más la suma en efectivo de \$ 45.000,

todo lo cual asciende a \$ 214.450, lo que resulta muy inferior al patrimonio transmitido (\$ 976.955)".

Sabido es que la tutela del menor debe ser adecuada y efectiva y, en el caso se ha soslayado la especial protección comprometida por el Estado respecto de los derechos de los menores. No se ha cumplido acabadamente con la defensa —durante años— de los derechos del entonces menor y del debido proceso; violentándose la garantía de tutela judicial efectiva, correspondiendo hacer lugar al recurso extraordinario aquí intentado.

Por ello, corresponde declarar la nulidad del resolutorio de fecha 7 de julio de 2000 del expediente N° 10.685/98 del Juzgado Civil N° 7 de Cipolletti, remitiendo todo lo actuado al tribunal de origen a fin de que, ante el Juez subrogante que corresponda, el recurrente haga valer sus derechos como heredero de A. M. C.. Con Costas (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com.).

Mi voto.

El señor Juez doctor *Sergio M. Barotto* dijo:

Adelanto que disiento con la solución propuesta por el Sr. Juez preopinante. Doy razones.

A fs. 270/283 el actor, B. N. R. representado por la Dra. A. F., ajusta su pretensión a los términos del recurso de revisión regulado en los arts. 303 bis, 303 ter, 303 quater, concordantes y correlativos del CPCC contra el auto de fecha 7 de julio del año 2000 que homologó el Convenio de Pago definitivo para la cancelación del conflicto entre J. R. C. y H. R. R.; y el Convenio de Distribución.

La actora entiende que la revisión peticionada encuadra en los supuestos previstos por los incisos 3° y 4° del artículo 303 bis del CPCC., los que prevén la obtención de documentos decisivos ignorados hasta entonces o que la sentencia se hubiere obtenido en virtud de prevaricato, cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta. Tales fundamentos han sido ampliamente desarrollados en el voto del preopinante.

Por mi parte, estimo pertinente referirme a los fundamentos expuestos por los demandados, atento a la solución que propicio.

A fs. 315/327, los apoderados de J. R. C., Dres. M. V. y D. S., con el patrocinio letrado del Dr. R. A. alegan el vencimiento del plazo prescripto en el art. 303 quater. Destacan que dicho plazo computado desde la vigencia del código (Ley P 4142, publicada el 18/1/2007) se encontraba largamente vencido al momento de interponerse no sólo el recurso de revisión sino además la acción de nulidad que originalmente tramitara por ante el Juzgado Civil N° 13, porque no existen otros hechos ni se han invocado documentos distintos de aquellos que fueron materia de discusión y decisión en el proceso sucesorio.

Aducen la falta de agotamiento de las vías recursivas respecto de auto homologatorio. Al respecto, señalan que luego de la sentencia de Cámara del día 03/11/06 consentida por la actora- no se han agotado las instancias extraordinarias locales ni, menos aún, el Recurso Extraordinario Federal legislado en el art. 14 de la Ley 48, lo que obsta al conocimiento de la acción de revisión; habiendo consentido la actora la sentencia que desestimó en primera instancia las irregularidades denunciadas y limitando sus agravios al pedido de una medida cautelar.

Agregan que no es posible revisar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, invocando la torpeza o negligencia de quien representó legal y procesalmente al supuesto perjudicado. Entienden que de lo contrario, ningún acto realizado por los padres en ejercicio de la representación legal de sus hijos adquirirá certeza y "bastaría esta simple maniobra para revocar sentencias que ya gozan del atributo de la cosa juzgada y/o avasallar derechos adquiridos por terceros de buena fe a la luz de contratos celebrados con quienes gozan de la representación legal de otros".

Manifiestan la inexistencia de causales que habiliten la revisión prevista en los artículos 303 bis y ss. del CPCC. Destacan que la sentencia interlocutoria de fecha 2 de marzo del año 2006, obrante a fs. 918/923 del Expte. Sucesorio antes mencionado, del Sr. Juez C. y V., a cargo del Juzgado Civil y Comercial N° 7 de la IV Circunscripción Judicial, que dispuso desestimar el planteo de irregularidades presentadas por la apoderada de H. R. R., sostuvo: "con respecto a la rendición de cuentas peticionadas, y los escritos presentados por el Sr. C., impugnación efectuada por el Sr. R. y escrito de fs. 915/17 y la falta de denuncia de la totalidad de los bienes, concretamente lo concerniente a la sociedad de hecho Calzados-Deportes Cala y Cía., córrase vista a la Sra. Asesora de Menores, a fin de que peticione lo que corresponde en beneficio de los intereses del menor...".

Al respecto, destacan que la cuestión fue sustanciada, previa vista a la Sra. Asesora y que su parte objetó el dictamen del Ministerio público, pero "nunca fue resuelta, debido a la apelación que interpuso la Dra. F. contra el fallo en cuestión". Señalan que el expediente fue a la Cámara y en función de los numerosos planteos e incidencias, nunca volvió a despacho para resolver esa cuestión aún pendiente. Por ello, sostienen que el acuerdo de partición y el posterior del 04.08.2000, ponen fin a todas las disputas no quedando bienes a dividir.

Puntualizan que la existencia de la Sociedad de Hecho era conocida por el Sr. H. R. y por su Hijo B. N. R. antes de la homologación, careciendo por ello del recaudo de "novedad" que exige el art. 303 bis del CPCyC. Enfatizan que antes de suscribirse el acuerdo particionario, no sólo el tema de la sociedad, sino además todas las restantes supuestas irregularidades y ocultamientos fueron denunciados por H. R. ante el Juzgado de Instrucción de Cutral CO y dieron origen a

las causas penales (según fs. 321): “C., J. R. s/Defraudación Especial y Usurpación en concurso real”; “R., H. R. s/Denuncia” y “C., J. y A., A. O. s/Hurto y Daño”.

Menciona que todas las causas finalizaron con el sobreseimiento de los denunciados/imputados a excepción de la primera que se elevó a juicio respecto de J. C. y tramitó en el Juzgado correccional, donde se dispuso la absolución del imputado.

Consideran que en dicho contexto, mal puede sostener la actora que desconocían la situación de la sociedad de hecho al momento de suscribir el acuerdo de partición de bienes. Además, en cuanto a los documentos que se denuncian como novedosos alegan que carecen de dicha condición puesto que la pericia del Cr. P.se encuentra agregada en la causa penal mencionada, y en cuanto a la tasación, se trata de un pedido de informe generado en el proceso sucesorio, motivo por el cual tampoco reúne la condición requerida en el art. 303 inc. 3 CPCC.

Por otro lado, sostienen que tampoco concurre el supuesto previsto en el inc. 4 del art. 303 bis, porque no se ha invocado ni muchos menos probado, que se haya incurrido en cohecho, prevaricato, que se haya ejercido violencia sobre el actor y/o su padre, ni que las partes hubieren incurrido en una “maquinación fraudulenta”, como lo exige la norma ritual de manera taxativa.

Concluyen que el acelerado proceso de emancipación del menor B. N. y posterior allanamiento de su padre a la acción de nulidad promovida por el emancipado acredita que padre e hijo acordaron una estrategia para nulificar todos los actos realizados por aquél en ejercicio de la representación legal de éste; intentando burlar con ello los efectos jurídicos normales de los actos y demás acuerdos firmados y/u homologados por el juez competente.

Ahora bien, pasando a considerar el recurso intentado, en virtud de la instancia procesal de carácter excepcional que significa la revisión de la cosa juzgada y la interpretación restrictiva que debe hacerse de cada uno de los supuestos, soy de la opinión que debe declararse la improcedencia del recurso intentado.

Ello es así porque en el particular caso de autos, de las constancias obrantes surge objetivamente que contra la sentencia de Cámara del día 03/11/06, obrante a fs. 976/981 del Expte. N° 3286/07, “C. A. M. s/ sucesión”, no se ha agotado la vía recursiva pertinente local y aún la extraordinaria federal. Ello obsta al conocimiento de la acción de revisión pues habiendo consentido la actora la sentencia que desestimó en primera instancia las irregularidades denunciadas y limitando sus agravios al pedido de una medida cautelar, cerró con su accionar la posibilidad de cuestionamiento procesal alguno sobre la supuestas irregularidades. Tal situación fáctica no fue modificada por la producción de la prueba indicada en autos.

En cuanto a los supuestos documentos decisivos ignorados en el proceso sucesorio, que se denuncian como novedosos, advierto que carecen de tal condición habilitante de esta excepcional vía.

Así concluyo, porque tal como se sostiene al contestar el recurso intentado, la pericia del Cr. P.se encuentra agregada en la causa penal “C. J. R. s/defraudación especial y usurpación en concurso real”, Expte. N° 25557/96 del Juzgado de Instrucción de Cutral Có. Sumado a que la tasación del Martillero B., denunciada también como novedosa, se trata de un pedido de informe generado en el proceso sucesorio, motivo por el cual tampoco reúne la condición requerida en el art. 303 inc. 3 CPCC.

También tengo en consideración lo expuesto por la demandada en cuanto la existencia de la sociedad de hecho, que al momento de suscribir el acuerdo de partición de bienes, no podía ser desconocida, en cuanto tal sociedad de hecho quedó acreditada en las actuaciones penales que tramitaron ante el Juzgado de Instrucción de Cutral Có, antes referidas.

De lo expuesto surge que no se ha agotado la vía recursiva ordinaria respecto del auto homologatorio; ello sumado a que no existe causal alguna que habilite este recurso excepcional. Reitero, en el excepcional y restrictivo recurso intentado, no se ha acreditado fehacientemente la obtención de documentos decisivos nuevos, posteriores al auto homologatorio o que fueran desconocidos por las partes; tampoco se ha probado una situación de cohecho o prevaricato, ni de maquinación procesal fraudulenta, como lo exige la norma ritual de manera taxativa.-

Esta excepcional herramienta procesal, no puede ser utilizada de manera subsidiaria ante la falta de diligencia de quien pretende la revisión de la sentencia o incluso, frente a las consecuencias de los actos propios.

En el caso en estudio se trata de una presentación que no reúne ni mucho menos logra demostrar, los extremos mínimos formales que posibiliten la procedencia de la excepcional vía, tendiente a revisar una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada.-

Es dable mencionar que en las actuaciones caratuladas: “Scafidi, Jose Oscar c/Subirain, Daniel y otro s/cosa juzgada irrita s/competencia”, Se. 162/07, el Superior Tribunal clarificó algunos conceptos en lo referido al recurso de revisión legislado en el Código Procesal Civil y Comercial.

Precisamente allí puntualizó: “Los distintos institutos previstos para invalidar pronunciamientos jurisdiccionales que ya han adquirido el atributo de inmutabilidad propia de la cosa juzgada deben evaluarse a la luz de las normas propias establecidas en cada ordenamiento jurídico por ser institutos de neto corte procesal.

En nuestra Provincia, tal posibilidad de revisión de la cosa juzgada se encuentra reglada como un recurso extraordinario de revisión en los arts. 303 bis y ss. del Código Procesal Civil y Comercial, aprobado por Ley N° 4142 y tiene como características propias: la restricción de los motivos legales previstos como causales y la limitación en las condiciones formales de admisibilidad. Es un recurso tendiente a tutelar un interés superior de legalidad, distinto -aunque coincidente- con el de los particulares y se concede para que entienda en él el más alto tribunal dentro de la organización judicial (conf. Díaz Reyna, en Enciclopedia Jurídica Omeba, voz "Revisión", v. XXV, p. 21).

Ello significa que contamos con dos vías para obtener la revisión de una sentencia:

a) La del Recurso de Revisión antes mencionado, que actúa como un resorte procesal para reconsiderar un planteo jurídico ya resuelto y que debe reunir cada uno de los elementos específicamente prescriptos para su procedencia e interponerse por escrito ante el Superior Tribunal de Justicia en un plazo que no debe superar los cinco años de dictada la sentencia que se cuestiona.

b) La otra vía disponible es la Acción Autónoma de Nulidad, ante el tribunal que corresponda en razón de la materia y el territorio y en aplicación de las reglas procesales de competencia, con plazo de prescripción reglado en el Código Civil (art. 4023), como medio de lograr la modificación de una sentencia que no se puede atacar por recurso alguno por encontrarse definitivamente agotado el proceso (conf. Díaz Reyna, en Enciclopedia Jurídica Omeba, voz "Revisión", v. XXV, p. 21, citado en Juan Carlos Hitters, Revisión de la Cosa Juzgada, Segunda Edición, Librería Editora Platense, p. 216, Sup. Corte Just. Mendoza, Sala 1ª, 279/199, LL 1999-F-529)".

El Superior Tribunal de Justicia en autos "Tassara De Giriboni, María Teresa c/ Giriboni, Ricardo Ramon s/ divorcio y tenencia de hijos s/incidente de liquidación de la sociedad conyugal s/ordinario s/competencia", Se. 84/2011, reiteró que el recurso de revisión es de carácter excepcional y extraordinario, por ende de interpretación restrictiva.

Las causas invocadas por el presentante que admitieron el presente recurso y habilitaron la producción de prueba no resultaron suficientes para la procedencia del recurso intentado, pues no surge el encuadre del caso en ninguno de los supuestos invocados.

Debe advertirse además que las soluciones expresadas son excepcionales pues no es posible extender tales consideraciones más allá de los límites estrictos en que se ha delineado la normativa vigente (recurso de revisión en la Provincia de Río Negro) y la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (acción autónoma de nulidad) pues debe tenerse por verdadero lo que decide una sentencia después de haber dado la

oportunidad a las partes para ejercer sus defensas e interponer los recursos del caso.

Se tiene presente que, efectivamente, es unánime la doctrina en cuanto a que esta acción o pretensión de revisión es de carácter excepcional, ya que la cosa juzgada es vital para la seguridad de un ordenamiento jurídico; y además de ser excepcional, debe basarse en hechos externos al proceso, puesto que la irregularidad denunciada no debe provenir del proceso que la precedió, ya que los vicios in procedendo deben atacarse por el incidente de nulidad.

Como correlato final de lo hasta aquí dicho, sostengo que el caso de autos no encuadra en los supuestos que fueran invocados y que se encuentran determinados en forma taxativa en el art. 303 bis del CPCyC, y por ello el planteo resulta improcedente.

Por las razones precedentemente expuestas se concluye que corresponde declarar la improcedencia del recurso intentado. Con costas (art. 68 CPCyC).

Mi voto.

La señora Juez subrogante doctora *María Luján Ignazi* dijo:

Llamada a dirimir, en función del orden de votación, la disidencia suscitada entre los Magistrados preopinantes, advierto que la misma reside en la pertinencia o no de receptor formalmente el recurso de revisión contemplado en el art. 303 bis del CPCyC.

Así, por cuanto mientras el Dr. Enrique J. Mansilla ingresa directamente al examen de la cuestión de fondo, tal el determinar si los intereses del menor B. N. R. no han sido debidamente representados y defendidos al momento de suscribir el acuerdo homologado en el marco de la causa "C. A. M. s/sucesión", acollorada por cuerda a estas actuaciones, el Dr. Sergio M. Barotto en definitiva objeta la apertura misma de este recurso de revisión, por considerar que obsta a su conocimiento tanto la falta de agotamiento en aquellos autos de la vía recursiva pertinente local y aún la extraordinaria federal como la ausencia de la condición requerida por la normativa de rito para la procedencia formal del recurso previsto en el art. 207, apartado 2 inc. c de la Constitución de la Provincia de Río Negro.

Expuestos de ese modo los términos de la disidencia suscitada, e ingresando en su tratamiento a luz de las constancias de esta causa y de la acollorada por cuerda "C. A. M. s/ Sucesión", asumiéndome relevada de efectuar el recuento de los antecedentes que enmarcan el caso de autos por encontrarse los mismos relatados en el primer voto, adhiero a la solución propuesta en el voto del Dr. Enrique J. Mansilla y adelanto mi opinión favorable a la declaración de nulidad del resolutorio de fecha 7 de julio de 2000 recaído en el marco del

expediente 10.685/98 del Juzgado N° 7 de Cipolletti. Doy razones para ello.

Primero, porque entiendo que resulta incompatible con un adecuado servicio de justicia que el máximo órgano del Poder Judicial, a pesar de contar con una herramienta procesal de orden constitucional, no enmiende los desaciertos de índole procesal cuando resulte clara la afectación de la garantía constitucional de la defensa en juicio especialmente, como en el caso, de un incapaz al tiempo del dictado de la resolución colocada en crisis a través de este proceso, principalmente si ello conlleva a una manifiesta declinación de la verdad objetiva, en detrimento en definitiva del derecho de propiedad del, por entonces, menor involucrado.

Segundo, porque al estado de indefensión puesto de manifiesto por el primer votante a través del rescate de precisas constancias del expediente sucesorio, agrego que ese proceso desde su inicio tuvo la particularidad de poner en evidencia una concreta situación familiar conflictiva, justificante, o si se quiere demandante, de una atenta mirada por parte del Poder Judicial y, en su especial ámbito, de la Asesora de Menores como garante de la protección de los derechos de B. N., cuan incapaz absoluto -al decir del art. 54 del Código Civil- al contar con diez (10) años de edad al momento de inicio de esas actuaciones (a saber 19.06.98, según cargo habido a fs. 11 de aquellos autos) en tanto su nacimiento tuvo lugar el día 25.06.87 (fs. 9)-. Así por cuanto, no pudo escaparle al juez ni mucho menos a la Asesora interviniente las advertencias efectuadas por la Cámara de Apelaciones, Sala Civil, de Zapala con motivo de resolver la declaración de incompetencia cuestionada por J. R. C., quien según allí se anuncia había promovido las actuaciones, pues la misma no dejó de destacar lo desprolijo del trámite, la existencia de falencias procesales y la formulación de una declaración de competencia soportada tíbicamente en declaraciones testimoniales (ver fs. 22/29, en especial fs. 22 3er párrafo, 23, 2do párrafo, 24, 1er párrafo), propiciantes de un desplazamiento de competencia y, por ende, de la intervención del juez natural. Ni pudo resultarles ajeno el conflicto suscitado en torno a la guarda del menor, ni que resultaba necesario conforme expresamente se requiriera a fs. 45 la designación de Administrador Judicial.

Y es que indudablemente, esa condición de exigibilidad participativa, pro activa, que se le imponía a la Asesora de Menores no fue satisfecha en la causa, al limitarse ésta a manifestar “me notifico y tomo intervención” (ver fs. 30 y fs. 49). Ello, principalmente en esa última oportunidad, pues fue convocada a expresarse sobre el especial pedido de designación de Administrador Judicial formulado por parte del representante del menor y advertida acerca de derechos de éste susceptibles de ser protegidos y defendidos en el sucesorio (fs. 45).

Tampoco puede decirse que subsanó su inicial inactividad con la contestación efectuada a fs. 53 ante la

insistencia de la vista dispuesta nuevamente a fs. 52, ya que la declamación allí efectuada de la necesidad de adoptar “en el estadio procesal oportuno, al denunciarse el acervo hereditario, las medidas necesarias para preservar los derechos de B. N.” (fs. 53), en definitiva, importó dejar librado a la voluntad de terceros, y a una oportunidad dilatada en el tiempo, la preservación que los bienes del menor en forma inmediata, aparentemente —o al menos para su representante—, exigían. Esta última crítica se justifica aún más si se tiene en cuenta que al evacuar ese informe ya tenía, o debió tener, conocimiento de la existencia de una denuncia penal que involucraba a sujetos íntimamente relacionados con el sucesorio en decurso y a cuestiones relativas a este trámite (ver en especial fs. 44 vta, párrafo 1ero).

Es más, frente a esas evidencias y a la circunstancia que tenía conocimiento que la situación de B. N. evidenciaba una “conflictiva relación interfamiliar”, tornando necesario una recomposición de los vínculos seriamente dañados (fs. 76/vta.), nada propuso. Por el contrario, fue necesaria una nueva intervención del representante del menor para instar una vez más la designación de un Administrador Judicial (fs. 84/85). Y, es que inclusive cuando esa presentación mereciese las objeciones formuladas a fs. 89/90 por J. R. R. (en particular la realizada bajo el punto 2. a fs. 89 vta), no puede desconocerse que los bienes a los que tendría derecho el menor en el sucesorio estaban bajo un manto de litigiosidad, a cuyo esclarecimiento indudablemente la intervención de aquella no contribuyó cuando se expidió finalmente a fs. 93, a pesar de recaer sobre ella la obligación de concretar acciones de contralor y resguardo del menor como incapaz de obrar.-

Sin embargo, pareciera que esa situación recién se tornó evidente para el juzgado cuando fracasó la audiencia dispuesta a los fines de nombrar administrador judicial, esto es prácticamente dos años después de iniciada la causa (ver fs. 107). Pero, ello no logró cambiar el devenir procesal pues a los pocos días que se dispusiera designar Administrador Judicial recayendo la designación en un tercero ajeno al proceso porque los “intereses de las partes resultan fuertemente encontrados al extremo de no poder acordar la designación” (21.03.00), esas precisas partes presentaron un acuerdo firmado (fs. 216/217), mediante un escrito, que como señala el Dr. Mansilla en su voto carece de la firma de quien, según se indica en el mismo, sería la patrocinante de H. R. (fs. 218/220).

Llamativamente, la recepción de éste por parte del juzgado carece de fecha y firma, indicando sólo que fue firmado en el mes de mayo (ver fs. 221). Y, sin advertencia alguna, a las aludidas deficiencias (falta de firma de uno de los patrocinantes y ausencia de firma y fecha de la aludida providencia), la Sra. Asesora de Menores manifestó que no tenía objeciones que formular al acuerdo habido a fs. 216/217 (fs. 221 vta).

Realicé este detallado recuento con una sola finalidad, poner de manifiesto que el accionar tanto de la Sra. Asesora de Menores como el del Sr. Juez intervinientes fue aceptar la propuesta efectuada sin detenerse en ningún momento en los derechos del menor, a pesar de que la nombrada en primer lugar tenía la obligación legal de protegerlos en la medida en que ha sido instituida como la rama del Ministerio Público, vinculada al ejercicio de los poderes del patronato estatal y atenta a la vigencia de la persona de los incapaces y la mejor defensa de sus intereses (LLAMBÍAS, Código Civil anotado, t. I, pág. 156; BUSSO Eduardo B., “Código Civil anotado, Ediar, Bs As, 1958, t II-2). Precisamente, el art. 77 de la Ley KNº 2430, en la redacción por ese entonces vigente, disponía que los Asesores de Menores e Incapaces, parte legítima y esencial en todo asunto judicial en que se trate de la persona o intereses de menores e incapaces, tenían a su cargo, entre otros deberes, el tomar medidas para la seguridad de sus bienes siempre que fuere necesario” (inc. b) y, como se sigue del relato precedente, esta norma se advierte claramente incumplida en los presentes.

Como correlato de lo hasta aquí expresado y rescatando las apreciaciones formuladas por el Dr. Mansilla al emitir su voto en punto a que la omisión de dar intervención al Ministerio Pupilar para que ejerza la representación promiscua, respecto de resoluciones que comprometen en forma directa los intereses de un menor, acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones, como así también la advertencia efectuada por el mismo en torno a que el juez actuante en el sucesorio homologó el acuerdo sin advertir la falta de firma de la letrada y que en ese marco el padre del menor dispuso de los bienes de éste sin contar con autorización judicial previa para hacerlo -ello, en violación a lo dispuesto en los arts. 279 y 299 del Código Civil- y sin la intervención del ministerio de menores, me pronuncio, como ya lo adelantara, en forma coincidente con el mismo por la nulidad de la resolución adoptada el 07.07.00 en aquellos autos, al entender configurado en el caso un extremo de gravedad institucional e ilegalidad manifiesta en el marco del art. 303 bis del CPCyC, pues se avizora el despliegue de actos procesales en fraude a la ley.

No dejo de advertir que resulta tardía la manifestación efectuada por la defensora de menores a fs. 905/909 y posteriormente a fs. 958 en punto a los términos de la conformidad oportunamente por ella prestada a fs. 221 vta, pues no puedo desconocer que la misma tuvo actuaciones posteriores (fs. 275 y 275 vta) y ello importó tomar contacto con el expediente por disposición del art. 135, in fine, del CPCyC, y darla por notificada de todas las resoluciones adoptadas hasta esa oportunidad por operatividad del art. 134 de igual ordenamiento ritual, a pesar de lo cual oportunamente guardó total silencio frente a la homologación resuelta por providencia simple y de la que no fuera expresamente ordenada notificación alguna al Ministerio Pupilar (fs. 247).

Pero, ni esa realidad procesal, ni la circunstancia que desde la doctrina y la jurisprudencia se tenga dicho que la intervención y/o notificación posterior por parte de la Asesora de Menores sin formular queja o consideración al respecto, obra como remedio definitivo a la posible existencia de anormalidad alguna, al tratarse de una nulidad relativa (cf. D’ Antonio Daniel Hugo “Actividad Jurídica de los Menores de Edad” Rubinzal Culzoni, Editores, 2do edic. pág. 50), logran torcer mi inicial convicción.

Pues, estoy persuadida que lo contrario importaría dar relevancia jurídica a un accionar alejado de los deberes que la ley vigente a ese tiempo ya imponía y asumir una solución contraria a los intereses del menor a los que el poder judicial en su conjunto está llamado a proteger (Anexo A Ley 2430 —Carta de derecho de los Ciudadanos de la Patagonia Argentina ante la Justicia—, art. 26 sgtes). Ello, especialmente cuando de lo que se trata es de esclarecer la situación e impedir que de la mano de una justicia formal se convalide el destierro de un verdadero derecho de defensa.

Por lo expuesto, y al entender que la cuestión relativa a la viabilidad formal de la acción de la mano de la falta de agotamiento de las vías recursivas en los autos “C. A. M. s/sucesión” encuentra un valladar infranqueable en el principio de preclusión, cuan garante en el orden procesal de la seguridad jurídica, ante la declarada a fs. 408/414, admisibilidad formal del recurso de revisión impetrado a fs. 270/283 por la Dra. A. F., como apoderada de B. R. y en la medida en que las observaciones contra ella no dejan de resultar la manifestación de una convicción particular en lo tocante a las exigencias de admisibilidad propias de esta vía excepcional prevista en el ordenamiento jurídico local, me pronuncio en forma coincidente con lo decidido por el Dr. Mansilla.

Mi voto.

Por ello, El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia resuelve:

Primero: Hacer lugar al recurso de revisión interpuesto a fs. 270/283 por la Dra. A. F., apoderada de B. N. R., y declarar la nulidad del resolutorio de fecha 7 de julio de 2000 en los autos “C. A. M. s/Sucesión” Expte. N° 10685/98, del Juzgado Civil N° 7 de Cipolletti, remitiendo todo lo actuado al tribunal de origen a fin de que, ante el Juez subrogante que corresponda, el recurrente haga valer sus derechos como heredero de A. M. C.. Con Costas (art.68 Cód. Proc.Civ. y Com.).

Segundo: Regístrese, notifíquese y oportunamente, remítanse al Juzgado Civil N° 7 de la ciudad de Cipolletti, adjuntándose el proceso sucesorio referenciado.— *Enrique J. Mansilla.* — *Sergio M. Barotto* (en disidencia).— *María Lujan Ignazi* (juez subrogante).

SUCESIÓN. EXCLUSIÓN DE DERECHOS HEREDITARIOS

Cónyuge supérstite separado de hecho. Improcedencia de la exclusión de sus derechos hereditarios. Abandono del hogar justificado. Conducta injuriantes del causante.

CCiv. y Com., Mar del Plata, sala III, 22/08/2013. - C., A. O. c. S., F. D. s/ incidente de exclusión de derechos hereditarios.

[Cita on line: AR/JUR/51181/2013]

***Hechos:** La sentencia rechazó el incidente de exclusión de derechos hereditarios respecto de la esposa del causante, la cual se encontraba separada de hecho de éste desde hacía más de veinte años. La Cámara confirmó el decisorio.*

La exclusión de los derechos hereditarios de la cónyuge supérstite debe rechazarse, aun cuando se encontraba separada de hecho del causante, pues ha acreditado que el abandono del hogar conyugal en el que incurrió obedeció a razones justificadas, tales como las agresiones recibidas por parte de su consorte y las relaciones mantenidas por él con terceras mujeres.



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Tribunal Superior de la Provincia: La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en "LL., M. y otros c. D., E. C.", 03/05/1977, AR/JUR/365/1977, sostuvo que en el juicio por exclusión de herencia de un cónyuge separado de hecho corresponde a ambas partes las pruebas de sus asertos, con la consecuencia de que, demostrada la separación de hecho, corresponde al cónyuge supérstite que quiera hacer valer su vocación hereditaria probar su inocencia y deseo de unión, para lo cual es menester haber realizado actos tendientes a hacer cesar ese estado de cosas.

Exclusión de derechos hereditarios

POR **ADRIANA MORÓN**

Sumario: I. Introducción.— II. Acción de exclusión de herencia.— III. Legitimación.— IV. Carga de la prueba.— V. Conclusión.

I. Introducción

En el año 2008 la cónyuge supérstite promovió el proceso sucesorio de quien en vida fue su marido. Por su parte, la hermana del causante dedujo incidente de exclusión de la vocación sucesoria de aquella, invocando la separación de hecho de ambos sin voluntad de unirse desde que la esposa hizo abandono del hogar conyugal, hecho acaecido hacía más de dos décadas. Con posterioridad, las restantes hermanas del de *cujus* adhirieron a dicho planteo. Argumentó la accionada en su defensa que en diciembre de 1984 tuvo una fuerte discusión con su consorte debido a que éste mantenía una relación amorosa con otra mujer. Como consecuencia de ello, él le requirió que se retirara

del hogar, pedido que resistió en un principio pero finalmente aceptó frente a la conducta hartamente agresiva desplegada por aquél.

El juez de grado rechazó la pretensión esgrimida por las hermanas del difunto con imposición de costas a las vencidas.

Las incidentistas apelaron la sentencia. La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, de la ciudad de Mar del Plata, confirmó el pronunciamiento de grado el 22 de agosto de 2013.

El fallo resulta interesante puesto que ratifica la doctrina emanada de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en cuanto a que cuando exista separación de hecho sin voluntad de unirse, recae sobre quien pretenda derechos hereditarios en la sucesión de su extinto cónyuge acreditar que era inocente (arts. 204, 214 inc. 2 y 3575 del Cód. Civil).

II. Acción de exclusión de herencia

Liminarmente cabe señalar que la exclusión de herencia es una acción que se otorga a un coheredero o a un heredero de grado sucesivo para que, en virtud de las causales previstas por la ley, solicite la separación de su coheredero o del heredero de grado preferente de la sucesión, y la



COSTAS

A la recurrente vencida.

2ª Instancia. — Mar del Plata, agosto 22 de 2013.

- 1) ¿Es justa la sentencia de fs. 105/107?
- 2) ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión planteada la Sra. Juez Dra. *Nelida I. Zampini* dijo:

I.- Dicta sentencia el Sr. Juez de Primera Instancia, resolviendo rechazar el incidente de exclusión de derechos hereditarios promovidos por las Sras. A. O. C., M. de. C. C. y A. E. C. contra la Sra. F. D. S. impuso las costas del incidente a las vencidas y difirió la regulación de honorarios profesionales hasta tanto existan elementos para su determinación

pérdida a consecuencia de ello de los derechos que como tal le correspondían (1).

Ahora bien, toda vez que las causales de exclusión hereditaria no operan de pleno derecho devino necesario que las interesadas promovieran la pertinente acción judicial ante el juez de la sucesión, en virtud del fuero de atracción que ejerce dicho proceso, de conformidad con lo establecido por el art. 3284, inc. 1, Código Civil (2). Es por ello que las hermanas del causante canalizaron su pretensión al promover el respectivo incidente, lo cual resulta atinado puesto que nuestros tribunales de manera reiterada han sostenido que *“la sucesión, como procedimiento judicial, no tiende a la satisfacción de pretensiones resistidas o insatisfechas, sino a la determinación objetiva y subjetiva de los bienes dejados por el causante y de las personas que habrán de heredarlo, y para lo*

(1) GOYENA COPELLO, Héctor R., Curso de procedimiento sucesorio, 8ª edición ampliada y actualizada, La Ley, Buenos Aires, 2005-287.

(2) MEDINA, Graciela en FERRER - MEDINA, Código Civil comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía, t. Sucesiones II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 118; en el mismo sentido CNCiv., sala C, 6/12/2005, “V., S. M. s/ suc.”, LA LEY del 5/5/2006, p. 7; íd., sala D, 21/02/1995, “Rodríguez Pereira, Paulo s/ suc.”, LA LEY, 1995-D, 345.

II.- Dicho pronunciamiento es apelado a fs. 112 por las Sras. M. de. C. C., A. E. C. y A. O. C., por su propio derecho y con el patrocinio letrado del Dr. G. R. M., fundan su recurso a fs. 114/118 con argumentos que no merecieron respuesta de la contraria.

III.- Las recurrentes se agravian en primer término en que el a quo fundamente el rechazo de la demanda de exclusión de heredero únicamente en la declaración de dos testigos, dejando de lado la declaración de otros dos testigos. Señala que la declaración de las testigos Sras. Josefa Nespral y Nilda Coria son muy claras al sostener que fue la Sra. F. S. quien hizo abandono del hogar no siendo valorado —a su entender— en el decisorio en crisis.

En segundo lugar se agravian de la falta de valoración de la restante prueba instrumental acompañada en el sub lite, como así también los dichos expuestos por la Sra. F. D. S. en los autos “C., Alberto s/Sucesión”. Sostiene que la incidentada en el proceso sucesorio reconoce expresamente que se encontraba separada de hecho con el causante desde el mes de diciembre de 1984 y que

demás, el interesado deberá promover las acciones a que se creyere con derecho, por la vía correspondiente, tanto en lo que se refiere a las pretensiones de terceros frente a la sucesión o los herederos, como a las de los herederos entre sí, o frente a sus potenciales demandados”(3).

De modo que el proceso sucesorio persigue como finalidades primordiales —entre otras— la determinación de quienes son los sucesores de una persona fallecida, precisándose la cantidad y valor de los bienes que integran su patrimonio, la verificación de su monto y satisfacción del pasivo, así como la distribución del saldo entre las personas a quien la ley o en su caso el testador acuerdan la calidad de sucesores (4). De lo expuesto se desprende que se encuentra excluida toda controversia o contingencia que se produzca en el ámbito del sucesorio, en tanto lo exceden de su marco específico, debiéndose dichas pretensiones hacerse valer por la vía y forma pertinente,

(3) Conf. CNCiv. sala A, 15/5/73, E.D. 49-336; ídem. sala C 11/7/72, E.D. 45-233; ídem 24/10/72, E.D. 47-263, ídem 30/12/74, E.D. 61-251; ídem 17/3/75, LA LEY, 1975-B, 953 - n° 1170.

(4) PALACIO, L., Tratado de Derecho Procesal, t. IX, Abeledo Perrot, Buenos Aires, pp. 349/50.

la Sra. M. I. fue quien se ocupó del estado de salud del Sr. Alberto C. También se quejan de que el juez de grado no valore el informe brindado por el escribano Héctor Juan Fernández quien informa que cuando el causante efectuó la operación de compraventa del departamento que forma parte de edificio de Av. Uriburu N° 714/716 de la ciudad de Balcarce informó que el estado civil del Sr. Alberto C. era “Soltero”. En cuarto término se agravian en cuanto a que el *a quo* ha establecido que la carga de la prueba de la culpabilidad de la separación de hecho recaiga sobre quien demanda la exclusión hereditaria cuando la moderna doctrina del derecho de familia establece que quien debe demostrar su inocencia es la cónyuge supérstite. Señalan que en autos resulta evidente que no subsistió comunidad de vida entre la Sra. F. S. y el Sr. Alberto C.

Argumentan que “...el abandono de hogar ocurrido hace más de 20 años, concluye en una separación de hecho definitiva, a tal punto que el causante, además de —luego del abandono— continua habitando en la misma vivienda que fuera el domicilio conyugal, forma

una nueva pareja con otra mujer, de nombre M. R. I., viviendo con ella los últimos doce años de su vida...”

Cita jurisprudencia en apoyo a su tesis.

IV) Antecedentes de la causa: Antes de abordar el tratamiento de los agravios desarrollados por las recurrentes haré una breve referencia a los antecedentes de la causa. De ese modo, a mi entender, se aporta mayor claridad expositiva a lo que en definitiva, debe resolverse.

Que con fecha 7 de febrero de 2008 la Sra. F. D. S. inicia el proceso sucesorio del Sr. Alberto C., en su carácter de cónyuge supérstite (ver fs. 9/10 de los autos “C., Alberto s/sucesión ab-intestato”, Expte. N° 15.561, que en este acto tengo a la vista); A fs. 6/9 de estos autos la Sra. A. O. C., hermana del causante, promueve incidente de exclusión de derechos hereditarios respecto de la Sra. F. D. S., sosteniendo que la nombrada se encontraba separada de hecho de su hermano desde hace más de veinte años siendo ella la que hizo abandono del hogar conyugal.

ya sea que se materialicen a través de un proceso de conocimiento o de un incidente.

En este sentido se ha resuelto que debía “*revo-arse la sentencia dictada en el juicio sucesorio, que dispuso la cesación de la vocación hereditaria de la cónyuge supérstite del causante con sustento en lo dispuesto por el artículo 3575 del Código Civil, ya que dicha controversia no puede decidirse en el marco del juicio sucesorio sino que debe ser debatida en el respectivo proceso de conocimiento*” (5). Cierta jurisprudencia ha considerado que la causal de exclusión hereditaria prevista en el art. 3575 del Código Civil debe ser ventilada únicamente en juicio ordinario, pues comprende una serie de cuestiones de hecho y derecho que requieren mayor amplitud de prueba. Se afirmó, asimismo, que no corresponde su trámite por vía incidental, ni la exclusión de la declaratoria mientras no haya sentencia firme en juicio ordinario (6). Sin

embargo, debemos tener en cuenta que además de las incidencias e incidentes, existen los denominados procesos incidentales en los que se persigue una pretensión de mérito, y tramitan en forma independiente bajo el tipo de proceso que el juez resuelva imprimirle (ordinario, sumarísimo o incidental). De modo que nos enrolamos en la postura que entiende que la vía apta para instrumentar este tipo de pretensiones es el juicio ordinario o el proceso incidental que tramite por vía ordinaria ya que los procesos abreviados están sujetos, entre otras cosas, a limitaciones probatorias (art. 183 del Código Procesal).

III. Legitimación

Sentado ello, en lo que atañe a la legitimación, esto es a la capacidad o aptitud para estar en juicio, la acción de exclusión de herencia tiene como presupuesto que tanto el pretensor como el demandado revistan la calidad de heredero —sea legítimo o testamentario, forzoso o no, cónyuge o legatario— dado que ésta solamente puede ser promovida por los parientes que concurren a la sucesión con el excluido, o que son llamados a ella a falta de él (7). En el caso traído a estudio, se

(5) Cámara Civil y Comercial, Sala I de Mar del Plata, 17-02-2009 S.M-J y otro s. sucesión ab intestato AR/JUR/31829/2009. En igual sentido Cámara Nacional Civil, sala C, 06-12-2005 LA LEY, 2006-C, 300, CNCiv., sala D, 21-02-1995, LA LEY, 1995-D, 345, citado por WEBB, M. S. “La vocación sucesoria entre cónyuges separados de hecho”, DFyP 2012 (enero-febrero), 145.

(6) CNCiv., Sala D, 1995/02/21, LA LEY, 1995-D, 345.

(7) GOYENA COPELLO, ob. cit., p. 288.

A fs. 14/vta. se presentan las Sras. M. de. C. C. y A. E. C., restantes hermanas del Sr. A. C. ratificando en un todo lo expuesto en el escrito liminar del presente incidente. A fs. 21/26 se presenta la Sra. F. D. S. a contestar el presente incidente. Luego de efectuar una negativa general y particularizada de los hechos expuestos en la demanda, sostiene que en diciembre de 1984, luego de varios situaciones tensas, se originó una fuerte discusión con motivo de que el Sr. Alberto C. mantenía una relación amorosa con otra mujer la cual tuvo como consecuencia que éste le solicitara que se vaya de la casa, resistiendo el pedido pero en razón de la agresividad demostrada por el causante y corriendo peligro su integridad física decidió retirarse del domicilio.

A fs. 29/vta. el presente incidente es abierto a prueba.

A fs. 97 obra el certificado de término probatorio.

A fs. 105/107 el Juez de grado dicta sentencia.

V) Tratamiento de los agravios:

V.- a) Agravios de la incidentistas: Carga y valoración de la prueba. Atento a que el contenido de los cuatro

agravios de las recurrentes versan sobre quién debía cargar con la prueba y sobre la valoración efectuada, entiendo que corresponde, por un mejor orden procesal, tratar todos los agravios de forma conjunta. El art. 3575 del Cód. Civil, a partir de la reforma de la ley 17.711, contiene un segundo párrafo, estableciendo que "Si la separación sólo fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria, siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574..."

Con este nuevo párrafo lo que se pretende es sancionar al cónyuge culpable de la separación, de igual manera que al culpable del divorcio (art. 3574 del Cód. Civil).

La ratio legis del artículo 3575 radica en que la desintegración del hogar revelaría la falta de un presupuesto del derecho hereditario conyugal, consistente en el afecto del causante. Aun cuando no haya atribución de culpabilidad ni juicio de reproche, el estado de separado de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges (cfr. Pérez Lasala, José L. - Medina, Graciela, Acciones judiciales en el Derecho sucesorio, 2da. ed., Ed. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2011, pág. 383).

encontraba acreditada tanto la calidad de hermanas del causante como de cónyuge supérstite de la accionada. De allí que la legitimación de ambas partes se encontraba debidamente justificada.

IV. Carga de la prueba

Se discurrió en el mentado incidente a quién incumbía la acreditación de la separación de hecho y la responsabilidad del fracaso matrimonial. La Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial, Sala Tercera, basándose en la doctrina legal del Máximo Tribunal Provincial señaló que "*...la presunción en estos supuestos de separación de hecho es la culpabilidad de ambos y que quien pretendiera lo contrario tendrá sobre sí la carga de demostrar su falta de culpabilidad en la separación (art. 375 del C.P.C.)... Deberá entonces la supérstite —en el caso la demandada— que pretende derecho en la sucesión de su cónyuge fallecido, probar que fue inocente, que no dio causa, o al menos que fue su cónyuge el excluido responsable de la ruptura...*"(8). De modo que a las hermanas del causante les bastaba demostrar el elemento objetivo, esto es, la separación de hecho sin motivo

que lo justificara, mientras que recaía sobre la accionada acreditar su calidad de cónyuge inocente.

Llegados a este punto, no es ocioso recordar que el art. 3575 del Código Civil en su redacción anterior preveía la cesación de la vocación hereditaria de los cónyuges entre sí, si se encontraban separados de hecho sin voluntad de unirse, o estando provisionalmente separados por juez competente. El fundamento de la norma reside en que la interrupción de la cohabitación evidenciaría la falta de un presupuesto del derecho hereditario conyugal, consistente en la *affectio maritalis*. Aun cuando no haya atribución de culpabilidad ni juicio de reproche, el estado de separado de hecho indica la falta de afecto presunto entre los cónyuges (9). La normativa citada dio origen a una nutrida doctrina y jurisprudencia por cuanto no discernía entre el cónyuge culpable o inocente de la desintegración del hogar. De allí que una vez comprobada la separación de hecho, ello era suficiente para privar al cónyuge de la vocación hereditaria. Sin embargo, esta hermenéutica de la norma fue objeto de encendidas críticas por cuanto la solución aportada por la jurisprudencia

(8) S.C.B.A., Ac. 92.106 in re "M., M. M. c. R., N. N. s/ exclusión", 9/11/1993, LA LEY, 1994-B, 256; Ac. 54.551, 14/6/94 en A. y S. 1994-II-610.

(9) PÉREZ LASALA, J. L.- MEDINA, G., "Acciones judiciales en el derecho sucesorio", Depalma, Buenos Aires, (1992, p. 383.

Si bien, se han elaborado varía doctrinas en torno a la norma en cuestión llamadas “objetivas” y “subjetivas”, analizaré únicamente esta última no solo por ser la que sostiene la doctrina mayoritaria, sino también por que es doctrina legal para este Tribunal (art. 161 inc. 3º ap. a) de la Const. de la Prov. de Bs. As., 278, 279, 280 y ccds. del C.P.C.). Ello es así pues nuestro Máximo Tribunal Provincial ha sostenido que “...la presunción en estos supuestos de separación de hecho es la culpabilidad de ambos y que quien pretendiera lo contrario tendrá sobre sí la carga de demostrar su falta de culpabilidad en la separación (art. 375 del C.P.C.)...Deberá entonces la supérstite —en el caso la demandada— que pretende derecho en la sucesión de su cónyuge fallecido, probar que fue inocente, que no dio causa, o al menos que fue su cónyuge el excluido responsable de la ruptura...” (S.C.B.A., Ac. 92.106 in re “M., M. M. c. R., N. N. s/exclusión” del 9/11/1993, LA LEY, 1994-B, 256; Ac. 54.551 del 14/6/94 en A. y S. 1994-II-610).

Ampliando los argumentos de esta postura señalo que corresponde concordar los artículos 204 y 3574, y el art. 3575, toda vez que aluden a una misma sanción:

para estos casos se contradecía con el art. 3574 en que solamente se excluía de la vocación sucesoria al cónyuge culpable en el divorcio. Este reproche condujo a un giro copernicano, finalizando la jurisprudencia por excluir de la herencia solamente al cónyuge culpable, interpretación ésta que fue receptada por la ley 17.711 y ratificada por la ley 23.515, la cual añadió al art. 3575 el siguiente párrafo: “*Si la separación fuese imputable a la culpa de uno de los cónyuges, el inocente conservará la vocación hereditaria siempre que no incurriere en las causales de exclusión previstas en el artículo 3574*” (si viviere en concubinato o incurriere en injurias graves contra el otro cónyuge). Empero hubo discrepancias respecto de quién debía acreditar la presunta inocencia o culpabilidad del cónyuge.

En el ámbito de la ciudad de Buenos Aires, el plenario dictado por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil con fecha 12/02/86 (10) determinó que: 1) La exclusión sucesoria del cónyuge supérstite por su culpabilidad en la separación de hecho a que se refiere el art. 3575 del Código Civil, se funda en las causales que determinaron dicha separación, y 2) Que la carga

la exclusión hereditaria conyugal provocada por situaciones análogas: la separación personal decretada judicialmente fundada en la separación de hecho de los cónyuges y la sola separación de hecho sin voluntad de unirse.

Por lo que la separación de hecho también trasciende jurídicamente como causa objetiva de cesación del derecho de sucesión de los cónyuges entre sí y, en consecuencia de ello, cabe aplicar al ámbito sucesorio el régimen probatorio de la separación personal y el divorcio fundados en la causal objetiva de separación de hecho sin voluntad de unirse: al peticionante de la exclusión hereditaria le basta probar el elemento objetivo, separación de hecho sin una razón jurídica que la justifique y al cónyuge supérstite que pretende conservar el derecho hereditario tiene la carga de probar que es inocente de la separación, o, lo que es lo mismo, la culpabilidad de su cónyuge prefallecido (Cfr. COMPAGNUCCI DEL CASO, KEMELMAJER DE CARLUCCI y otros; Código Civil de la Republica Argentina. Explicado, T. VIII, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta Fe., pp. 210/211; BELLUSCIO, Augusto, Derecho de

de la prueba de las causales de tal exclusión sucesoria recae sobre quienes cuestionan la vocación sucesoria del cónyuge supérstite (11).

Cuadra poner de relieve que si bien la ley 23.515 no modificó expresamente la letra del art. 3575 del Código Civil, se originaron divergencias en punto a la presunción de culpabilidad recíproca establecida por el art. 204, salvo que el cónyuge que se considerara inocente así lo probara. En efecto dicha norma dispone que: “*Podrá decretarse la separación personal, a petición de cualquiera de los cónyuges, cuando éstos hubieren interrumpido su cohabitación sin voluntad de unirse por un término mayor a dos años. Si alguno de ellos alega y prueba no haber dado causa a la separación, la sentencia dejará a salvo los derechos acordados al cónyuge inocente*”. Por ende, se ha afirmado que la ley 23.515, mediante el art. 204, derogó parcialmente la segunda parte del plenario referenciado (12), de allí que comprobada la separación sin voluntad

(11) Adherimos a la postura que considera que los efectos de los arts. 302 y 303 del CPCCN han quedado diferidos para el momento en que se constituya la Cámara de Casación para todos los juicios aún a los que se encuentren en trámite (art. 15 de la Ley 26.853).

(12) CNCiv., Sala C, 11/9/1990 en JA 1991-I-360 y 2/10/1990 en LA LEY, 1991-D, 418, citados en LLAMBIAS,

(10) CNCiv, en pleno, 12/2/1986, “Mauri de Mauri F. y Mauri E. S. D. s/sucesión”, LA LEY, 1986-B, 134.

las sucesiones, T. II, Bs. As., p. 129; ZANNONI, Eduardo; Manual de Derecho de las Sucesiones, Astrea Bs. As., 1989; MENDEZ COSTA, María J.; Interpretación del art. 3575 del Código Civil, LA LEY, 1981-C, 413 y De nuevo sobre la exclusión hereditaria conyugal por separación de hecho, pub. J.A. 1980-I, p. 477; IGNACIO, Graciela; La separación de hecho y la exclusión de la vocación hereditaria de los cónyuges, pub. en Rev. de Der. de Familia y de las Personas, Año 2, Nro. 3 de abril de 2010, p. 125; entre otros).

Esta también fue la postura de la disidencia en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariolcho - 1989) donde se sostuvo que "En el caso del art. 3575 del Cód. Civil, después de la sanción de la ley 23.515, el cónyuge superviviente queda privado de la vocación hereditaria, salvo que alegue y pruebe no haber dado causa a la separación de hecho" (Posición en disidencia de los Dres. Levy, Meza, Wagmeister, Iñigo). Como bien sostiene la Dra. Chechile "...si en vida el consorte debe probar su inocencia para obtener los derechos que esa calidad otorga, entre ellos la vocación sucesoria, por qué no exigir dicha prueba luego de fallecido uno de ellos..."

de unirse corresponde decretar la exclusión de la vocación hereditaria y, dado que se presume la culpa de ambos consortes, recae sobre el cónyuge que se considera inocente la prueba de dicho extremo (art. 377 del CPCCN y 375 del Cód. Procesal de la Provincia de Buenos Aires). Esta es la postura sostenida por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires que ha sido receptada en el fallo comentado.

En el proceso en análisis se comprobó que al fallecimiento del esposo los consortes de encontraban separados de hecho desde hacía veintitrés años, lo cual patentizaba en forma palmaria que no existía voluntad de unirse. Ergo, restaba determinar a quién resultaba imputable el colapso matrimonial. Si se aplicara la doctrina emanada por el citado plenario al caso traído a estudio, la cónyuge superviviente tendría derecho a la vocación hereditaria hasta tanto se demostrara su culpabilidad. Pero como ya hemos expresado, al haberse adoptado en cuanto a la carga de la prueba la postura contraria, incumbía a la incidentada probar que la interrupción de la convivencia se debió al causante.

J. J. - MÉNDEZ COSTA, M. J., "Código Civil Anotado", Tomo V-B, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 425.

(CHECHILE, Ana María, La separación de hecho entre cónyuges en el Derecho Civil Argentino, Lexis Nexis, Bs. As., 2006, p. 251).

En el mismo sentido la Cámara de Apelación de Azul ha sostenido que "...lo que la ley requiere es la separación voluntaria y, además la culpabilidad; estando determinada la causal por el hecho objetivo de la separación calificada por la voluntad de no unirse y la culpabilidad. Debiendo valorarse que —como sostiene la norma— si la separación es sin voluntad de unirse, ello no alcanza a constituir la causal, requiriéndose la imputabilidad por culpa, deber de convivencia, al cónyuge que abandonó al otro o al que provocó la desunión con su inconducta..." (Cám. Apel. Civ. y Com. Azul, Sala II del 9/5/2000, LLBA, 2001-958 y ss., misma sala II in re "Olaran, Zulma c. Pereyra, Nancy s/incidente de exclusión" del 30/8/2012, La Ley Online; en el mismo sentido: Cám. Apel. Civ. y Com., San Isidro, sala I del 18/4/1995, LLBA, 1995-766). En conclusión, el art. 3575 del Cód. Civil requiere la separación —elemento material—, que se manifiesta en el alejamiento de forma permanente del hogar por

De la prueba testimonial referenciada en el pronunciamiento del tribunal colegiado se desprende que si bien el causante frecuentaba otras mujeres y echó del hogar a su esposa con malos tratos, ésta intentó en vano reanudar la convivencia. Puesto que se tuvo por acreditado que fue la conducta de su extinto marido la que provocó que la accionada se retirase del hogar conyugal, la pretensión fue rechazada.

Consideramos atinada la conclusión a la que arriba tanto el juez de grado como el tribunal colegiado. Es que la cónyuge superviviente logró probar en forma acabada que fue inocente (art. 204 del Código Civil). De haber existido alguna duda al respecto o incluso, en caso de que no se hubieran podido establecer con certeza las causas que desencadenaron la separación, correspondía presumir que la culpa era común, quedando en consecuencia excluida la esposa de la vocación sucesoria. Teniendo en cuenta que la demandada pretendía heredar, para demostrar su inocencia debía acreditar la culpa del de *cujus*. En otras palabras, como los consortes se encontraban separados de hecho, existe una presunción de culpabilidad respecto de ambos y, por lo tanto, se produce una inversión de la carga de la prueba, debiendo el cónyuge que desea conservar la vocación sucesoria demostrar su inocencia.

parte de uno o de los dos cónyuges, resultando este el elemento subjetivo “falta de voluntad de unirse” y para que se pueda constituir la causal de exclusión de la herencia, además se requiere la culpabilidad, que es la misma que se evalúa en los supuestos de separación personal o divorcio, con lo cual resultan relevantes las conductas de los cónyuges durante el matrimonio y en el origen de la separación de hecho. A partir de ello, podemos afirmar que se excluye al que dio causa de separación por abandonar al otro, o por incurrir en conductas que, haciendo imposible la vida en común, determinen al otro esposo a alejarse del hogar; o aquellos que deciden el alejamiento en forma acordada —exclusión recíproca—, pues ambos dejan de cumplir las obligaciones matrimoniales.

En el sub lite, la separación se produjo, como afirma la Sra. F. D. S. a fs. 22 vta. (Pto. III), en diciembre de 1984 y subsistía al momento del fallecimiento de su esposo, el Sr. Alberto C., el cual se produjo con fecha 7 de noviembre de 2007, por consiguiente la separación era de —aproximadamente— 23 años, tiempo más que suficiente para considerar que no existía la voluntad de

unirse (ver certificado de defunción de fs. 3 de los autos “C., Alberto s/sucesión”, Expte. N° 15.561 —que en este acto tengo a la vista—).

Por consiguiente lo que corresponde determinar, a partir de lo expuesto precedentemente, y que resulta el eje central del recurso de las actoras, es sí la interrupción de la convivencia resultó imputable a la Sra. F. D. S., o bien al causante.

Es decir, debe establecerse si esa voluntad, de no convivir se debió al abandono que las accionantes imputan a la Sra. F. S. o si bien el abandono obedeció a razones justificadas que avalan dicho proceder (arts. 204, 202, 3574 y ccds. del C.P.C.).

Sentado ello, valoro que las quejas expuestas por las apelantes respecto de la valoración efectuada por el a quo respecto a las pruebas producidas en autos, no pueden tener favorable acogida desde que el estudio que realizó se ajusta a las reglas de la sana crítica que impone el art. 384 del Código ritual.

A pesar de que las postulantes cuestionaron que el juez de grado desatendiera los dichos de los testigos por ellas ofrecidos, la Cámara desestimó la queja por cuanto no se ajustaba a las reglas de la sana crítica que prevé el art. 384 del Código ritual. Afirmó citando a Devis Echandía, que los testimonios no se cuentan sino que se pesan. Entendemos que dicha decisión es correcta ya que la mayoría de los testigos fueron coincidentes cuando declararon acerca de la situación angustiante vivida por la incidentada y el comportamiento asumido por el causante cuando aquélla se retiró del hogar conyugal.

En este sentido afirma Roland Arazi que *“De conformidad con el sistema de la sana crítica, el juez apreciará la prueba de testigos de acuerdo con las reglas de la lógica y las máximas de la experiencia. No es posible enunciar normas abstractas de apreciación; será quien juzga el encargado de determinar en cada caso el valor de los testimonios...”* (13).

V. Conclusión

Las hermanas del causante promovieron incidente de exclusión de heredera contra la cónyuge supérstite, alegando que se encontraba separada

de hecho de aquél sin voluntad de unirse desde hacía más de dos décadas. La sentencia de grado que luego fue confirmada por la Cámara lo rechazó, al considerar que se había producido prueba testimonial que acreditaba la calidad de inocente de la incidentada. Apartándose de lo resuelto en el plenario “Mauri de Mauri”, de aplicación en el ámbito capitalino y con sustento en la doctrina legal emanada del Máximo Tribunal Provincial, se sostuvo que quien pretende derecho en la sucesión de su cónyuge fallecido, deberá probar que fue inocente, que no dio causa a la separación. Y por haber demostrado la cónyuge supérstite que le fue imputable al fallecido la desintegración matrimonial, logró conservar su vocación sucesoria. En esta línea de pensamiento se inscribe la doctrina que constituye el basamento jurídico de la sentencia. Estimamos apropiada la postura asumida por el tribunal colegiado ya que en lo que atañe a la carga de la prueba que debe recaer sobre el cónyuge que se considera inocente, es la hermenéutica que más se compadece al analizar en forma armónica los arts. 204, 3574 y 3575 del Código Civil, normas que hacen referencia todas ellas a la cesación de la vocación hereditaria conyugal cuando existe separación personal decretada judicialmente fundada en la separación de hecho de los cónyuges y también en caso de separación de hecho sin voluntad de unirse. ♦

(13) Citado por CHIAPPINI, J., “Valoración del testimonio”, LA LEY, 17/02/2012, 1.

Veamos. A fs. 74/75 se presenta el Sr. Héctor Juan Fernández quien expresa al referirse al Sr. Alberto C. y su relación con su esposa que “...él era de salir mucho, hasta inclusive con otras mujeres, hasta que un día la echó de la casa y hasta inclusive con malos tratos...” agregando que la Sra. F. S. “...vino a consultar porque la había golpeado y la amenazaba...” (ver fs. 74vta. rpta. a la 4ta. preg.). Preguntado si la Sra. F. S. intentó reestablecer la relación matrimonial expresa que “...Si, en varias oportunidades pero lo que pasaba es que C. salía con otras mujeres más jóvenes y no le interesaba restablecer la relación...” (ver fs. 74vta. rpta. a la 16ta. preg.). A fs. 76vta. el Sr. Rafael Galindo, al ser preguntado por que la Sra. F. S. se retiró del hogar conyugal responde “...por malos tratos del marido a ella...” (ver fs. 76vta. rpta. a la 8va. preg.)

A fs. 77/vta. declara el Sr. Horacio Abel Concaro, quien al ser preguntado por que se separó el matrimonio S.-C., expresa “...por que él la echó, ella no hizo abandono del hogar se tuvo que ir por que él la echó...” (ver fs. 77vta. rpta. a la 2da. ampliación, el resultado me pertenece).

De tales declaraciones se aprecia que la mayoría de los deponentes, en los aspectos centrales, resultan contestes en sus dichos, brindando versiones coincidente acerca de la situación vivida por la Sra. F. D. S., cuando se alejó del hogar conyugal, lo cual ilustra también cual fue el comportamiento asumido por el causante, el Sr. Alberto C. (arts. 375, 384, 424 al 456 y cc. del C.P.C.).

Asimismo, en relación a la preeminencia que le se otorga a las declaraciones vertidas por los testigos propuestos por la incidentada, respecto de los ofrecidos por las accionantes, debe valorarse que los testimonios —como bien señala Devis Echandía— “...no se cuentan sino que se pesan...”. Es por ello que la eficacia de la prueba testimonial debe ser ponderada en función de la razón de los dichos que suministren y de la impresión de veracidad que transmitan en sus exposiciones (cfr. KIELMANOVICH, Jorge; “Teoría de la prueba y medios probatorios”, Edit. Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2010, p. 329 y ss., DEVISECHANDÍA, Hernando, Teoría General de la Prueba Judicial”; argto. jurisprud. Cám. Nac. Civ. Sala M in re “G., V.C. y otro c. G., H.A. s/exclusión de heredero” del 14/6/2012, pub en R.D.F.y P. Año. IV, Nro. 10 de noviembre de 2012, La Ley, p. 201 con comentario de Solari, Nestor; El derecho hereditario del cónyuge separado de hecho).

En tal sentido este Tribunal ha expresado que “...En lo tocante a la valoración de la prueba testimonial, debe tenerse en cuenta que es función inherente al órgano jurisdiccional apreciar la sinceridad de los testigos sin atenerse rigurosamente a la exigencia de una absoluta precisión, y que es facultad judicial el seleccionar los que los lleve a la convicción de certeza y descartar los

que estime superfluos...” (este Tribunal, Sala II, causa Nro. 126.984, RSD 3/4 S del 03/02/2004).

Por consiguiente, entiendo que el ataque que las recurrentes efectúan a la valoración probatoria efectuado por el a quo y más específicamente a los dichos de los testigos, en modo alguno logra debilitar el correcto análisis efectuado por el Juez de grado (arts. 375, 384, 424, 426, 456 y cc. del C.P.C.).

Por otra parte, debo valorar que tanto las accionantes como la cónyuge, son contestes en sostener que el causante, Sr. Alberto C., luego de separarse de hecho con la Sra. F. S., mantuvo una prolongada relación de pareja con la Sra. M. R. I., con lo que dicho comportamiento ha importado una conducta injuriosa hacia su cónyuge (ver fs. 6vta., ptos. II, fs. 23 pto. III; arts. 202, 204, 214 inc. 1º y 3574 del Cód. Civil; 330, 354, y cc. del C.P.C.).

Por la razones expuestas, entiendo que la Sra. F. S. ha acreditado debidamente que el abandono del hogar conyugal obedeció a razones justificadas —agresión y relaciones con terceras personas— que avalaron dicho proceder, por consiguiente, se rechazan los agravios traídos a esta instancia, y en consecuencia se confirma la sentencia en crisis (arts., jurisprud. y doct. cit.).

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. *Rubén D. Gerez* votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

A la segunda cuestión planteada la sra. Juez doctora *Nelida I. Zampini* dijo:

Corresponde: I) Rechazar los agravios traídos a esta instancia por las apelantes de fs. 112 confirmando, en consecuencia, la sentencia recurrida. II) Imponer las costas a las recurrentes vencidas en su condición de vencidas (art. 68 del C.P.C.) III) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 de la ley 8904).

Así lo voto.

El Sr. Juez Dr. *Rubén D. Gerez* votó en igual sentido y por los mismos fundamentos.

En consecuencia se dicta la siguiente:

Sentencia

Por los fundamentos dados en el precedente acuerdo: I) Se rechazan los agravios traídos a esta instancia por las apelantes de fs. 112 confirmando, en consecuencia, la sentencia recurrida. II) Se imponen las costas a las recurrentes vencidas, en su calidad de vencidas (art. 68 del C.P.C.) III) Se difiere la regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31 y 51 de la ley 8904). Notifíquese personalmente o por cédula (art. 135 del C.P.C.) Devuélvase. — *Nelida I. Zampini*. — *Rubén D. Gerez*.

SUCESIÓN. TESTAMENTO. NULIDAD

Rechazo de la nulidad. Inexistencia de captación de voluntad del testador.

***Hechos:** El hermano del causante promovió acción de nulidad del testamento otorgado por éste. Invocó la existencia de una captación de voluntad perpetrada por parte del sobrino de aquél y su concubina. La sentencia rechazó la demanda. La Cámara la confirmó.*

La existencia de captación de voluntad del testador debe descartarse, pues se acreditó que contaba con capacidad para decidir disponer de sus bienes, lo cual hizo imposible que alguien se adueñara de su benevolencia para obtener determinadas liberalidades, a lo que se suma la coordinada y razonable expresión de las disposiciones testamentarias, que beneficiaron a un sobrino conviviente que lo cuidaba y acompañaba desde sus primeros años de vida.

CCiv. y Com., Azul, sala I, 17/10/2013. - F., H. J. c. F., R. y otro s/ nulidad de testamento.

[Cita on line: AR/JUR/66158/2013]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Ver también. Entre otros: Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Junín, "Biollay, Nora Beatriz, Nélica Teresa y Di Chiave, Rita c. Cuchetti, Juan Modesto y Otro s/nulidad de testamento", 06/09/2012, DJ 14/11/2012, 5, LA LEY 14/11/2012, 7, LA LEY 2012-F, 365, DFyP 2013 (abril), 181, AR/JUR/44010/2012.



COSTAS

A la actora vencida.

Nulidad de testamento por acto público

POR RAMIRO J. CÓRDOBA
Y FELIPE MOORE

Sumario: I. Hechos.— II. Los agravios.— III. Formalidades del testamento por acto público.— IV. La capacidad del testador.— V. El Dolo. La captación de la voluntad del testador.— VI. La sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (sala I).

I. Hechos

Daniel Romeo apoderado de Héctor José Federico inicia juicio contra Roberto Oscar Federico (su sobrino —en adelante "ROF"—) y contra el escribano Juan Manuel García (en adelante el "Escribano"), a los efectos de obtener la nulidad del testamento por acto público otorgado por su hermano Juan Uberto Federico (en adelante el "Testador") ante escribano público. Detalla las irregularidades que padece el testamento tanto desde lo formal, como en relación a la

incapacidad del Testador para testar. ROF al momento de contestar la demanda niega los hechos invocados por el actor, manifestando que la decisión del Testador fue tomada con íntima convicción a favor de quien lo acompañara en su tránsito en la vida como un hijo. Asimismo, indica que el Testador al momento de otorgar el testamento se encontraba en perfecto estado de salud y plena lucidez. A la vez, se presenta el Escribano y contesta demanda manifestando que el Testador concurría a la escribanía para averiguar los trámites necesarios para realizar testamento por acto público, y se le explicó acerca de sus formalidades y que como no tenía herederos forzosos podía nombrar a quien este quisiera. En atención a ello, el Testador le comentó que quería nombrar a su sobrino ROF, y que pese a tener otros sobrinos, aquel era quien lo cuidaba.

Por último, hizo mención a que el Testador declaró su voluntad con visible lucidez de espíritu y sano juicio. Que escuchaba perfectamente manteniendo un diálogo perfecto en el que no se notaba ningún tipo de anomalía. El a quo resuelve rechazar la demanda entablada y consecuentemente declarar válido el testamento otorgado por acto público de fecha

2ª Instancia. — Azul, 17 de octubre de 2013.

1ra. ¿Es justa la resolución de fs. 1028/1045?

2da. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión: el Señor Juez Doctor *Bagu* dijo:

I) Llegan los actuados a esta Cámara, como consecuencia del recurso de apelación interpuesto por el Dr. Daniel Romeo en su calidad de apoderado de H. J. F. a fs. 1051 y concedido libremente a fs. 1052, contra el pronunciamiento de Primera Instancia dictado en el lugar indicado al plantear la cuestión.

II. 1.) Antecedentes: Se inicia este proceso en virtud de la demanda por nulidad de testamento, contra R. O. F. y contra el Escribano J. M. G.. J. U. F. era hermano del actor, era de esta civil soltero y habiendo fallecido a edad avanzada fue eje de un grupo conviviente integrado por dos hermanas —M. y M.— ambas fallecidas y el hijo de la última. Todos precarios económicamente hablando, convirtiéndose el causante en un protector de los mismos. Dice que el desequilibrio familiar se produce con la inserción en el grupo conviviente de la

concubina de R. O. F.. Dice que se formó una trilogía entre los dos últimos y el hijo de aquella tendiente a aislar al causante respecto del resto de los demás familiares. Dice que actuaban con violencia e intimidando a amigos del causante que no volvían al hogar. Agregan que captaron a U. F. con farmacología y violencia y aprovechando su debilidad mental. Castigándolo con regularidad al extremo de haberle fracturado uno de los brazos al testador. El máximo de la indignidad ocurrió cuando le hacen suscribir un testamento mediante notario y testigos sabiendo que padecía una patología psiquiátrica diagnosticada por su médico de cabecera, Dr. P. N. en diciembre de 2000 y luego fue internado con demencia senil irrecuperable, además de padecer de una sordera bilateral que le impedía comprender lo que se le leía. Dos etapas marcan la vida de R. F., la primera como trabajador, bonachón, austero y con grandes virtudes afectivas; y una segunda donde es manejado por su concubina, en el que comete irregularidades civiles y criminales. Detalla las irregularidades que padece el testamento tanto desde lo formal a la incapacidad para testar. Ofreció prueba y solicitó que oportunamente se dicte sentencia anulando el testamento.

1/11/2002. Para así resolver tuvo en cuenta el sentenciante: i) Que la forma utilizada por el Testador es la manera de testar autorizada por la ley; ii) No se ha probado que el causante padeciera alguna minusvalía auditiva tal como había sido planteado en la demanda. Tomando en cuenta las pruebas producidas en el expediente decide tomar por válido el testamento por considerar que se había dado cumplimiento con la totalidad de los recaudos exigidos por la ley, por haber sido dictado por el testador en pleno uso y goce de sus facultades mentales, y por reflejar su última voluntad, rechazando la demanda promovida.

II. Los agravios

Contra el pronunciamiento del juez de primera instancia, el actor deduce recurso de apelación manifestando que dicha resolución lo agravia, ya que:

- De la prueba producida se desprende que el Testador no pudo comprender o dirigir sus acciones.

- De la valoración efectuada por el a quo —del testimonio del médico Juan Pedro Navarro— quien manifiesta que el Testador se encontraba en

pleno goce de sus facultades mentales al momento de otorgar el testamento.

- El a quo no tuvo en cuenta los testimonios brindados, ya que de dichos testimonios surgían los problemas de salud que tenía el Testador para comprender o dirigir sus acciones al momento de testar. Asimismo, indica que dichos testimonios acreditan la “captación de la voluntad” del Testador.

- Se encuentran acreditados los presupuestos demandados para anular el testamento: 1) falta de capacidad para testar; 2) Captación de voluntad del testador.

III. Formalidades del testamento por acto público.

El testamento por acto público es un acto jurídico solemne, por lo cual deben cumplirse en su totalidad los requisitos que establece nuestro código, bajo apercibimiento de que en caso de incumplimiento de cualquiera de estos, podría declararse la nulidad.

Los requisitos esenciales que deben cumplirse para que este tipo de testamentos tengan plena validez, son:

2.2.) Bilateralizado el proceso bajo las reglas del juicio ordinario se presenta a contestar demanda R. O. F. a fs.125/135 niega los hechos invocados en aquella, así como calificarse de hombre honrado, trabajador y de lazos afectivos fuertes y nobles. Que fue amparado por su tío J. U. F. pero que siempre estuvo atento a los cuidados y necesidades de aquél. Que el trato que mantuvo fue el de padre-hijo y no de tío-sobrino. Dice que se manosearon opiniones y diagnósticos médicos ultrajándose la profesión del escribano J. M. G., atacándose a un grupo familiar sólo por ser beneficiario testamentario. La decisión fue tomada por el testador con íntima convicción y a favor de quien lo acompañara en su tránsito en la vida como un hijo. El testamento fue realizado en sano juicio y lucidez. Nunca el testador fue declarado insano ni inhabilitado en los términos del art. 152 bis C.C. y que el testamento fue suscripto el 1/11/2001 cuando el testador se hallaba en perfecto estado de salud y plena lucidez. Se expresa sobre la testigo cuestionada y con relación a la sordera, indicando que no existe diagnóstico que avale tal extremo.

2.3.) A fs. 163/179 se presenta la Dra. A. R. N. como apoderada del Escribano J. M. G., negando los hechos invocados en la demanda. Que desde octubre de 2001 el Sr. J. U. F. concurría a la escribanía para averiguar los trámites necesarios para realizar testamento por acto público. Que se le explicó acerca de lo que debía manifestar en forma verbal o por escrito y que como no tenía herederos forzosos podía nombrar a quien quisiera y que dijo que quería nombrar a su sobrino R. F. y que pese a tener otros sobrinos, aquel era quien lo cuidaba, lo acompañaba al consultorio médico, atendía la casa y preparaba su comida. Que el testador declaró su voluntad con visible lucidez de espíritu y sano juicio sin presiones pues en la entrevista se encontraban el testador y el escribano. Que el testador escuchaba perfectamente manteniendo un diálogo perfecto en el que no se notaba ningún tipo de anomalía. Que no fue declarado insano ni inhabilitado pero aun así podría haber testado en un intervalo lúcido. Explicó acerca del testigo que fuera cuestionado por el domicilio. Niega que el testador fuera sordo de ambos oídos. Funda en derecho, ofrece prueba y pide se rechace la demanda con expresa y ejemplar imposición de costas.

El art. 3654 del Código Civil Argentino establece que *“el testamento por acto público debe ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes del lugar”*. El escribano es el oficial público natural ante quien ha de otorgarse el testamento. No puede recurrirse a otro funcionario, sino cuando median circunstancias excepcionales que impidan al testador concurrir a una escribanía (1). Por otro lado y en relación al número de testigos —tres— constituye una solemnidad absoluta inherente a esta forma de testar (2).

Asimismo, y conforme lo establece el art. 3614 del Código Civil Argentino, *“toda persona mayor de dieciocho años de edad tiene capacidad para testar y por ende, puede otorgar su testamento por acto público.”* Sin perjuicio de ello, del art. 3651 del Código mencionado precedentemente surgen ciertas incapacidades en razón de la carencia de aptitudes que se exigen para cada una de las formas de testar. A los efectos de no extendernos en el comentario al fallo en cuestión simplemente mencionaremos dichas incapacidades, a saber: El sordo, el mudo y el sordomudo.

Por otro lado, y conforme lo prescribe el art. 3653 del Código Civil Argentino: *“El escribano pariente del testador en línea recta en cualquier grado que sea, y en la línea colateral hasta el tercer grado de consanguinidad o afinidad inclusive, no puede concurrir a la redacción del testamento”*. Esta incapacidad fue establecida por el codificador a los efectos de velar por la imparcialidad del oficial público.

Adicionalmente, Vélez Sársfield agregó una formalidad en relación a la manera en que el testador debe indicarle al escribano su última voluntad, esto es, según el art. 3656 del Código de rito, *“el testador puede dictar el testamento al escribano público, o dárselo ya escrito, o sólo darle por escrito las disposiciones que debe contener para que las redacte en la forma ordinaria”*. Fassi considera que lo esencial es que sea el propio testador quien personalmente comunique —por escrito o verbalmente— el contenido de sus disposiciones. Tratándose de un acto personalísimo no podría encomendarse a terceros al ordenar las disposiciones o transmitir las al escribano (3). Vale la pena remarcar que existe jurisprudencia a favor de la informalidad en relación a la tras-

(1) Conf. RÉBORA, Derecho de las sucesiones, t. II, p. 306, nota 3734.

(2) Conf. CNCiv, Sala B, 22/6/88, LA LEY, 1988-E, 193.

(3) FASSI, Tratado de los testamentos, t. I, p. 175, n° 248.

III) La resolución de Primera Instancia: producida la prueba pertinente y dictaminado el Agente Fiscal y luego de analizar las constancias de la causa, el *a quo* resuelve rechazar la demanda entablada por H. J. F. y consecuentemente declarar válido el testamento otorgado por el Sr. J. U. F. por acto público de fecha 1/11/2001 ante el Escribano J. M. G.. Imponiendo las costas a la actora vencida y difiriendo la regulación de honorarios.

Para así resolver, tuvo en cuenta el sentenciante que la forma es la manera de testar autorizada por la ley. Un testamento que no cumpla con las formas ordinarias o especiales legalmente previstas, no existirá como tal. El codificador en el art. 3622 C.C. señala que las formalidades no son prescriptas como pruebas, sino como una forma esencial y la falta de una sola forma anula el testamento. Esas disposiciones tienden a proteger la última voluntad del causante. Define al testamento por acto público conforme Código Civil y con las formalidades exigidas por los arts. 3657, 3658 y ccdtes. del mismo cuerpo legal.

Las solemnidades en materia testamentaria hacen a la esencia del acto, debiendo interpretarse restricti-

vamente. Analiza los vicios o defectos atribuidos a la Escritura N° 190 de fecha 01/11/2001 la que se encuentra agregada a los autos "F., J. U. s/Sucesión Testamentaria" causa N° 33379 que tramitan ante el mismo Juzgado. Descarta primeramente lo relativo a la testigo Ramona Angélica Romo en cuanto a que la misma no tuviera domicilio en la ciudad de Tandil, donde se llevara a cabo el testamento. Analiza posteriormente el cuestionamiento referido a la sordera total y bilateral que padecería el testador. La incapacidad del sordo impide que pueda escuchar la lectura del testamento.

Analizada la prueba producida en autos no surge de la Historia Clínica glosada a fs. 620/635 de la Clínica Comunidad Tandil que entre el 2/10/2002 (fecha de la internación) y el 19/11/2002 (fecha de alta que se lo derivó a Geriátrico) vale decir once meses después del testamento, el causante padeciera alguna minusvalía auditiva. El testimonio del Dr. Juan P. N. (médico de cabecera del testador) y que atendiera al causante antes y después de la fecha del testamento, no referencia problemas auditivos. El testamento fue leído en voz alta por el Escribano frente a los testigos que ven al

misión de la última voluntad del testador tanto si las instrucciones son verbales, basta que le dé las instrucciones y no sería necesario que le dicte sus disposiciones palabra por palabra, así lo indico en un fallo la SCBA (4). Como así también, si lo son por escrito puede consistir en una minuta (que no requiere, de formalidad alguna). Así lo entendió la Cámara de apelaciones de Dolores: "No es nulo un testamento por acto público por el solo hecho de que la minuta presentada al escribano haya sido escrita de puño y letra del testador" (5).

Por último, el Código Civil Argentino le exige a los escribanos que deben bajo pena de nulidad del testamento, "Designar el lugar en que se otorga, su fecha, el nombre de los testigos, su residencia y edad, si ha hecho el testamento, o si sólo ha recibido por escrito sus disposiciones" (Conf. art. 3657) y que "El testamento, contenido en la escritura pública debe ser firmado por el testador, los testigos y el escribano" (art. 3658). De acuerdo a ello, y de las exigencias del Código Civil Argentino, para que el testamento sea totalmente valido deberán cumplirse con todos los requisitos mencionados precedentemente, como así también, deberán

los testigos ser mayores de edad; y el escribano debe leer el testamento en presencia de estos y del testador. Sobre este último requisito se ha manifestado Laje indicando que: "Lo que la ley quiere es que el testador y los testigos puedan comprobar que el testamento contiene las disposiciones del primero" (6).

IV. La capacidad del testador

En relación a la capacidad del testador, existe una presunción a favor de la capacidad del causante (Conf. Art. 3616 Cód. Civil Argentino), por lo cual quien pretenda alegar su nulidad debe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de otorgarlo. Partiendo de dicha presunción nos ocuparemos de este punto a los efectos de determinar que aptitudes debe haber tenido el causante al momento de otorgar su testamento, conforme el siguiente detalle:

- Dispone el art. 3606 del Código Civil Argentino: "Toda persona legalmente capaz de tener voluntad y de manifestarla, tiene la facultad de disponer de sus bienes por testamento".

(4) SCBA, 14/05/37, LA LEY, 6-910.

(5) CApel. Dolores, 27/02/1920, JA 6-553.

(6) LAJE, El testamento por acto público otorgado en lengua extranjera, LA LEY, 69-790, n° 77.

testador en el actor de la lectura y ratifica el contenido del instrumento.

Los testigos del testamento indicaron que el testador no estaba discapacitado, y que el mismo era una persona normal al momento de testar, así como antes y posteriormente a esa fecha. Así como el testimonio del Dr. Juan P. N., médico de cabecera del causante que atendió al mismo desde el 05/10/1998 al 01/10/2002, quien lo hacía por cuadro hipertensivo o por una neurosis de tipo depresivo pero nunca por ningún cuadro que se comprendiera dentro de la definición de alienación mental. Que nunca vio al paciente en un cuadro de delirio, y que ello figura en la Historia Clínica por haberlo referido un familiar. Que ninguno de los medicamentos suministrados al causante se recetan para síntomas psicóticos.

Tiene en cuenta la resolución del Sr. Agente Fiscal al disponer el Archivo de la causa por no haberse podido probar siquiera en grado de probabilidad que el causante haya estado en estado de inferioridad de condiciones psíquicas al disponer de su patrimonio. Leva a *a quo* a concluir, que el Sr. F. se encontraba en

pleno uso y goce de sus facultades mentales al momento de otorgar el testamento.

Y por último también rechaza el cuarto vicio alegado consistente en el dolo ejercido sobre el testador con el objetivo de captar su voluntad.

Para anular el testamento, debe haberse engañado al testador logrando un estado de espíritu sin el cual no se hubiera producido la liberalidad o se hubiera procedido de otra manera. Analizada la prueba producida no se logra tener por acreditada la realización por parte del beneficiario del testamento R. F. ni de otra persona de su entorno familiar de las conductas atribuidas en la demanda ni de ninguna otra que tuviera como consecuencia la captación de la voluntad del testador.

Dichas razones conducen a *a quo* a decidir acerca de la validez del testamento por haberse dado cumplimiento con la totalidad de los recaudos exigidos por la ley, por haber sido dictado por el testador en pleno uso y goce de sus facultades mentales, y por reflejar su última voluntad, rechazando la demanda promovida.

- Asimismo, el testador debe ser mayor de edad, esto es debe haber cumplido los dieciocho años de edad (Conf. Art. 3614 Cód. Civil Argentino).

- Por último, que el testador esté en su *"Perfecta Razón"*. Sobre este punto nos ocuparemos en detalle a continuación.

A los fines de determinar sobre la validez del testamento, la parte que intenta obtener una sentencia que resuelva que dicho acto jurídico sea declarado nulo, invocando que el testador no tenía capacidad para testar, deberá invocar y probar los extremos exigidos por el artículo 3615, teniendo presente la presunción que dispone el 3616 del Código Civil Argentino.

Dispone el art. 3615 que *"Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón"*. Dicho artículo continúa diciendo que: *"Los dementes solos podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces"*. De acuerdo a esta segunda parte del artículo, la presunción operante es precisamente a la inversa, ya que en este caso para darle validez a dicho testamento se deberá probar que el testador se encontraba en un intervalo lúcido, y

como si eso fuera poco el intervalo debe ser cierto y prolongado.

Resulta clarificante lo introducido en la nota de dicho artículo por dos razones: 1) En atención a que el artículo hace una excepción al principio general, decidiendo de una manera absoluta que los dementes no pueden testar, así aunque el testador hubiese muerto sin estar juzgado como demente, sus disposiciones testamentarias podrían ser atacadas como hechas por un demente; porque el ejercicio de las facultades intelectuales debe exigirse con más rigor en las disposiciones gratuitas que en los actos a título oneroso. 2) Vélez Sársfield manifiesta que nombra solo en el artículo a los dementes, porque la demencia es la expresión genérica que designa todas las variedades de locura; es la privación de la razón con sus accidentes y sus fenómenos diversos.

Con relación a lo establecido por el segundo párrafo del artículo indicado precedentemente, se encuentran distintas posturas tomando en cuenta que dicha posibilidad que se le da al incapaz de testar en algún intervalo lucido, va en contra al principio general previsto por el art. 472 del Código de rito: *"Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de adminis-*

Contra este pronunciamiento deduce recurso de apelación el Dr. Daniel Romeo como apoderado del Sr. H. J. F. a fs. 1051, concediéndose el mismo libremente a fs. 1052.

A fs. 1058 se notifica de la sentencia y la consiente el Agente Fiscal. La actora expresa agravios a fs. 1070/1075, siendo replicada dicha pieza procesal a fs. 1083/1086 vta. por el demandado R. O. F. y a fs. 1088/1092 vta. por apoderados del codemandado Escribano J. M. G..

IV) La expresión de agravios de fs. 1070/1075. En este escrito el apelante se agravia en atención a que: 1) El inferior rechaza la demanda por entender que el causante se encontraba en pleno uso de sus facultades mentales al momento de otorgar el testamento, cuando de la prueba producida se desprende que el testador no pudo comprender o dirigir sus acciones, verificándose un deterioro de su salud desde el año 1999; funda ello en las pericias practicadas en sede penal, y que el *a quo* desechó el valor probatorio de los mismos; 2) se agravia a la vez de la valoración efectuada por el *a quo* del

testimonio del Dr. Juan P. N. quien manifiesta que J. U. F. se encontraba en pleno goce de sus facultades mentales al momento de otorgar el testamento, debiéndose analizar que el citado profesional atendió al causante sin ser especialista y sin realizar las derivaciones pertinentes; 3) Y se agravia además por que el *a quo* no tuvo en cuenta los testimonios brindados por C. I. D., S. V., J. H. D., L. F. G. y E. E. L. en la causa penal. De dichos testimonios surgían los problemas de salud que tenía el testador para comprender o dirigir sus acciones al momento de testar. Así como se acredita la captación de voluntad del testador por parte de la trilogía macabra que alejaba a los parientes directos, aprovechándose de la edad y lejanía de los mismos. Dice que la trilogía vivían con él y de él (testador) quien se encontraba sometido a imposiciones y a una marcada violencia psicológica, familiar y social. Dice que le quitaron asistencia profesional, medicación pertinente, lo aislaron, y le propinaban golpes en su cuerpo. Así como que el demandado vendió un costoso terreno a un consorcio, malvendiendo efectos de oro, vehículo particular, para satisfacer necesidades del sobrino y sus familiares, pero no la del testador. Dice que se encuentran acreditados

tración que el incapaz celebrare". En atención a ello, enseña Moisset de Espanés: *"El texto es poco feliz, ya que esta interpretación —excesivamente literal— resultaría totalmente absurda. Los actos de administración tienen mucha menor trascendencia para el patrimonio que los actos de disposición, y no puede concebirse que a una persona que ni siquiera se le permite que administre sus bienes, pueda dejársele disponer de ellos! Debemos llegar, pues, a la conclusión de que si el art. 472 ha prohibido al insano declarado que efectúe actos de administración, están implícitamente comprendidos en la prohibición los actos de disposición; esta solución concuerda totalmente con el espíritu que ha animado al legislador que trata de velar por los intereses de las personas privadas de discernimiento y brindarles la mayor protección posible* (7).

Ahora bien, volviendo al principio general indicado en el primer párrafo de este acápite, y que surge del art. 3616, esto es que la ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se demuestre lo contrario, pero si se trata de demente interdicto la presunción operante es precisamente a la inversa, por lo cual el que sos-

tiene la validez del testamento, debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido. De la interpretación de estos dos artículos surge el carácter restrictivo y excepcional para considerar válido un testamento otorgado por un demente en un intervalo lúcido.

V. El Dolo. La captación de la voluntad del testador

Sin introducirnos aun definitivamente en el modo en que resuelve la litis el Tribunal sentenciante, es importante destacar las cuestiones medulares de la sentencia que indican desde su inicio la razonabilidad con la que se arribó a la decisión tomada.

Resulta de los agravios de la recurrente que una de las cuestiones centrales y con seguridad la que más dificultoso análisis requirió, fue la que se ventiló en torno a la supuesta captación de voluntad proferida por el heredero para obtener el acto jurídico que se intentó nulificar —el testamento—, la que según esta parte se encontraba acreditada, al igual que los presupuestos de falta de capacidad para testar.

Sin embargo, después de descartar los agravios en torno a la capacidad, en virtud de no haberse

(7) MOISSET DE ESPANÉS, Los "dementes" y las reformas introducidas por la ley 17.711, JA doctrina 1972-162, n° X.

los presupuestos demandados para anular el testamento cuales son: 1) falta de capacidad para testar; 2) captación de voluntad del testador.

V) Como dijéramos anteriormente estos agravios fueron respondidos por el demandado R. O. F. (fs. 1083/1086 vta.) y por los Dres. J. R. D. y G. D. D. como apoderados del codemandado Escribano J. M. G. (fs. 1088/1092 vta.).

Así como que a fs. 1095/1096 dictaminó el Fiscal General quien propicia el rechazo del recurso intentado.

A fs. 1097 se llamó Autos para Sentencia y a fs. 1101 se practicó el sorteo de ley, por lo que las actuaciones se encuentran en estado de resolver.

VI) Primeramente estimo necesario determinar que se trata el testamento por acto público y formalidades que lo rodean para garantizar la legitimidad del acto.

6.1. El testamento por acto público, es el que el testador dicta o entrega por escrito a un escribano público para que este incluya sus disposiciones en una escritura

pública, debiendo ser hecho ante escribano público y tres testigos residentes en el lugar. El testamento es un acto formal en el cual las imposiciones legales lo son con el rigor propio de las formas solemnes.

El art. 986 C.C. prescribe “para la validez del acto, es preciso que se hayan llenado las formas prescriptas por las leyes, bajo pena de nulidad”. Específicamente referido al testamento es necesario mencionar que si el mismo no se encuentra revestido de las formalidades prescriptas por la ley, no puede producir ningún efecto jurídico y la omisión de alguno de ellos da lugar a la nulidad (conf. BORDA, “Tratado de Derecho Civil - Sucesiones” T. II, p. 217 ap. 1129 - CNCiv. Sala F, 02/11/1981).

El testamento es un acto jurídico formal solemne de formalidad absoluta, es decir que la vulneración de sus formalidades trae aparejada su nulidad, con el agravamiento que el testamento nulo no vale como un acto distinto. Vale decir que las formas en un testamento por acto público deben encontrarse cumplidas, pues en caso contrario el mismo es nulo y esta sanción

redargüido de falsa la escritura testamentaria, la que cumplió con las solemnidades exigidas al efecto y valorada la prueba en torno a la “perfecta razón” del testador, el Tribunal realizando un cabal estudio del caso, no se limitó a investigar la prueba en torno a las maniobras captatorias que podrían haber existido por parte del beneficiario del testamento, sino que acertadamente valoró y cotejó la existencia o no de pruebas convincentes en torno a los requisitos exigidos para la anulación de cualquier acto jurídico, que pudiese encontrarse viciado por acción dolosa, que en definitiva es la causal hábil al efecto.

Lo expuesto no resulta de una interpretación caprichosa efectuada por los autores, sino que expresamente surge del voto del Dr. Bagú, al que adhieren sus compañeros de sala los Dres. Comparato y Louge Emiliozzi, al sostener que “La captación de voluntad no constituye una causal autónoma de anulación del testamento sino que se trata de una especial forma que adquiere el dolo en esta materia...”. Es por ello que deben analizarse los requisitos que dispone el art. 932 del Código Civil; y teniendo presente la naturaleza de la materia sucesoria, toma especial importancia el dispuesto por el segundo inciso, esto es que sea la causa determinante del acto jurídico. De allí que

la más calificada doctrina nos enseñe que no se configura el vicio únicamente con las maniobras efectuadas por el victimario de éste para incidir en la voluntad de la víctima, sino que: “... *el corolario es la necesidad de la concurrencia del segundo factor que se agrega a la conducta del ‘deceptor’, es decir, la manera en que ella incide en la formación de la voluntad de la víctima*” (8). En definitiva y atendiendo al principio sucesorio del respeto de la voluntad del causante, una vez analizada la gravedad de la acción por parte del beneficiario de las disposiciones testamentarias, para estar por la nulidad de estas, el Tribunal debe concluir que aquellas acciones incidieron en la voluntad del testador de manera tal que fueron la causa determinante para la realización del acto jurídico y acreditar con certeza, que de no haber existido esas maniobras el acto no se hubiera realizado.

Lo expuesto hasta aquí tiene su razón de ser en que no se puede privar al testador de disponer de sus bienes para una vez ocurrido su fallecimiento, más allá de los casos expresamente previstos por la ley en los cuales se resguarda el afecto familiar

(8) DE LORENZO, Miguel Federico - TOBÍAS, José W., “El dolo en el derecho civil (Propuestas para una noción en eclipse)”, LA LEY, 2001-C, 1102 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 563.

legal priva a aquél de sus efectos propios por adolecer de defectos originales y esenciales.

Bien refiere Rivera que la ley puede requerir para la validez de los instrumentos públicos la presencia de testigos (arg. art. 973 C.C.). La finalidad de tal exigencia opera como un refuerzo de la seriedad que la ley quiere atribuir al acto. De entre los distintos tipos de testigos surgen los instrumentales que son aquellos que testimonian la efectiva realización del acto y cuya presencia es exigida en algunos supuestos por la ley. Esta exigencia no es necesaria para todo instrumento público, sino en particular, para aquellos supuestos en que se indique expresamente. Vale decir que la comparecencia de testigos configura un elemento posible, mientras que la actuación del oficial público es un elemento necesario (RIVERA, Instituciones de Derecho Civil Parte General, T. II, p. 617).

A partir de la ley 15875 modificatoria del art. 1001 C.C. se suprimió la exigencia de los testigos instrumentales en el otorgamiento de toda escritura pública, valorizando de tal modo la actividad notarial. Pero

dicha modificación no alcanzó al testamento por acto público. Destaco que el testamento es un acto formal, solemne, de solemnidad absoluta, siendo su formalidad especial, constitutiva y exigida por la ley a los efectos de la validez del acto. La finalidad que tienen los mismos es atestiguar “que presenciaron el acto, que el testador dictó sus disposiciones, que oyó la lectura y que firmó” (conf. BORDA, “Sucesiones” T. II p. 193 y ss.). En el recordado fallo “B. M. B.C. s/Sucesión”, CNCiv., Sala E, 07/2/1989, se dijo “La presencia de los testigos en el otorgamiento de un testamento por acto público cumple una doble función: asegurar la regularidad del acto atestiguando no sólo que la escritura continúe la mención fiel de lo sucedido, sino también la identidad del testador y el discernimiento, intención y libertad con que expresó su voluntad”. Los testigos deben ver al testador. El Escribano debe hacer constar que ha leído el testamento al testador en presencia de los testigos. Ello busca asegurar terminantemente que la lectura se practique en forma que la oigan todos los nombrados y la disposición legal se explica por la función propia de cada interviniente, la cual no podría cumplirse debidamente si alguno estuviera ausente del acto

o la seguridad jurídica, aun cuando éste hubiere percibido ciertas maniobras que podrían recaer en acciones dolosas, de no haber sido consentidas por el “deceptor” de éstas, máxime si tenemos en cuenta que llegado el caso en que deba analizarse si existió captación de voluntad por parte del heredero o legatario, tendremos la certeza que el causante al momento de testar lo hizo en un estado de perfecta razón, porque así lo exige la ley y porque si no hubo demanda reclamando lo contrario, ello se encuentra presunto en virtud de lo establecido por el art. 3616 del C.C.

Por último, respecto a la necesidad de analizar los requisitos concernientes al dolo a los efectos de determinar si existió o no captación de voluntad por parte del beneficiario testamentario, y aunque en el fallo en análisis no fuera planteado por la recurrente, es de un gran aporte a la materia sucesoria y consideramos debería tenerse presente en los casos análogos al que anotamos, la doctrina enseñada por los Dres. Tobías y de Lorenzo, al indicar que tienen: “... por exacta la tesis que mantiene al dolo dentro del sector de los vicios de la voluntad, aunque amplía su ámbito a otros supuestos ajenos al error (106). El dolo no es sólo el error provocado, extensible a supuestos de error no esencial. Si bien por lo general la maqui-

nación dolosa tendrá por efecto la producción de una falsa representación en la víctima, ello no se producirá necesariamente en todos los casos. La maquinación, en efecto, puede afectar en ocasiones zonas contiguas a la intención, como la libertad de quien emite la declaración sin que se presenten los presupuestos de la intimidación” (9).

Sin adentrarse expresamente en la doctrina citada, los Magistrados emisores del fallo estudiado, con la prudencia que se requiere para no desnaturalizar la voluntad del testador, tuvieron en cuenta no solo si las supuestas maniobras expuestas por el recurrente afectaron la intención del *de cujus*, sino también si las mismas tuvieron o no efectos perniciosos en la libertad de éste, así confirmaron el fallo de primera instancia en cuanto dispuso que: “Analizada la prueba producida no se logra tener por acreditada la realización por parte del beneficiario del testamento Roberto Federico ni de otra persona de su entorno familiar de las conductas atribuidas en la demanda ni de ninguna otra que tuviera como consecuencia la captación de la voluntad del testador...”, enumerando y ana-

(9) DE LORENZO, Miguel Federico - TOBÍAS, José W., “El dolo en el derecho civil (Propuestas para una noción en eclipse)”, LA LEY, 2001-C, 1102 - Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 01/01/2007, 563.

(conf. LAJE, “El testamento por acto público en lengua extranjera” LA LEY, 69-790). Continúa este autor manifestando que lo que la ley quiere “es que el testador y los testigos puedan comprobar que el testamento contiene las disposiciones del primero. Con tal fin exige que la lectura en alta voz se realice con la presencia simultánea de todos los participantes, ya que, si se efectuara en ausencia de alguno podría quedar resentida la seguridad que éste ejerza el contralor que le compete” (ob. cit. ídem).

Más allá de la regularidad del acto del que dan testimonio los testigos, también testimonian acerca “de la identidad del testador y el discernimiento, intención y libertad con que expresó su voluntad” (conf. “Baccino, María B. C. s/Sucesión”, CNCiv., Sala E07/02/1989). Vale decir que el otorgamiento del testamento se desarrolla en un acto donde deben estar presentes el testador, tres testigos y actuando como Oficial Público el Escribano. Es en un acto. Donde se leen las disposiciones testamentarias y debiendo indefectible e inexcusablemente estar presentes testador y testigos.

lizando las maniobras que relató en los hechos el recurrente, dentro de las cuales se encuentran algunas ajenas al ámbito del engaño y no hábiles para viciar al acto por violencia, —tales como el uso de farmacología o la violencia no sobre el testador sino a sus allegados, los que pudieron haber detectado las intenciones captatorias—, las que consideramos que de haberse acreditado mediante los medios probatorios, deben ser suficientes para nulificar los testamentos, si éstas fuesen la causa determinante del mismo.

VI. La sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul (sala I)

Habiéndose solicitado la nulidad del testamento por la falta de discernimiento del testador como primera causa, el Tribunal se basó no solo en la presunción establecida en el artículo 3616 de que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario, para confirmar la validez del mismo, sino que también tuvo en consideración la prueba producida en autos que a su entender no fuera suficiente para desvirtuar el acto, así expresamente consideró que sería procedente la declaración de nulidad del testamento si, pese a una apreciación restrictiva del peritaje médico legal que se impone por haber sido realizado “post mortem”, este es contundente en la demostración

Bien cierto es que algunas exigencias de todos los requisitos del testamento por acto público fueron de algún modo flexibilizados por la jurisprudencia. Sin embargo esta ha mantenido el criterio relativo a que las solemnidades en la materia (testamentaria) hacen a la esencia del acto, sin ellas no hay testamento. Es cierto, que existe un camino hacia la flexibilización de las formas, pero en tema testamentario se conservan las mismas porque hacen a su esencia y especialidad. Y cuando decimos especialidad nos estamos refiriendo a que un testamento no realizado con los requisitos exigidos no puede servir siquiera como otro tipo distinto. Por ejemplo: declarado nulo el testamento por acto público, no vale como testamento ológrafo porque no ha sido redactado de puño y letra del testador.

La condición esencial para no hacer caer el acto de la institución hereditaria en el testamento por acto público es el estricto cumplimiento de las exigencias formales. La nulidad de un testamento por vicio en sus formas, causa la nulidad de todas las disposiciones que contiene (conf. art. 3630 C.C.). Es que, las formas deben surgir, del propio testamento (conf. art. 3627

del hecho basal de la pretensión, esto es, la ausencia de perfecta razón en el testador, no habiendo dicha conclusión sido refutada por prueba alguna, apoyando ello en las declaraciones testimoniales, incluida la del médico de cabecera, historias clínicas que a su entender de ninguna de ellas generaron la convicción que al momento de confeccionarse el testamento ni antes de ello, el causante se encontrara limitado en su razón, sin importar lo que hubiere sucedido con posterioridad (10), ya que incluso podría haberse dado el

(10) No existe norma positiva alguna que de supremacía a la prueba pericial por sobre las restantes en cuanto al estado de razón del que gozaba el testador al momento de testar, y ante las deficiencias expresamente identificadas, que puede acarrear un examen pericial post mortem, asumen gran importancia los demás elementos de convicción con que cuenta el juzgador y es allí donde los principios jurídicos de restricción en la declaración de invalidez de los actos, una vez producida la muerte deben resolverse con extrema cautela, aunque tal como sostiene con inteligencia práctica, Vidal Taquini, pueda echarse mano y justificar con debida razonabilidad la supremacía que el juzgador de a un elemento sobre otro, tal como resaltar la declaración de los testigos en virtud del tiempo y espacio que compartieron con el testador y valorando su aptitud para declarar en la materia que se trate: “Hizo bien el tribunal en resaltar las declaraciones de los médicos que asistían a la difunta en vida, que son importantes porque ellos a la preparación científica

C.C.) hacen a la existencia misma de éste, y su no cumplimiento lo hacen desaparecer como tal, no pudiendo ser subsanado sino mediante lo que el código llama confirmación, y que no es sino otro testamento (conf. GOYENA COPELLO, H. "Tratado Derecho de Sucesiones", Bs.As. 1976 T. II p. 93 ss.). Téngase en cuenta que la solemnidad que adopta el codificador indica que las formalidades testamentarias no son prescriptas como prueba, sino como forma esencial. Como aclara Vélez Sarsfield en su anotación al art. 3622 C.C. "...las formalidades testamentarias no son prescriptas como prueba, sino como forma esencial y la falta de una sola anula el testamento" (voto Dr. Jorge Horacio Alterini en "Folignoli, Gabriele c. La Falce Josefina Adela s/ Nulidad de Testamento", CNCiv. Sala C, 4 de noviembre de 1997 - ED, 177-558).

Una opinión de Colmo sirve para entender la dirección interpretativa de las normas de los testamentos por acto público "no sólo juega una nulidad, que las leyes miran justamente con horror (arg. art. 1037 C.C.) sino que, además, la nulidad se refiere a cosa tan importante como un testamento, expresión de voluntad última y solemne, a cuyo respecto no es posible escuchar al

testador que la emitiera, con la agravante de que en el caso del testamento es por acto público, el más solemne de todos los testamentos, y el que así está mas rodeado de garantías de fondo y forma ("Fernández y Otros c. Rodríguez de Sendra", JA, 26-125).

Reiteramos que el rol que les corresponde a los testigos es la de asegurar la regularidad del acto atestiguando no sólo que la escritura contenga la mención de lo sucedido, sino también la identidad del testador y el discernimiento, intención y libertad con que expresó su voluntad (CNCiv. Sala E, 07/02/1989, LA LEY, 1989-D, 84).

El juez no puede permanecer impasible ante un acto nulo, de nulidad absoluta y total y ocuparse de él como si fuera "válido en cuanto a sus formas" para analizar si resulta anulable en virtud de la capacidad del otorgante, porque justamente, lo primero a analizar son las formas y no superado este primer test de calidad, resulta inoficioso ocuparse de lo demás" (CNCiv., Sala G, 14/11/2008).

supuesto de encontrarse incapacitado de testar por demencia y emitir testamento válido si se prueba que al momento de hacerlo se encontraba en un intervalo de lucidez, conf. art. 3616 C.C.

Concluyen acertadamente los judicantes en cuanto al estado de capacidad o la perfecta razón requerida por el art. 3615, que no deben olvidarse las especiales garantías y formas que adquiere el testamento por acto público, con la presencia de los testigos que participaron del acto; y que el principio que debe estarse a favor de la validez del testamento estriba en que se intenta preservar la voluntad del causante y darle preeminencia a su voluntad.

Afirmando que el testamento se interpreta a partir de su texto, sin que sea válido (en prin-

unieron el contacto directo que les hizo apreciar con mayor exactitud el grado de lucidez de la testadora, para calificar la capacidad de testar atendiendo sólo al tiempo de otorgar el testamento, pues nada importa si antes o después faltare esa capacidad", VIDAL TAQUINI, Carlos H., "La perfecta razón del testador impide la captación de su voluntad", LA LEY 13/04/2009, 13/04/2009, 9 - LA LEY, 2009-B, 693, comentario al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, Fierro de Mercante, Raquel Susana y otros c. Quarín, Héctor Alexis s/nulidad de acto jurídico.

cipio) producir prueba ajena a él; y que de una interpretación integral, armónica y sistemática del mismo se desprende cual fue la causa que llevó al testador a dictar sus disposiciones de última voluntad, cual es considerar al demandado como la persona merecedora y ajustada por recíproca gratitud de su patrimonio, teniendo especial atención en que de las constancias de la causa resulta que convivieron desde la infancia del heredero testamentario, y que este último fue quien lo cuidó y lo acompañó hasta sus últimos días, incluso con posterioridad a la confección del testamento cuando se encontraba internado en una clínica geriátrica.

En comunión con el fundamento expuesto, enseña Vidal Taquini, que: "... si el juez al examinar el testamento encuentra en él razonables disposiciones, ello configura un elemento valioso para evaluar el estado mental del testador, que lo conducirá a inclinarse en favor de la lucidez mental del otorgante, como prueba ante la integridad y la buena dirección de las disposiciones que trasuntan sus auténticas afecciones de acuerdo con su condición cultural y su situación socio-económica, sean o no justas, para descartar la incompatibilidad que provoca un estado de enajenación o la actividad que terceros pocos delicados despliegan abusando

Vale decir que en nuestro supuesto los testigos del testamento indicaron que el testador no estaba discapacitado, y que el mismo era una persona normal al momento de testar, así como desde un tiempo antes y posteriormente a la fecha del mismo.

6.2. La capacidad debe existir al momento en que se dicta el testamento con independencia que se pierda antes de la muerte.

El principio general es la validez del testamento ya que se presume la capacidad del causante. Quien pretenda alegar su nulidad debe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de otorgarlo.

Conforme al art. 3615 C.C. “para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón”. La expresión “perfecta razón” significa estar normal y sano, y que esta no se da cuando por una enfermedad o por cualquier otra causa se carezca de discernimiento.

La jurisprudencia de nuestros tribunales ha admitido que el régimen de capacidad es más estricto en el Derecho Testamentario. Así la S.C.B.A. ha señalado que “el régimen sucesorio testamentario argentino ha establecido normas específicas en orden a la aptitud

del otorgante y tales disposiciones en alguna medida escapan a los términos generales con que el mismo C.C. puede haber legislado en cuanto a la capacidad de las personas físicas” (SCBA, 6-5-80 LL 980-543).

“Cuando se exige para poder testar que una persona esté en su perfecta razón (conf. art. 3615 C.C.) no sólo se requiere un excelente discernimiento sino también una esclarecida intención y una total libertad” (Cám. Civ.Com. Apel. Junín, 14-2-80 “Bernal Castro María / Castro de Bernal Carmen s/Sucesión”).

El codificador dejó aclarado que los escribanos no tienen como misión comprobar el estado mental de aquellos cuyas voluntades redactan. Sus enunciaciones valederas son únicamente las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescriptas (nota al art. 3616 C.C.) (CNCiv. Sala B, 23/07/1981).

Vale decir la ley de fondo exime al Escribano de comprobar la “perfecta razón” por obvia misión de éstos en sólo atenderse a la sustancia del acto y sus solemnidades.

Puede decirse que en nuestro derecho y en materia testamentaria por acto público, se discriminan dos

de la debilidad de espíritu de un enfermo para despojar a su familia” (11).

Lo resaltado en la cita anterior nos corresponde, y ese énfasis tiene su razón de ser, en abrir camino a la última de las conclusiones a las que arribamos, respecto de la sentencia estudiada y que fuera anticipada en el Título IV. El dolo..., y es que estamos convencidos que la resolución que comentamos es la derivación razonada de las constancias y la correcta aplicación de la normativa general y propia de la materia, por cuanto no interesa ni al juzgador ni al legislador, si las disposiciones del otorgante son justas o no, siempre y cuando no estén prohibidas, tal el caso de la afectación de la porción legítima, o la exclusión de un heredero por causa distinta a las previstas para la desheredación, entre otras; y no hayan sido otorgadas con falta de discernimiento o afectadas por vicios de forma o de consentimiento. Hemos expuesto con anterioridad, que aún probadas

maniobras con intenciones de captación de la herencia, si estas no fueron la causa determinante del acto, debe estarse por la validez del mismo a los efectos de resguardar la voluntad del causante.

Así lo entendió el Tribunal sentenciante que consideró que: *“El vínculo especial que existió entre el causante testador y el demandado (tío-sobrino) pero que en la convivencia se profundizó, conduciéndola a una relación padre-hijo y éste cuidando, alimentando, ocupándose de todo lo relativo a la salud, pudo ser la motivación necesaria para designar a Roberto Federico su heredero único por testamento. Y la atención brindada por este último hasta el final de sus días, resultan de la suficiente entidad como para considerar que en el caso medió una maquinación destinada a captar la voluntad del testador. El especial vínculo que mantenía el causante con el demandado Roberto Federico, explica que fuese el único beneficiario del testamento.*

No hay pruebas fehacientes de que el testamento se haya realizado bajo el dominio de un automatismo que borrara cualquier posibilidad de percepción por parte del testador, así como no se puede afirmar la incapacidad del mismo”. ♦

(11) VIDAL TAQUINI, Carlos H., “La perfecta razón del testador impide la captación de su voluntad”, LA LEY 13/04/2009, 13/04/2009, 9 - LA LEY, 2009-B, 693, comentario al fallo de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala H, Fierro de Mercante, Raquel Susana y otros c. Quarín, Héctor Alexis s/nulidad de acto jurídico.

momentos: el proceso formativo, en el que existe la inicial exteriorización de la voluntad del testador, y el acto final, en el que éste ratifica la coincidencia de su voluntad con la escritura, y se procede a su firma (CNCiv. Sala G, 16/9/1986, JA 1988-I-200).

Ahora bien, el escribano puede aportar, como elemento de prueba, su apreciación cuando crea conveniente. Así se entendió que aun cuando las enunciaciones de los escribanos son únicamente las relativas a la sustancia misma del acto y a las solemnidades prescriptas, lo cierto es que no deben desecharse las manifestaciones del notario interviniente si ellas se hallan corroboradas por la de otros testigos (CNCiv. Sala D, 04/09/1964 LA LEY, 116-29).

Adviértase que como resultara la IPP 353/03 y su acumulada IPP 8381/05 con relación a la circunvención de Incapaces (art. 174 inc. 2° C.P.), la misma fue archivada en razón de no haberse acreditado suficientemente que el Sr. F. se hallara en inferioridad de condiciones psíquicas para afrontar el acto, más allá que si pudiera aseverarse que atravesara por dicha patología previo a su fallecimiento... Y reabierto la Investigación por disposición del Sr. Fiscal General Departamental se ordenaron nuevas diligencias... Las pericias que concluyen que R. F. padecería demencia al momento de la firma del testamento naturalmente no fueron practicadas mediante un examen directo del paciente y se basaron principalmente en la Historia Clínica que llevara el médico de cabecera Dr. N. y en el contenido de ciertos testimoniales... Por un lado el diagnóstico de delirio consignado por el Dr. N. para junio de 1999 debe ser interpretado a la luz de la significación que justamente dicho profesional le otorgara. Es su declaración de fs. 752 y ss., no sólo surge que para ello se valió de los dichos de terceras personas, sino a su vez que siendo su médico de cabecera hasta octubre de 2002, nunca lo atendió por cuadro de alienación mental sino por hipertensión o neurosis de tipo depresivo; que el delirio consignado puede a su criterio responder a factores ajenos al estado psicótico, como la ingesta de medicamentos; que descarta la existencia de síntomas psicóticos o neurológicos; que tanto U. como su hermana tenían coeficiente intelectual no muy alto por lo que era difícil determinar si los síntomas respondían a neurosis o a su misma personalidad; que nunca le vio un cuadro psicótico ni sintomatología de demencia; que ha atendido a neuróticos durante 44 años; y que nunca verificó que el paciente no pudiera comprender o dirigir sus acciones”.

También al mismo tiempo merece destacarse que el causante con fecha 18/07/2002 (9 meses posteriores a la firma del testamento) inició demanda por derecho propio Expte. 54638 caratulado “F. Juan U. c. Trama de viva Elsa Cristina s/División de Condominio” y en el cual se agregaban como prueba documental 3 cartas documentos suscriptas por J. U. F. de fechas 22/4; 9/5 y 3/12 todas del 2000.

Asimismo también suscribió contrato de locación del inmueble de Ituzaingó 1023 firmado el 5/9/2002, así como algunos recibos relativos al mismo (fs. 107/9 causa 33693 “F. H. J. c/F. R. O. s/Declaración de Indignidad”).

Pues bien estos elementos indican que el causante administraba sus bienes, sin perjuicio que algunos recibos de los alquileres hayan sido suscriptos por el demandado R. F. o su concubina.

Pero fundamentalmente quiero destacar la pericia caligráfica agregada a fs. 480/483 y se llevara a cabo en la causa “F. R. O. – R. M. E. – G. J. M. s/Defraudación por Circunvención de Incapaz Art. 174 inc. 2 C.P.” causa 353/03 y relativa a la firma del causante en el Testamento que se pretende anular y realizada sobre elementos objetivos e indubitables, concluye indicando “Evaluando todas estas características con las variables de todo patrimonio gráfico, en armonía de conjunto, de acuerdo con los principios y leyes que rigen la escritura, como el que establece que “Nadie es capaz de fingir al mismo tiempo cinco elementos del grafismo: “Riqueza y variedad de formas, velocidad, inclinación, presión y enlaces” se arriba a la siguiente conclusión: la firma cuestionada, se corresponde con el patrimonio escritural del Sr. J. U. F.”.

Tiene dicho la jurisprudencia que si la realización de la firma ha constituido un acto auténtico, lo cual echa por tierra la posible afectación de la capacidad motriz del testador, ha de presumirse que su capacidad de raciocinio tampoco estuvo disminuida en el momento de testar, pues la firma auténtica es la traducción, de un acto voluntario con discernimiento, intención y libertad” (“Rodríguez Fermín c. Prieto María Luisa y otro s/Nullidad de Testamento” LLBA 2002,51 – Sent. 17/10/2001).

La ley presume la capacidad mental del testador mientras no se pruebe que ella ha desaparecido, aunque sea sólo en forma accidental o transitoria.

Ahora bien en autos contamos con pericia llevada a cabo en la causa “F. H. J. s/Estafa lesiones y amenazas” IPP 353/03 por la Dra. C. G. y la licenciada M. E. G. pertenecientes al Cuerpo de Médicos y Peritos de la Asesoría Pericial de Azul (fs. 695/6) y además la confeccionada por la Dra. G. A. B., especialista en Psiquiatría Médica (fs.381/9). Esta última fue impugnada y motivo de pedido de explicaciones por parte del codemandado J. M. G. (fs. 409/417). A fs. 428/437 la Perito contesta las impugnaciones y presenta explicaciones, sin perjuicio de ello el codemandado a fs. 439/445 mantiene la impugnación y reitera explicaciones.

El régimen de discernimiento es uno sólo y consiste en la aptitud del sujeto para saber lo que hace, distinguir lo verdadero de lo falso, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo que no lo es; lo malo de lo bueno, a

comprender y querer, a manifestar su voluntad tal como lo hace el ser humano normal.

Así como el art. 3615 C.C., para testar, al igual que para la realización de cualquier acto jurídico, se requiere que “la persona esté en su perfecta razón”. Y si el testador no hubiere sido declarado insano habrá que demostrar que en el instante mismo de suscribir el acto, el reputado carecía de entendimiento (conf. ORGAZ Alfredo, “Personas Individuales”, Assandoi, p. 349 nota 116).

Después de fallecido el otorgante del acto cuestionado, la ley prohíbe su impugnación póstuma habida cuenta que quien ya dejó este mundo de vivos no podrá ser sometido a interrogatorio ni a examen médico. Como regla general déjase sentado que si el autor del acto falleció sin que se lo hubiera declarado demente, no cabrá impugnación genérica de no sanidad (no como por error se menciona en el art. 474 o el art. 1045 C.C.: “incapacidad” o “incapacidad accidental” como reza este último) o sea por falta de discernimiento, ya que se tiende a proteger al difunto contra ataques abusivos de herederos o terceros, que su autor (me refiero al del acto) no puede defenderse (LLAMBÍAS J. J. “Tratado de Derecho Civil - Parte General”, edit. Perrot, T. II p. 612; SEGOVIA, L. “Código Civil de la Rep. Argentina”, ed. “Coni”, T. I, p. 114, nota 7) (CNCiv. Sala G, 09/10/2007 - LA LEY, 2009-A, 21).

Pues bien sería procedente la declaración de nulidad del testamento si, pese a una apreciación restrictiva del peritaje médico legal que se impone por haber sido realizado “post mortem”, este es contundente en la demostración del hecho basal de la pretensión, esto es, la ausencia de perfecta razón en el testador, no habiendo dicha conclusión sido refutada por prueba alguna.

Retomando las pericias médica psiquiátrica y psicológica resulta destacable que conforme lo sostuviera Fornieles la prueba pericial realizada “post mortem” tiene un aire de conjetura. A mi entender el médico interviene de dos maneras: a) como testigo cuando ha asistido en vida al paciente, en cuyo caso se halla habilitado para expedirse con conocimiento directo; y b) como experto para informar sobre las condiciones mentales de una persona desaparecida que no ha podido someter a examen. En este último caso su opinión tiene un aire de conjetura (FORNIELES, Salvador “Tratado de las Sucesiones” Tº II pág. 131 Ediar 1950). En esta misma línea de pensamiento sostuvo Llambías en un extenso voto que en general, cabe destacar la escasa significación que tiene un dictamen emitido sobre las condiciones mentales de una persona fallecida. En efecto, entiendo que, en tales circunstancias, no se podría pedir a los expertos más que un criterio de orientación, sin que cuadre aceptar la opinión técnica que ellos puedan haberse formado de los hechos discutidos. Pues así como no es aceptable para los jueces

la opinión o el diagnóstico de los médicos que han tratado en vida al causante, con cuanta mayor razón habrá de ser dejado de lado la opinión de los médicos que ni conocieron a aquél. A su entender, se comprende la necesidad de calificar e identificar la dolencia mental cuando se trata de establecer la incapacidad de una persona viva, como así lo exige el art. 143 C.C., pues este es un recaudo que aleja la posibilidad de que a alguien se lo declare jurídicamente incapaz sin serlo de verdad. Pero cuando se trata de establecer una interdicción para el futuro sino de apreciar el grado de discernimiento, en un cierto momento, de una persona actualmente muerta, la cuestión de la calificación de la dolencia pasa a un segundo plano (del voto del Dr. Llambías, CNCiv. Sala A, 20/09/1960, LA LEY, 101-268).

También Salvat, desde antiguo se enrolaba en esta posición, al señalar que es elemental que la prueba pericial sólo puede recaer sobre hechos que caen bajo el examen directo de los peritos y que a lo sumo lo único que puede pedirse de los designados en el presente juicio, eran aclaraciones pertinentes sobre el contenido del informe médico producido en el juicio de insania, pero requerirles opiniones a base de las declaraciones que testigos presentados en este juicio formularon sobre el estado mental de la causante implica trastornar todas las ideas e invertir los principios más fundamentales sobre el dominio y campo de aplicación de esos dos modos de prueba. He aquí que la prueba pericial producida en este juicio carece de un valor decisivo para la solución del mismo (del voto del Dr. Salvat, en autos “Castagnola de Urquiola e hijos de Debenedetti” CC2a. Capital del 24/11/1930 JA, 34-1301).

No obstante ello y sin perjuicio de la subjetividad del perito así como el hecho de que la ciencia médica no es exacta ni inexorable debemos destacar que cuando se trata de la capacidad del testador la prueba por excelencia será la pericia médica, y el hecho que haya sido “post mortem” no escapa a la solvencia que ha de admitirse al informe técnico. El apartamiento de la pericia, sería admisible cuando del expediente surgen otras pruebas que desvirtúan aquel informe. Entendió la jurisprudencia que así como la aceptación de las conclusiones no supone la declinación de sus facultades, el apartamiento del juez frente al dictamen pericial no es más que otra alternativa legal autorizada por los códigos de forma, y del mismo modo, así como el dictamen pericial no es imperativo ni obligatorio, pues ello convertiría al perito —auxiliar del juez— en autoridad decisoria dentro del proceso: la obligatoriedad de dar razones suficientes para evitar que el apartamiento represente el ejercicio de su sola voluntad constituye para el juzgador el límite de su ejercicio de ponderación de la prueba (SCBA, 29/08/1995 JA, 1996-II-693) (conf. CNCiv. Sala G, 9/10/2007 LA LEY, 11/12/2008).

La pericia en cuestión tomó como elemento objetivo la Historia Clínica confeccionada por el Dr. Juan

P. N. (quien reiteramos fue el médico de cabecera del causante testador), que luce a fs.77 de la causa de Indignidad. Las conclusiones a las que arriba adquieren el carácter conjetural puesto que no encuentra sustento ni el diagnóstico del médico tratante ni en los datos obtenidos de la Historia Clínica de la Clínica de la Comunidad (fs.619) que comenzara a confeccionarse desde el 02/10/2002. Vale decir, que tal como la propia experta indica se debe mover sobre un escenario de probabilidades.

Ello conduce a apreciar la Historia Clínica confeccionada por el Dr.N., así como la declaración testimonial del mismo (fs.769/772). Obsérvese que se encuentra destacada esta situación por el anterior sentenciante, a la vez de encontrarse avalada con doctrina que cita y la que compartimos.

Los datos aportados por el médico de cabecera no permiten concluir con el grado de certeza que se necesita, que el testador se encontraba privado de capacidad para decidir disponer de sus bienes. Por otra parte repárese que cuando luego de un paréntesis en la atención al Sr. J. U. F., éste nuevamente asistido por el Dr.N., decide una derivación para su mejor atención y estudio por alguna complicación psiquiátrica un año después de haberse llevado a cabo el testamento cuestionado. No debemos olvidar a la vez que el Dr. N. reveló haber tenido contacto con pacientes por espacio de 44 años lo que avala su juicio profesional.

Al mismo tiempo la conclusión a la que arriba la propia Dra. B. (quien tomó datos para su experticia de la Historia Clínica del Dr. N. y declaraciones testimoniales las que no correspondía acudir), no logra sobre datos objetivos y científicos determinar que el testador se encontraba en estado de demencia con anterioridad al testamento. Por lo que no pueden ser tenidos en cuenta para declarar la nulidad testamentaria. Esta porción de la sentencia anterior se encuentra convenientemente evaluada y apreciada por el *a quo* por lo que debería caer en una reiteración al compartir sus conclusiones.

Así como la relevancia que dio al testimonio de la Sra. E. E. L. de T. (fs. 765/767) que resulta altamente valioso con relación al estado de salud y atención que tenía el causante.

Vale decir que a la época de la facción del testamento, se desprende que el causante no presentaba signos de patología mental ni evidencias de deterioro cognitivo y que por su edad presentaba la conservación de sus funciones psíquicas y un pensamiento coherente con su estilo de vida.

La perfecta razón a que alude el art. 3615 C.C. no debe entenderse en abstracto, tomando en comparación un ideal, sino en concreto, esto es, referida a las naturales falencias y actitudes del propio sujeto disponente. Es decir no debe buscarse una suerte de perfección ideal,

sino que debe apreciarse si se hallaba en condiciones de expresar el querer y entender propio de su personalidad, con las limitaciones culturales y caracterológicas del autor, mientras no se transpongan los límites de su normalidad (CNCiv. Sala C, Junio 24-1999).

Por esto es que si el juez al examinar el testamento encuentra en él razonables disposiciones ello configura un elemento valioso para evaluar el estado mental del testador, que lo conducirá a inclinarse en favor de la lucidez mental del otorgante, como prueba ante la integridad y la buena dirección de las disposiciones que trasuntan sus auténticas afecciones de acuerdo con su condición cultural y su situación socio-económica, sean o no justas, para descartar la incompatibilidad que provoca un estado de enajenación o la actividad que terceros pocos delicados despliegan abusando de la debilidad de espíritu de un enfermo para despojar a su familia (La perfecta razón del testador impide la captación de su voluntad, Carlos Vidal Taquini, LA LEY, 2009-B, 693).

En la asignación del estado mental del testador, la prueba más importante consiste en la rectitud y buen sentido de las disposiciones. Si se hallan bien concertadas y responden a las afecciones presentes del testador, cabe decidir la duda en favor de la capacidad (del voto del Dr. Novillo Saravia TS Córdoba, Sala Civil y Comercial 06/10/1989 "Mareb Juan y Otros c/Saad de Napodensky y otra" LLC, 1990-587).

6.3. Lo expuesto nos vincula con el otro agravio sustentado por el actor. La captación de voluntad no constituye una causal autónoma de anulación del testamento sino que se trata de una especial forma que adquiere el dolo en esta materia y, por tanto debe reunir los requisitos contenidos en los arts. 931 y 932 C.C.

Juzgada la capacidad del testador se sumó la coordinada y razonable expresión de las disposiciones testamentarias para entender que quien así disponía lo hacía con plena y deliberada voluntad, lo cual hizo imposible que algún advenedizo se pudiera adueñar de la benevolencia del testador para obtener de él liberalidades determinadas. Desecho que esa voluntad estuviera captada, lo cual encuentro acreditado por que las disposiciones testamentarias beneficiaron a R. F., quien conviviera, acompañara y cuidara de J. U. F. desde sus primeros años. Aquél continuó la tarea primeramente llevada adelante por su madre y a la sazón hermana del causante.

Obsérvese que de la disposición testamentaria no se revelan perturbaciones graves de la personalidad, que alteraran la estructura del testador desde que no se encuentran acreditados trastornos de la percepción y el pensamiento como ideas delirantes que implicaran una ruptura con la realidad; o trastornos de la comunicación afectiva y/o verbal; o una alteración en la

conducta o comportamiento que pone al descubierto la pérdida de autonomía.

Es más al encontrarse internado en el geriátrico (donde falleciera el causante testador) quien continuó ocupándose, asistiendo y visitando al mismo fue el aquí demandado. Ni siquiera con el testamento a su favor abandonó a su tío con quien desde pequeño había establecido una relación padre-hijo.

La captación impide una esclarecida determinación porque no depende de la pérdida de las facultades mentales, siendo una causal de nulidad independiente de la enajenación instalada o accidental, pero para juzgar la idoneidad de los medios empleados no se puede prescindir de la personalidad intelectual del sujeto. En este caso no se observan a través de las pruebas aportadas alguna maniobra captatoria que hubiera sido facilitada por la debilidad de espíritu, la enfermedad, el aislamiento o la avanzada edad del causante.

El testamento fue confeccionado con fecha 1/11/2001 (el testador administraba sus bienes, suscribió contratos de locación, inició acciones judiciales, entre otros) y luego de una consulta con el Dr. N., casi un año después de aquella fecha, se decidió una interconsulta, evaluación y estudios de tipo psiquiátrico.

No hay norma que imponga al testador el manifestar la causa subjetiva por la cual realiza una disposición de bienes para después de su muerte que es la causa en sentido objetivo, por lo cual la falta o insuficiencia de aquélla no acarrea sanción alguna.

La adulación, el cariño, los cuidados excesivos con el propósito de atraer la voluntad del testador no bastan para concluir que hay captación, porque se necesita probar que las maniobras conforman un engaño, un artificio, o una intriga grave constituyendo la causa determinante del acto de disposición, sin cuya concurrencia la víctima hubiere procedido con otro criterio, porque lo decisivo no es tanto la finalidad perseguida por el captor sino los procedimientos a que recurrió para alcanzarla (CNCiv. Sala C, 24/6/1999, ED 187-202).

El vínculo especial que existió entre el causante testador y el demandado (tío-sobrino) pero que en la convivencia se profundizó, conduciéndola a una relación padre-hijo y éste cuidando, alimentando, ocupándose de todo lo relativo a la salud, pudo ser la motivación necesaria para designar a R. F. su heredero único por testamento. Y la atención brindada por este último hasta el final de sus días, resultan de la suficiente entidad como para considerar que en el caso medió una maquinación destinada a captar la voluntad del testador. El especial vínculo que mantenía el causante con el demandado R. F., explica que fuese el único beneficiario del testamento.

No hay pruebas fehacientes de que el testamento se haya realizado bajo el dominio de un automatismo

que borrara cualquier posibilidad de percepción por parte del testador, así como no se puede afirmar la incapacidad del mismo. No debiendo olvidarse las especiales garantías y formas que adquiere el testamento por acto público, con la presencia de los testigos que participaron del acto.

El principio de que debe estarse a favor de la validez del testamento estriba en que se intenta preservar la voluntad del causante y darle preeminencia a su voluntad. El testamento se interpreta a partir de su texto, sin que sea válido (en principio) producir prueba ajena a él; y que de una interpretación integral, armónica y sistemática del mismo se desprende cual fue la causa que llevó al testador a dictar sus disposiciones de última voluntad, cual es considerar al demandado como la persona merecedora y ajustada por recíproca gratitud de su patrimonio.

Por los fundamentos expresados precedentemente y los concordantes del Juez presentante, voto por que se confirme la sentencia de fs. 1028/1045, en cuanto ha sido motivo de expresión de agravios.

Así lo voto.

Los Señores Jueces Doctores *Comparato* y *Louge Emiliozzi* por los mismos fundamentos se adhieren al voto precedente.

A la segunda cuestión, el Señor Juez Doctor *Bagu*, dijo:

Atento lo acordado al tratar la cuestión anterior, corresponde confirmar la sentencia apelada que rechaza la demanda entablada por H. J. F. y declara válido el testamento otorgado por el Sr. J. U. F., por acto público de 1 de noviembre de 2001, plasmado ante el escribano J. M. G. en la ciudad de Tandil, Provincia de Buenos Aires, Escritura Número 190. Con costas a la actora recurrente vencido (art. 68 C.P.C.C.).

Así lo voto.

Los Señores Jueces Doctores *Comparato* y *Louge Emiliozzi* por los mismos fundamentos se adhieren al voto precedente.

Por lo expuesto, demás fundamentos del acuerdo y lo prescripto por los arts. 266 y 267 del C.P.C.C., se resuelve: 1) Confirmar la sentencia de fs. 1028/1045 que rechaza la demanda entablada por H. J. F. y declara válido el testamento otorgado por el Sr. J. U. F., por acto público de 1 de noviembre de 2001, plasmado ante el escribano J. M. G. en la ciudad de Tandil, Provincia de Buenos Aires, Escritura Número 190; 2) Con costas a la actora recurrente vencida (art. 68 C.P.C.C.), difiriéndose la regulación de honorarios para la oportunidad prevista en el art. 31 de la ley 8904. Notifíquese y devuélvase.— *Ricardo César Bagú*.— *Lucrecia Inés Comparato*.— *Esteban Louge Emiliozzi*.

.....
Persona / Doctrina
.....

Salud mental en el Derecho de Familia y Sucesorio

POR DANIELA YANKIELEWICZ Y JUAN PABLO OLMO

Sumario: I. Alcances del trabajo. — II. La “incapacidad por demencia” (art. 141) en el Código Civil. Insania y Curatela. — III. La “inhabilitación” (art. 152 bis). — IV. Régimen de internaciones. — V. Matrimonio. — VI. Filiación. — VII. Adopción. — VIII. Ejercicio de la responsabilidad parental. — IX. Tutela. — X. Derecho Sucesorio. — XI. La limitación a la capacidad jurídica según el art. 152 ter del Código Civil. — XII. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. — XIII. El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. — XIV. Palabras de cierre.

I. Alcances del trabajo

La idea de este trabajo es clarificar el abordaje de la salud mental que hace nuestro Código Civil, pero no sólo a la luz de la parte general, sino también en su proyección sobre distintos institutos esencialmente del Derecho de Familia y del Derecho Sucesorio, teniendo en cuenta las respuestas que el Código brinda frente a esta problemática.

Para ello, nuestro análisis se limitará -salvo indicación en contrario- a los preceptos legales que surgen del propio Código Civil a fin de entender este cuerpo normativo como un sistema en sí mismo -según la interpretación de la doctrina y la jurisprudencia-, puesto que si la interpretación debiera hacerse a la luz de toda la normativa aplicable v.gr., incluyendo la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (1), no sólo las conclusiones serían otras, sino que además nos desviaríamos del fin propuesto.

II. La “incapacidad por demencia” (art. 141) en el Código Civil. Insania y Curatela

El art. 141, CCiv., establece que se declaran incapaces por demencia las personas que por causa de enfermedades mentales no tengan aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes. Por lo que, para la aplicación de este instituto se requiere la concurrencia de los dos extremos allí previstos,

esto es: 1) el factor psiquiátrico: enfermedad mental que debe tener las características de habitualidad, gravedad y actualidad —la enfermedad debe existir al momento de la sentencia—; y 2) el factor social: incidencia de la enfermedad en la vida social y de relación del denunciado, traducido en la falta de aptitud para dirigir la persona (valoración individual-social) y administrar los bienes (valoración socio-económica) (2).

Así, la “demencia” verificada y declarada por juez competente (art. 140, CCiv.) a través de sentencia firme (arts. 253 bis y 633, CPCCN), cambia trascendentalmente la capacidad de la persona, colocándola en la categoría jurídica de “incapaz absoluto de hecho” (art. 54 inc. 3°, CCiv.), siéndole aplicable desde entonces las leyes sobre la tutela de los menores de edad (art. 475, CCiv.) (3). Y, específicamente, en lo atinente a los actos de

(2) En esta línea, la Sala I de la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil consideró que: “Se ha caracterizado al juicio de insania como un proceso de naturaleza compleja que combina aspectos voluntarios y contenciosos, y supone una contienda potencial o actual, en la cual la función del juez se acentúa, adquiriendo caracteres particulares que lo distinguen de otro proceso civil. Se trata de una forma de investigación particular, cuyo objetivo es determinar si existe una enfermedad mental y si ésta priva al sujeto de aptitud para dirigir su persona y administrar sus bienes” (CNCivil, Sala I, “S. C. E. s/ insania”, 09/04/2010, inédito).

(3) Art. 475: “Los declarados incapaces son considerados como los menores de edad, en cuanto a su persona y bienes. Las leyes sobre la tutela de los menores se aplicarán a la curaduría de los incapaces”.

(1) En adelante CDPD. Aprobada por Ley 26.378.

carácter patrimonial lo dispuesto en los arts. 472, 1041 y 1048, CCiv. (4).

La incapacidad absoluta de hecho o de ejercicio conlleva que a partir de la declaración los actos de la persona sean ejecutados por su representante (el curador). Esta “representación” tal como está planteada en nuestro Código trasluce la idea de que se está actuando en nombre o en lugar de otro que no puede hacerlo por sí mismo (5).

De este modo, el curador definitivo (6), nombrado por el juez basándose en las pautas que establecen los arts. 476 a 479 y 383, CCiv. (7), será

(4) En el aspecto netamente patrimonial, el art. 472, CCiv., establece: “Si la sentencia que concluya el juicio, declarase incapaz al demandado, serán de ningún valor los actos posteriores de administración que el incapaz celebrare”. Pese a que el art. 472 sólo menciona a los actos de administración, no hay controversia en cuanto a que también comprende a los de disposición. Este artículo, a su vez, debe correlacionarse con el art. 1041, CCiv., que dispone: “Son nulos los actos jurídicos otorgados por personas absolutamente incapaces por su dependencia de una representación necesaria”. Mayoritariamente, se acepta que los actos realizados por las personas luego de su declaración de insania son siempre de nulidad relativa porque está instaurada en protección del incapaz (art. 1048, CCiv.). FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, Salud mental en el derecho de familia, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, pp. 524 y 539.

(5) FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, Salud mental... cit., pp. 459 y 463.

(6) Por contraposición al “curador provisorio” (art. 147, CCiv.) que es el nombrado para representar a la persona durante el juicio de capacidad. Asimismo, cuando la demencia aparezca notoria e indudable el juez podrá designar antes de la sentencia definitiva un curador “ad bona” o “a los bienes” con facultades de administración (art. 148, CCiv.).

(7) Si existe una causa fundada que desaconseje la designación prevista por la ley —del cónyuge (art. 476, CCiv.), hijos mayores de edad (art. 477, CCiv.), cualquiera de los padres (art. 478, CCiv.)— o del curador propuesto mediante testamento (art. 479, CCiv.) o por escritura pública (art. 383, CCiv.), el juez goza de la potestad para prescindir de esas personas y de elegir a quien considere más idóneo para dicho cometido (arts. 391 y 392, CCiv.). Es decir, “... debe extremarse la prudencia judicial por el carácter esencial de los derechos que pueden verse afectados [...] la apreciación de la idoneidad del curador es función privativa del juez y el orden establecido e la ley no es forzoso” (CNCivil, sala M, “Z., L. s/ insania”, 03/07/2012, inédito). El juez a su vez debe tener en consideración las pautas establecidas en el art. 398, CCiv.: “No pueden ser tutores: 1° Los menores de edad; 2° Los mudos; 3° Los privados de razón; 4° Los que no tienen domicilio en la República; 5° Los fallidos, mientras no hayan satisfecho a sus acreedores; 6° El que hubiese sido

el representante necesario de la persona declarada “incapaz” (art. 57 inc. 3°, CCiv.). Esta representación otorgada a los “incapaces” tiene por finalidad suprimir los impedimentos de su incapacidad (art. 58, CCiv.) y es extensiva a todos los actos de la vida civil que no fueren exceptuados en el Código (arts. 62 y 411, CCiv.). (8) La curatela deberá ejercerse conforme lo establece el art. 413, CCiv., (9) y la obligación principal del curador será “... cuidar que [su representado] recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes” (art. 481, CCiv.).

El son prohibidos al curador definitivo —aun cuando el juez indebidamente los autorizare— los actos mencionados en el art. 450, CCiv. Para realizar actos que importen disponer de bienes muebles e inmuebles de su representado, requiere autorización judicial previa (art. 434, CCiv.) (10).

privado de ejercer la patria potestad; 7° Los que tienen que ejercer por largo tiempo, o por tiempo indefinido, un cargo o comisión fuera del territorio de la República; 8° (Derogado por la ley 11.357); 9° El que no tenga oficio, profesión o modo de vivir conocido, o sea notoriamente de mala conducta; 10° El condenado a pena infamante; 11° Los deudores o acreedores del menor por cantidades considerables; 12° Los que tengan, ellos o sus padres, pleito con el menor por su estado, o sus bienes; 13° El que hubiese malversado los bienes de otro menor, o hubiese sido removido de otra tutela; 14° Los parientes que no pidieron tutor para el menor que no lo tenía; 15° Los individuos del ejército y de la marina que se hallen en actual servicio, incluso los comisarios, médicos y cirujanos; 16° Los que hubiesen hecho profesión religiosa” (aplicable a la curatela por remisión del art. 475, CCiv.).

(8) Art. 62, CCiv.: “La representación de los incapaces es extensiva a todos los actos de la vida civil, que no fueren exceptuados en este Código”. Art. 411, CCiv.: “El tutor es el representante legítimo del menor en todos los actos civiles: gestiona y administra solo. Todos los actos se ejecutan por él y en su nombre, sin el concurso del menor y prescindiendo de su voluntad”.

(9) Art. 413, CCiv.: “El tutor debe administrar los intereses del menor como un buen padre de familia, y es responsable de todo perjuicio resultante de su falta en el cumplimiento de sus deberes”.

(10) Por su parte, el art. 438, CCiv., enumera los supuestos en que el juez puede conceder licencia para la venta de los bienes raíces de los menores (o “incapaces”). Todos los supuestos allí enunciados tienen como objetivo en común evitar un daño mayor u obtener algún tipo de beneficio personal. La doctrina coincide en que tal enunciación no reviste carácter taxativo (FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, Salud mental... cit., p. 410). Asimismo, el art. 439, CCiv., establece tres excepciones al requerimiento de autorización judicial: “... cuando la enajenación de los bienes de los pupilos fuese motivada por

En su caso, la venta deberá realizarse en remate público (art. 441, CCiv.), excepto los bienes muebles cuando fueren de escaso valor y alguien ofreciere un precio razonable por su totalidad, y el supuesto previsto en el art. 442, CCiv. (11).

El curador definitivo también requiere autorización judicial previa para realizar una división de condominio, una división de herencia en que el “incapaz” tuviere una cuota parte (arts. 435 a 437 y 438 inc. 5°, CCiv.), para realizar gastos extraordinarios que no fueren para la reparación o conservación de los bienes (art. 443 incs. 2° y 3°, CCiv.); entre otros supuestos previstos en el Código.

Además, dado que gestiona intereses de un tercero debe rendir cuentas documentadas de su gestión al juez (arts. 458 y 459, CCiv.) con el debido contralor del Ministerio de Menores e Incapaces en su carácter de representante promiscuo (arts. 59, 381, 493 y ccetes., CCiv.).

Cabe ahora analizar lo que ocurre con los denominados actos “personalísimos” que no pueden ser suplidos por la actuación del representante. Sobre el presente tema, Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia afirman que la enfermedad mental prolongada o permanente no requiere que sea continua. Puede interrumpirse o pasar por momentos de mejoría que se llaman “intervalos lúcidos”. Según los autores, se trata de una remisión temporal y completa de la enfermedad por un lapso más o menos prolongado, en el cual el insano declarado tiene plena conciencia de sí y de lo que lo rodea. Debe descartarse la remisión de la enfermedad por momentos o etapas fugaces, ya que el intervalo lúcido para ser tal requiere una cierta duración que acredite la cura completa por ese tiempo no muy corto. Es decir, más que una curación completa es suficiente una remisión que aparezca estable y acentuada, en donde resulte evidente la existencia del discernimiento que es lo jurídicamente determinante. Finalizan diciendo que este criterio es compartible y coherente con

ejecución de sentencia, o por exigencia del copropietario de bienes indivisos con los pupilos, o cuando fuese necesario hacerla a causa de expropiación por utilidad pública.”

(11) Art. 442: “El juez puede dispensar que la venta de muebles e inmuebles se haga en remate público, cuando a su juicio la venta extrajudicial sea más ventajosa por alguna circunstancia extraordinaria, o porque en la plaza no se pueda alcanzar mayor precio, con tal que el que se ofrezca sea mayor que el de la tasación.”

la propuesta de analizar cada caso en particular, atendiendo al estado de la persona y a las posibilidades de comprensión y dirección de sus asuntos (12). Por lo tanto, se admitiría la validez de los actos personalísimos realizados en este estado.

Por cierto, la ley 26.657 establece en su art. 7° inc. n) que: “las personas con padecimiento mental tienen derecho [...] a que el padecimiento mental no sea considerado un estado inmodificable”. Ello a su vez desemboca en el hecho de que la incapacidad y, consecuentemente, la curatela cesan con la rehabilitación de la persona mediante una nueva sentencia judicial (art. 150, CCiv.).

Por último, resta señalar que según el inc. 6° del art. 90 del Código Civil los incapaces tienen el domicilio de sus representantes. Por lo que la persona a la que se le restringe el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos art. 141, tendrá el domicilio de su representante legal que es el curador definitivo que el Juez designe. Si cesara la curatela sin rehabilitación de la persona a la que se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica, éste conservaría el domicilio de su ex curador mientras no quedara constituido uno nuevo por el nombramiento de otro curador (13).

III. La “inhabilitación” (art. 152 bis)

A partir de la reforma de la ley 17.711 en el año 1968, coexiste en paralelo a la insania el instituto de la inhabilitación, cuyas causales de procedencia están enumeradas en el art. 152 bis, CCiv. (14)

(12) CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania. Dementes, Sordomudos e Inhabilitados, 2ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, pp. 41 y 42.

(13) LLAMBÍAS, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Parte General, t. I, decimonovena edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 541.

(14) Art. 152 bis, CCiv.: “Podrá inhabilitarse judicialmente: 1° A quienes por embriaguez habitual o uso de estupefacientes estén expuestos a otorgar actos jurídicos perjudiciales a su persona o patrimonio. 2° A los disminuidos en sus facultades cuando sin llegar al supuesto previsto en el artículo 141 de este Código, el juez estime que del ejercicio de su plena capacidad pueda resultar presumiblemente daño a su persona o patrimonio. 3° A quienes por la prodigalidad en los actos de administración y disposición de sus bienes expusiesen a su familia a la pérdida del patrimonio. Solo procederá en este caso la inhabilitación si la persona imputada tuviere cónyuge, ascendientes o descendientes y hubiere dilapidado una parte importante de su patrimonio.”

La doctrina de manera uniforme coincide en que las personas inhabilitadas conservan su capacidad de hecho o de ejercicio (15). Ello se infiere del principio general establecido por el art. 52, CCiv., y de la no inclusión de los inhabilitados en la enumeración taxativa de los arts. 54 y 55, CCiv.

El art. 152 bis, CCiv., establece que sin la conformidad del curador los inhabilitados no podrán disponer de sus bienes por actos entre vivos. Ahora bien, podrán otorgar por sí solos actos de administración, salvo los que limite la sentencia de inhabilitación teniendo en cuenta las circunstancias del caso. Es decir, la inhabilitación se circunscribe, en principio, a la posibilidad de realizar actos de carácter patrimonial (16). La regla general es que la persona puede realizar por sí todos los actos de administración (17), pero no los que puedan comprender sus bienes. Por ello, no puede otorgar por sí solo los actos de disposición (18), para los cuales necesita la conformidad del curador (19).

La acción para obtener esta inhabilitación sólo corresponderá al cónyuge, ascendientes y descendientes [...].

(15) GHIRARDI, Juan Carlos, *Inhabilitación judicial*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1991, p. 293; TOBIAS, José W., *La inhabilitación en el derecho civil*, 2ª edición, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 21; CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania... cit., pp. 167 a 168; PÉREZ RÍOS, José Luis, *La inhabilitación civil. Régimen sustancial y procesal*, La Ley, Buenos Aires, 2004-70 a 71.

(16) Respecto de la interpretación que debe primar al momento de analizar el art. 152 bis, CCiv., se ha señalado que: "Hay una evidente inclinación jurisprudencial a ser restrictivos en cuanto a hacer lugar al pedido de inhabilitación si no están acabadamente probados los extremos previstos por la ley para la aplicación del instituto", comentario al art. 152 bis, CCiv., en GHERSI, Carlos, WEINGARTEN, Celia (Dir.), *Código Civil. Análisis Jurisprudencial comentado, concordado y anotado*, tomo I, 2ª edición, Nova Tesis, Rosario, 2004, p. 206.

(17) Son aquellos que sin alterar la integridad del patrimonio, tienden a su mantenimiento, mejoramiento o generación de frutos.

(18) Ej.: enajenación de bienes inmuebles, gravar un bien, etc.

(19) FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, *Salud mental...* cit., 618 a 619. Al respecto se decidió: "...el instituto de la inhabilitación previsto en el art. 152 bis del Código Civil constituye la realización ordenada de la idea de asistencia, indicada para casos en que el interesado tiene discernimiento para la generalidad de los actos pero se detectan fallas indudables en algunos aspectos; conserva su capacidad en la que está ubicado como condición básica, salvo los actos exceptuados al de-

El inhabilitado sólo tiene vigiladas o controladas algunas de sus aptitudes jurídicas, de modo que su voluntad debe ser complementada por la de otro sujeto para evitar un perjuicio a su persona o a terceros. Esta "complementariedad" de la actuación del inhabilitado se traduce en un régimen de asistencia para integrar la validez de determinados actos jurídicos celebrados por éste, régimen que se expresa en el asentimiento o autorización prestados por el curador para cada acto concreto, sin necesidad de requerir previamente autorización judicial. Es decir, el inhabilitado sigue actuando por sí mismo, pero la validez o nulidad de su actuación quedan subordinadas a la expresión de la voluntad del asistente o curador que será designado por el juez basándose en las pautas que, aquí también, establecen los arts. 476 a 479 y 383 (20). Al respecto, el art. 637 quinter del CPCCN dispone que: "Todas las cuestiones que se susciten entre el inhabilitado y el curador se sustanciarán por el trámite de los incidentes, con intervención del asesor de menores e incapaces".

Se cuestiona si el art. 481, CCiv. (21), resulta extensible al curador (asistente) del inhabilitado. Tobías sostiene que sí (22), Pérez Ríos que no (23). Igualmente, es preciso ser cauteloso en cuanto a las facultades y deberes impuestos al curador en este aspecto. De lo contrario, bajo el pretexto de

clararlo..." (CNCivil, Sala B, "C., R. A. J.", 24/04/1984, LA LEY, 1984-C, 448, citado en CNCivil, Sala B, "G., V. A. s/ insania", 28/5/2010, inédito).

(20) FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, *Salud mental...* cit., 620 a 621.

(21) Art. 481, CCiv.: "La obligación principal del curador del incapaz será cuidar que recobre su capacidad, y a este objeto se han de aplicar con preferencia las rentas de sus bienes".

(22) Al respecto, Tobías sostiene que: "No debe atribuirse relevancia a la circunstancia de que el art. 481 se refiera al curador del 'incapaz'; las hipótesis de curatela antes de la sanción de la Ley 17.711 se circunscribían a los supuestos de incapacidad, de modo que la interpretación posterior a la incorporación de una curatela no circunscripta a incapaces se debe adecuar a la nueva situación normativa [...] La amplitud de los interés tutelados por el instituto, refuerza, por lo tanto, la opinión de la plena aplicación del art. 481" (TOBIAS, José W., *La inhabilitación...* cit., pp. 310 a 311).

(23) Sobre el tema, Pérez Ríos refiere que: "... la protección de los inhabilitados en la norma del art. 152 bis, está circunscripta lamentablemente a solo el aspecto patrimonial [...] Siendo ello así, no se podrá aplicar la directiva del art. 481 del Código Civil" (PÉREZ RÍOS, José Luis, *La inhabilitación civil...* cit., pp. 124 a 125).

la protección de la persona, se estaría asumiendo una actitud paternalista y contraria a la libertad de intimidad sentada en el art. 19, CN (24).

La doctrina coincide en afirmar que el acto de disposición (o de administración, en su caso) celebrado por el inhabilitado sin la asistencia del curador es nulo. La solución está consagrada implícitamente en la ley y surge por extensión analógica de lo dispuesto en el art. 1042, CCiv. Se trata de un acto de nulidad relativa. En consecuencia, y a tenor de lo dispuesto por el art. 1058, CCiv., el acto realizado sin la asistencia del curador es confirmable. Para ello se requiere de la voluntad del inhabilitado y del curador, que deberá evaluar la conveniencia de la confirmación (25).

Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia en relación al tema en cuestión sostienen que la acción de nulidad relativa pertenece al afectado, y que la misma no puede promoverse de oficio por el juez, ni corresponde a cualquier interesado, ni al Ministerio Público (arts. 1047 y 1048 CCiv.) (26). La acción prescribe a los 2 años de la celebración del acto sin el asentimiento, teniendo en cuenta que se trata de sujetos que “están bajo curatela” (art. 4031, CCiv.).

Por lo tanto, la persona inhabilitada tiene plena capacidad para ejercer todos los derechos y otorgar todos los actos que no estuvieran expresa-

(24) FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, Salud mental... cit., p. 627.

(25) GHIRARDI, Juan Carlos, Inhabilitación judicial... cit., pp. 340 a 342; TOBIAS, José W., La inhabilitación... cit., pp. 298 a 300 y 305 a 306; CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania... cit., pp. 189 a 191; PÉREZ RÍOS, José Luis, La inhabilitación civil... cit., pp. 180 a 183; FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, Salud mental...cit., pp. 632 a 633.

(26) Y, a continuación, los citados autores explican que se da en este supuesto uno de los casos en que pese a la función del curador y capacidad del inhabilitado, el asistente puede evitar los efectos de la prescripción, comunicando extrajudicialmente al interesado y solicitando al juez autorización para interrumpir el plazo prescriptivo de la acción. Debido que, de otro modo, se cerraría el círculo de las condiciones para dar efectividad al acto, porque el inhabilitado puede asumir intencionalmente la inactividad, para evitar la invalidez del acto querido por él y realizado con violación del resguardo que se le ha impuesto. (CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania... cit., p. 191).

mente prohibidos por la ley (actos de disposición entre vivos) o, en su caso, por la sentencia judicial (actos de administración). De modo tal, que en la esfera extrapatrimonial conserva su plena aptitud para ejercer sus derechos personalísimos, los derechos inherentes a su vida familiar (contraer matrimonio, reconocer hijos, impugnar su paternidad, adoptar, divorciarse o separarse personalmente, etc.) e, incluso, los propios actos de última voluntad (27).

Las excepciones a este principio general las desarrollaremos a continuación al tratar específicamente los institutos de derecho de familia y derecho sucesorio sobre los que impacta la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica de una persona (sea con el alcance del art. 141 o del 152 bis, CCiv.).

IV. Régimen de internaciones

A nivel nacional, el régimen jurídico de las internaciones por salud mental y adicciones está conformado básicamente por el art. 482, CCiv. (28), y los arts. 14 a 30 y ccdtes. de la ley nacional de salud mental (n° 26.657). Ello debe ser complementado con las leyes locales de salud mental y las disposiciones incluidas en los códigos de procedimientos de dichas jurisdicciones, en los capítulos referidos a los procesos sobre capacidad jurídica. Nuestro sistema regula un régimen de internaciones dirigido a toda persona, sin distinción de edad, y sea que se le haya restringido o no su capacidad jurí-

(27) FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, Salud mental... cit., p. 638.

(28) Art. 482, CCiv.: “No podrá ser privado de su libertad personal el declarado incapaz por causa de enfermedad mental o adicciones, salvo en los casos de riesgo cierto e inminente para sí o para terceros, quien deberá ser debidamente evaluado por un equipo interdisciplinario del servicio asistencial con posterior aprobación y control judicial. Las autoridades públicas deberán disponer el traslado a un establecimiento de salud para su evaluación a las personas que por padecer enfermedades mentales o adicciones se encuentren en riesgo cierto e inminente para sí o para terceros. A pedido de las personas enumeradas en el artículo 144 el juez podrá, previa información sumaria, disponer la evaluación de un equipo interdisciplinario de salud para las personas que se encuentren afectadas de enfermedades mentales y adicciones, que requieran asistencia en establecimientos adecuados aunque no justifiquen la declaración de incapacidad o inhabilidad”.

dica. Están previstos dos tipos de internaciones: voluntarias e involuntarias (29).

La internación es voluntaria cuando el consentimiento libre e informado es expresado en forma positiva y por escrito, por el propio paciente mayor de edad y con capacidad jurídica a tal fin, debiendo mantenerse durante todo el tiempo que dure la internación. En cambio, es involuntaria cuando la persona se oponga a la internación, no preste el consentimiento por no poder hacerlo, al menos en forma libre e informada, o bien cuando éste sea otorgado por una persona de menos de dieciocho años o declarada incapaz, o por su representante legal. La referencia a la capacidad jurídica obedece a que el art. 26, ley 26.657, estipula que las internaciones de personas declaradas “incapaces” (denominación que únicamente alcanzaría al supuesto del art. 141, CCiv.) serán reputadas “involuntarias”, de modo que deberán ser comunicadas inmediatamente al juez para su control (art. 21, ley 26.657) y se garantizará el acceso a un defensor desde el inicio de la internación (art. 22, ley 26.657), entre otras garantías de las cuales se verán rodeadas.

De modo que la persona declarada “incapaz” podrá consentir su propia internación y tal consentimiento podrá ser recabado cuando sea expresado con comprensión de la situación. En su defecto, el consentimiento podrá ser otorgado por su representante legal. Pero en cualquier caso, la internación seguirá siendo “involuntaria” a los fines del control judicial.

En toda internación involuntaria la persona internada podrá designar un abogado particular que la defienda en su calidad de paciente. Asimismo, la designación podrá ser formulada por el representante legal de la persona declarada incapaz (art. 22, ley 26.657). En su defecto, el Estado le proveerá uno desde el inicio de la internación.

Resta señalar que a lo largo del texto de la ley 26.657 (y su decreto reglamentario n° 603/13)

(29) Para un análisis detallado del régimen de internaciones nos remitimos a OLMO, Juan Pablo, PINTO KRAMER, Pilar, “Comentario a la ley nacional de salud mental N° 26.657”, en *Anales de Legislación Argentina*, Año LXXI, n° 11, 02/05/2011, p. 1; y “Comentario a la reglamentación de la ley nacional de salud mental 26.657 (dec. 603/2013)”, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, 2013 (agosto), p. 172.

se observan diversas funciones asignadas a los representantes legales (30).

V. Matrimonio

1. *Impedimentos para contraer matrimonio. Nulidad*

Del artículo 172, CCiv., dimana que estamos ante un acto personalísimo, pues la ausencia del consentimiento expresado personalmente por ambos contrayentes —elemento estructural del acto jurídico matrimonial— provoca su inexistencia (efecto diferente a la invalidez o nulidad). Dicho de otro modo: no hay matrimonio. La inexistencia del matrimonio puede ser alegada por cualquier persona que tenga un interés y en cualquier causa.

En cambio, es sabido que los impedimentos dirimentes (31) constituyen un obstáculo para la celebración del matrimonio válido debido a que afectan un presupuesto de validez. En lo que nos interesa, el art. 166 enumera entre los impedimentos: “la privación permanente o transitoria de la razón, por cualquier causa que fuere” (inc. 8°).

En relación al artículo en comentario, algunos autores (Fama, Herrera, Pagano, Bossert, Zannoni, Méndez Costa) sostienen que esta norma incluye tanto a las personas a las que se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., como a las personas con padecimiento mental cuyo capacidad no fue restringida para realizar ningún acto o función. Asimismo, refieren que en ambos casos los sujetos pueden celebrar matrimonio siempre que se encuentren en estado de lucidez (32). La diferencia radicaría en la

(30) Ver los arts. 7° inc. j], 16 inc. c] y 22 de la ley 26.657; y arts. 7° incs. k], l] y m] y 26 del dec. 603/13.

(31) Los impedimentos dirimentes provocan la nulidad, ya sea absoluta (art. 219, CCiv.) o relativa (art. 220, CCiv.), según el caso, a diferencia de los impedimentos impeditivos que traen aparejados otros efectos.

(32) Famá, Herrera y Pagano afirman: “Abarca otras situaciones de privación de la razón distintas a la enfermedad mental (o “locura”) propiamente dicha en las cuales la voluntad del contrayente estuviera alterada, tales como el retraso mental, los trastornos de origen orgánico o neurológico, la alteración provocada por el uso de estupefacientes, alcohol, etc. [...] Incluye al insano declarado como tal y a las personas con padecimientos mentales cuya interdicción no ha sido declarada, y permite la celebración del matrimonio de uno y otro siempre que se encuentren en estados lúcidos,

carga de la prueba: si la persona a la que se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., sostiene que consintió lúcidamente (33) la celebración de su matrimonio deberá probarlo, mientras que tratándose de una persona con padecimiento mental a la que no se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica, si se alega que estuvo “privado de la razón”, por cualquier causa que fuere, deberá demostrarse (34). Sin embargo, aclaramos que esta opinión no es unánime. Otros autores (Fleitas Ortiz de Rozas,

y aun del insano declarado ya “curado”, pese a que no se haya levantado su interdicción” (FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, Salud mental... cit., p. 471). En el mismo sentido, Bossert y Zannoni consideran que: “Debe entenderse que el impedimento afecta tanto al insano interdicto como al no interdicto, y también a quien al momento en que pretende casarse está privado de la razón por causas circunstanciales [...] Debe recordarse que no es la interdicción por demencia la que funda este impedimento” (BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Manual de derecho de familia, Astrea, Buenos Aires, 2005, p. 113).

(33) Sobre el tema, remitimos a lo expuesto en relación a los “intervalos lúcidos” en el desarrollo del subtítulo del presente trabajo denominado “La incapacidad por demencia (art. 141) en el Código Civil. Insania y Curatela.” A su vez, Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia mencionan que: “una corriente jurídica cada vez más pronunciada, admite la validez de los actos personalísimos realizados en este estado, actos que no pueden ser suplidos por la actuación del representante. En las “Jornadas Nacionales de Derecho Privado” de Corrientes, del 7 al 9 de abril de 1994 [...] fue aceptada la ponencia de Cifuentes y Petrucci, según la cual la interpretación de los arts. 3615 y 3616 del Cód. Civil, que confiere eficacia a los testamentos realizados en intervalo lúcido, debe extenderse a otros actos personalísimos como el matrimonio, reconocimiento de hijos, etc. En esa ponencia, de lege ferenda se propuso además que se establezca la validez de todos los actos jurídicos efectuados en tales intervalos (CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania... cit., pp. 41 a 45).

(34) De este modo: “... quien sostenga que consintió lúcidamente deberá probarlo, mientras que tratándose de un demente no interdicto o de otra causa de privación de la razón, es ésta la que deberá demostrarse...” (MÉNDEZ COSTA, María Josefa, Régimen legal del matrimonio civil. Ley 23.515, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1987, p. 47). En igual sentido, FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, Salud mental... cit., pp. 471 a 472). A su vez, sobre el tema Bossert y Zannoni señalan: “Respecto del interdicto -demente declarado, art. 140 Cód. Civil- se presumirá el estado permanente de alienación mental, o, lo que es lo mismo, la privación permanente de la razón, mientras que respecto de quien no ha sido declarado insano, la alienación o privación de la razón será un hecho objeto de prueba” (BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Manual... cit., p. 177).

Borda, Mazzinghi, Sambrizzi) sostienen que las personas a las que se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., no pueden celebrar matrimonio, ni aun en los llamados intervalos lúcidos (35).

El art. 177 enumera quiénes pueden oponerse a la celebración del matrimonio, que serán parte en el trámite. Recalcamos que el inc. 4° de este artículo menciona al curador como legitimado activo. Por su parte, los arts. 178 y 185 establecen quiénes pueden denunciar la existencia del impedimento ante la autoridad competente para celebrar el matrimonio. Sin embargo, estos últimos no serán parte en el trámite.

Como mencionamos precedentemente, el impedimento previsto en el inc. 8° del art. 166, CCiv., es un impedimento dirimente que provoca la nulidad relativa del matrimonio (art. 220 inc. 2°, CCiv.) —en razón de que la ley considera prevaleciente el interés de los contrayentes—.

Conforme el artículo 239, CCiv., la nulidad del matrimonio —cuya acción sólo puede intentarse en vida de ambos esposos— debe ser dictada en proceso “promovido por parte legitimada para hacerlo”, que son los enumerados en el art. 220 inc. 2°, CCiv., que remite al art. 177, CCiv., que, como ya expresamos, reconoce al curador como legitimado activo (inc. 4°). Asimismo, le otorga

(35) Fleitas Ortiz de Rozas sostuvo: “... a pesar de que existen argumentos para considerar que no le es aplicable el impedimento, entiendo que no podría celebrarse su matrimonio: en tanto se acredite la declaración de demencia, el Registro Civil no tendría elementos para la evaluación de una situación tan imprecisa y discutida como el intervalo lúcido, y por lo tanto no deberá permitir la celebración” (FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel, “La reforma del régimen del matrimonio civil: impedimentos”, LA LEY, 1987-D, 887). Esta postura también es adoptada por Alejandro Borda, para quien “... el complejo de derechos y, sobre todo, de deberes que nacen del consentimiento matrimonial no puede ser cumplido normalmente por el demente”, BORDA, Alejandro, “La incapacidad. (Hacia un replanteo de la inhabilitación y de la insania)”, en AMEAL, Oscar J. (dir.), GESUALDI, Dora Mariana (coord.), Derecho privado, libro homenaje a Alberto J. Bueres, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 285. Y por Jorge A. Mazzinghi, para quien “... el demente declarado carece de capacidad, y por lo tanto la incapacidad lo afecta aun durante los intervalos lúcidos, hasta tanto no obtenga su rehabilitación” (MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Tratado de Derecho de familia, t. I, 4° edición, La Ley, Buenos Aires, 2006-109). Similar criterio sigue Eduardo A. Sambrizzi (SAMBRIZZI, Eduardo A., Tratado de derecho de familia, t. I, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2010-571 a 577).

legitimación al sujeto al que se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos art. 141, CCiv.: “cuando recobrase la razón si no continuare la cohabitación” y al otro contrayente “si hubiere ignorado la carencia de razón al tiempo de la celebración del matrimonio y no hubiere hecho vida marital, después de conocida la incapacidad”. Pero “el cónyuge sano no podría invocar la nulidad del acto matrimonial cuando el insano interdicto se casa en intervalo lúcido” (36).

Por último, la consideración al matrimonio putativo tiende a mitigar el rigor de privar ex tunc de todo efecto a las nupcias anuladas, cuando fueron celebradas de buena fe por parte de ambos cónyuges, o, al menos, por uno de ellos (37). Finalmente, el art. 224, CCiv., establece en qué consiste la mala fe de los cónyuges (38).

2. Administración de los bienes

El primer párr. del 1276, CCiv., establece como principio general respecto a la gestión de los bienes en el matrimonio que cada cónyuge tiene la libre administración y disposición de sus bienes propios y gananciales, por lo que estamos ante un sistema de administración separada. Sin embargo, esa libre gestión no constituye un principio absoluto en cuanto al poder dispositivo.

En lo que aquí interesa, según el segundo y tercer párr. del art. 1277, CCiv., se requerirá del asentimiento del otro cónyuge (39) para disponer del inmueble propio de uno de ellos, en que está radicado el hogar conyugal si hubiere hijos menores o incapaces. Esta disposición se aplica aun después de disuelta la sociedad conyugal, tratése en este caso de bien propio o ganancial. El Juez podrá autorizar la disposición del bien si fuere prescindible y el interés familiar no resulte

comprometido (40). En su defecto, el acto estará viciado de nulidad relativa, la que podrá ser demandada por el otro cónyuge.

La solución no genera dificultades con relación a las personas a las que se les ha restringido el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., ya que tienen limitada la capacidad de realizar por sí actos de administración y disposición, incluyendo el otorgamiento del asentimiento. Sin embargo, respecto del otorgamiento del asentimiento conyugal que requiere el art. 1277, CCiv., para disponer o gravar los bienes gananciales, cuando se trate de inmuebles, muebles registrables, aportes de dominio o uso de dichos bienes a sociedades, y transformación y fusión de sociedades de personas; así como también para disponer del bien propio o ganancial donde esté —o estuvo— radicado el hogar conyugal si hubiera hijos menores de edad o incapaces, Tobías sostuvo: “en razón de que la restricción a la capacidad de obrar del inhabilitado se refiere a ‘sus’ bienes y no a la aptitud de asentir respecto de los ajenos, en la que rige la regla general de su capacidad, es que el inhabilitado tiene aptitud plena para otorgar el asentimiento que requieran los actos jurídicos celebrados por su cónyuge, sin que constituya un impedimento para arribar a esa conclusión la circunstancia de que ellos estén destinados a ser compartidos si subsisten en el patrimonio ganancial de su cónyuge al finalizar el régimen. Más evidente parece la conclusión si el asentimiento se ejercita en el interés de los hijos menores o incapaces cuando el acto verse sobre el hogar conyugal propio del otro cónyuge, pues en ese caso se ejercita un poder jurídico familiar no patrimonial” (41).

Corresponde plantearse, asimismo, la hipótesis inversa: cuando es el propio inhabilitado quien

(36) CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania... cit., p. 100.

(37) Buena fe de ambos cónyuges (art. 221, CCiv.); buena fe de uno solo de los cónyuges (art. 222, CCiv.); mala fe de ambos cónyuges (art. 223, CCiv.).

(38) Art. 224, CCiv.: “... el conocimiento que hubieren tenido, o debido tener, al día de la celebración del matrimonio, del impedimento o circunstancia que causare la nulidad. No habrá buena fe por ignorancia o error de derecho”.

(39) El artículo 1277, CCiv., habla de “consentimiento de ambos cónyuges”, lo cual es incorrecto, ya que el consentimiento sólo lo da el disponente, el cual se verá complementado con el “asentimiento” del otro cónyuge.

(40) El fin perseguido por la norma es proteger el hogar familiar, aun después de la disolución de la sociedad conyugal, y en este último caso la protección alcanza tanto a los inmuebles propios como a los inmuebles gananciales. Para otorgar la autorización judicial supletoria el juez evaluará si el inmueble es prescindible y si el interés familiar resulta o no comprometido con el acto de disposición. Ej.: se otorgará si el cónyuge propietario del bien asegura a los hijos menores e incapaces otro ámbito de comodidad suficiente, que concuerde con el nivel de vida del matrimonio (BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Manual... cit., p. 264).

(41) TOBÍAS, José W., La inhabilitación... cit., pp. 340 a 341. Ghirardi sostiene lo contrario (GHIRARDI, Juan Carlos, Inhabilitación judicial... cit., p. 335).

debe celebrar un acto jurídico sometido a las limitaciones previstas por el art. 1277. Sobre el tema, el autor también afirmó: “debe distinguirse, en ese caso, según sea o no el cónyuge quien ejerza la curatela. En el primer supuesto, al cónyuge del inhabilitado le corresponderá asentir en los actos de disposición (o de administración limitados en la sentencia) celebrados por el inhabilitado sobre sus propios bienes y sobre los gananciales de su gestión no incluidos en la enumeración del art. 1277, asimilándose su actuación a la de un curador extraño. Si se tratara, en cambio, de actos jurídicos referidos a bienes gananciales de su gestión o al bien propio, que constituye hogar conyugal, en las hipótesis del art. 1277, se plantearía la posibilidad de un eventual conflicto de intereses: los del inhabilitado que debe resguardar como curador y los suyos o los de sus hijos, pudiendo ellos ser divergentes en determinadas circunstancias. Corresponde, en ese caso, la designación de un curador especial (arg. art. 61 del Cód. Civil). Si quien ejerce la curatela no es el cónyuge, sino un tercero, el asentimiento requerido por el art. 1277 vendrá a ‘completar’ el acto jurídico celebrado por el inhabilitado con la asistencia de su curador” (42).

Finalmente, consideramos relevante mencionar que sobre el presente tema, Levy y Bacigalupo de Girard sostuvieron “En los supuestos de declaración de demencia conforme el art. 141 del Cód. Civil y los supuestos de inhabilitación del art. 152 bis, el asentimiento no podrá ser otorgado por el curador —se trate o no del cónyuge del incapaz o del inhabilitado— en razón de la prohibición contenida en el art. 450, inc. 6° del Cód. Civil en cuanto a ‘hacer remisión voluntaria de los derechos de sus pupilos’. Creemos que existe un vacío en la legislación. Si bien en la práctica el juez otorgará la venia, en puridad, no estaría dentro de la previsión del art. 1277, puesto que la ley lo faculta para otorgar la autorización en caso de personas capaces” (43).

3. Separación personal y divorcio. Art. 203 del Código Civil. Separación de bienes

En primer lugar, cabe preguntarse con relación a la legitimación de la persona a la que se le

restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del artículo 141, CCiv, y, en su caso, de su curador, para iniciar demanda de divorcio vincular o separación personal. Vale decir que aquí también estamos ante un acto de carácter personalísimo.

Respecto de la legitimación de la propia persona, desde una postura extrema, en un caso en el que se solicitó el divorcio vincular por presentación conjunta, los jueces que integran la Sala J decidieron: “Corresponde la nulidad absoluta —art. 1041 del Código Civil— de un divorcio decretado mediando la manifestación de voluntad de los cónyuges, si uno de ellos había sido declarado incapaz en los términos del art. 141 del Código Civil, pues el acto se haya afectado por un vicio no purgable. Es que, si al momento de celebrar el acto, el otorgante ya había sido declarado demente, por tratarse de un incapaz de obligarse, la nulidad es absoluta y no puede ser convalidada, pues se encuentra comprometido el orden público” (44).

Por otro lado, en relación a la legitimación del curador, no obstante tratarse de una acción personalísima, con una postura flexible algunos autores (Massano, Bossert, Zannoni, Belluscio, Biscaro) reconocen la legitimación del curador en supuestos específicos.

Uno de ellos es aquel en el cual la persona declarada incapaz ya había manifestado su voluntad de separarse o divorciarse cuando gozaba de salud mental. La jurisprudencia así resolvió un caso donde la acción había sido iniciada oportunamente por el interesado y pudo ser continuada por su curador (45). Si el proceso hubiera finalizado sin resultado positivo, por la razón que fuera, “... el curador podría iniciar un nuevo proceso de divorcio fundándose en la expresa voluntad del incapaz

(44) CNCivil, Sala J, “M., C. O. y B., D. B. s/ divorcio art. 215 del Código Civil”, 23/02/2012, Sumario 0021660 de la Base de datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

(45) Así lo resolvió la sala B de la CNCivil en un fallo del 04/06/68, por el cual se admitió la legitimación del curador para continuar la acción de divorcio promovida por el insano por vía reconventional, cuando aún no se había declarado su interdicción, por considerarse que en el caso no se alteraba el carácter personalísimo de la acción (CNCivil, Sala B, 04/06/68, J.A., 1968-VI, 175, con nota de BELLUSCIO, Augusto César, “Intervención en el juicio de divorcio del curador del cónyuge insano”).

(42) TOBIÁS, José W., *La inhabilitación...* cit., p. 341.

(43) LEVY, Lea M., *BACIGALUPO DE GIRARD*, María, *Protección de la vivienda familiar*, 1ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, p. 60.

manifestada con anterioridad. En ese caso, a fin de aceptar o no la acción iniciada directamente por el curador, debe tenerse en cuenta la identidad de pretensiones entre uno y otro proceso, esto es, que el tipo de acción sea coincidente en uno y otro caso (46).

Otro de los casos en los cuales se ha admitido la legitimación del curador para iniciar la acción de divorcio vincular o separación personal es la acreditación de hechos *prima facie* lo suficientemente graves como para justificar esta decisión. Bossert y Zannoni han sostenido que: “No obstante ser personalísima la acción de divorcio, es posible que el juicio sea promovido por el curador del demente declarado en juicio, previa autorización del juez de la insania, que se otorgará ante graves circunstancias [...] Graves circunstancias pueden tornar conveniente para el insano hacer cesar el deber de cohabitación, disolver la sociedad conyugal e impedir la vocación hereditaria de los cónyuges. Claro está que la valoración que haga el juez de la insania para conceder la autorización, es independiente de la que hará, en definitiva, el juez del divorcio sobre las causales expuestas en la demanda” (47).

Un tercer supuesto invocado doctrinariamente para aceptar la legitimación del curador ha sido esbozado por Belluscio, quien la admite “... cuando fuese necesaria para obtener la imposición al culpable de las sanciones a que pueda dar lugar la sentencia que declare su culpabilidad, con tal que se funde en hechos posteriores a la demencia. No podría fundársela en hechos anteriores, pues si durante su sanidad mental el cónyuge ofendido no promovió la separación o el divorcio, su voluntad tácitamente negativa no puede ser suplida por su representante legal” (48).

Para BísCARO, un último caso en el cual la legitimación del curador sería viable es el de la separación personal prevista por el artículo 203 Código Civil —tema que desarrollaremos a conti-

nuación— puesto que la procedencia de la acción redundaría en beneficio del declarado insano o inhabilitado, “interés que quedaría materializado en la protección de su salud” (49).

Respecto de la necesidad de contar con autorización judicial para iniciar la acción, nuestra doctrina se encuentra dividida. Para Borda y Zannoni tal autorización es imprescindible. No así para Belluscio, quien considera que la misma es innecesaria ante la inexistencia de una norma expresa en nuestro ordenamiento civil que exija al curador obtener la venia judicial previa para entablar demandas en nombre de su representado (50).

Ahora bien, en otro orden de ideas importa la causal de separación personal (51) prevista en el art. 203, CCiv.: “Uno de los cónyuges puede pedir la separación personal en razón de alteraciones mentales graves de carácter permanente, alcoholismo o adicción a la droga del otro cónyuge, si tales afecciones provocan trastornos de conducta que impiden la vida en común o la del cónyuge enfermo con los hijos” (52); la cual puede tener

(49) BÍSCARO, Beatriz R., “Reflexiones sobre el art. 203 del Código Civil. ¿Es justa la solución de la norma?”, en *Derecho de Familia*, libro homenaje a la profesora doctora María Josefa Méndez Costa, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991, p. 180 a 181, citado en FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, *Salud mental...* cit., p. 485.

(50) FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, *Salud mental...* cit., p. 485.

(51) Esta causal está prevista sólo para la separación personal y no así para el divorcio vincular, sin perjuicio de la posibilidad de reconversión posterior en los términos del art. 238, CCiv.

(52) Del análisis del artículo se sigue que son tres las causas que autorizan a requerir la separación personal: 1) Alteraciones mentales graves de carácter permanente: con criterio amplio, abarca toda enfermedad mental o afección de esa naturaleza que, siendo de carácter permanente (o con remotas posibilidades de remisión terapéutica), provoca trastornos de conducta que impiden o hacen intolerable la vida en común o la del que padece la enfermedad con los hijos (sea porque la persona que padece la enfermedad está expuesta a dañarse a sí misma o al grupo familiar con el cual convive o porque las características de la enfermedad tornan afectivamente imposible la vida en común). Ello así, tenga o no la persona una sentencia firme que restrinja el ejercicio de su capacidad jurídica (arts. 141 y 152 bis incs. 1° y 2°, CCiv.); 2) Alcoholismo; y 3) Adicción a las drogas: en ambos casos se trata de dependencias crónicas, en un caso al alcohol y en el otro a sustancias psicoactivas (marihuana, cocaína, etc.). Como en el caso de las alteraciones mentales, el alcoholismo y la drogadicción

(46) MASSANO, María A., “Legitimación del curador para promover la separación personal o el divorcio vincular de su representado”, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2006-III, 125, Lexis Nexis, Buenos Aires, p. 125, fallo en comentario: *Trib. Fam. N° 1 Quilmes*, 23/11/05, “B., N. c. N. de B., P. A.”

(47) BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., *Manual...* cit., pp. 379 a 380.

(48) BELLUSCIO, Augusto C., *Manual de derecho de familia*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 485.

lugar, sea que a la persona se le haya restringido su capacidad (arts. 141 o 152 bis incs. 1° y 2°, CCiv.) o no.

En el caso de la inhabilitación por las causales previstas en los 1° y 2° del art. 152 bis, CCiv., el demandado tiene plena capacidad procesal para actuar por sí solo en el juicio, atendiendo a su naturaleza extramatrimonial (53).

Ahora bien, una de las principales críticas que merece la norma en comentario es que de sus términos resulta claro que esta causa de separación personal sólo puede ser invocada por el cónyuge “sano” (54), aunque en su aplicación práctica tal criterio ha ido flexibilizándose.

En relación a los efectos de la separación personal declarada en los términos del art. 203, CCiv., podemos mencionar que:

1. Subsiste la vocación hereditaria del cónyuge que tiene el padecimiento mental (art. 3574, CCiv.) en la sucesión de quien petitionó la separación, más no éste en la sucesión de aquél. Derecho que cesará si el cónyuge que tiene el padecimiento mental viviere en concubinato o incurriere en injurias graves (55) contra el otro cónyuge (art. 210, CCiv.); o si, con posterioridad a la separación personal, cualquiera de los cónyuges solicitara la conversión en divorcio vincular (arts. 216 y 238, CCiv.) (56).

2. El cónyuge que tiene el padecimiento tiene derecho a la prestación de alimentos prevista en el artículo 208, CCiv., que asegura el derecho a la prestación con la extensión del art. 207, CCiv., y además exige que se dispongan los medios necesarios para su tratamiento y eventual recu-

deben provocar trastornos de conducta que impidan la vida en común o la del cónyuge alcohólico o drogadicto con los hijos. Dichos trastornos serán, también, de carácter permanente debido a la subordinación física y psíquica que experimenta la persona a la ingestión o uso periódico del alcohol o la droga.

(53) TOBÍAS, José W., *La inhabilitación...* cit., p. 361.

(54) FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, *Salud mental...* cit., p. 477.

(55) Las injurias graves son las que afectan gravemente a la persona o el honor del cónyuge alimentante, ej.: difamación, someterlo a humillaciones, etc.

(56) Si la separación personal se ha dictado en razón de la causa prevista en el art. 203, CCiv., en ningún caso la conversión podría obtenerse antes de los 3 años.

peración. El párr. 2° del art. 208, CCiv., establece que esta prestación subsiste aunque fallezca el cónyuge obligado, y aun en el supuesto de que, antes, la separación personal se hubiere convertido en divorcio vincular (arts. 216 y 238, CCiv.).

Para ello, se reputa que esa prestación se transforma en carga de la sucesión del cónyuge obligado. Como tal, resultarán de aplicación los arts. 3474, 3795 y ccetes., CCiv. Los herederos, además, deberán prever el modo de cumplir la carga después de la partición de la herencia, lo que exigirá arbitrar los medios idóneos. Este derecho también cesa en los casos previstos en los arts. 210 y 218, CCiv.

3. El cónyuge que tiene el padecimiento mental tiene derecho a invocar el art. 211, CCiv., que prevé la posibilidad de continuar ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal y que habitó durante el juicio de separación personal o de divorcio vincular, siempre que la sociedad conyugal no cuente con bienes suficientes para atribuir, a través de la partición, valores en especie o en dinero que permitan resolver el requerimiento de vivienda. A su vez, esta norma dispone que, en iguales circunstancias que las descriptas precedentemente, el juez que entendió en la separación personal o en el divorcio podrá imponer una locación en favor del cónyuge que está ocupando el inmueble propio del otro, fijando el canon que aquél pagará al propietario y el plazo de dicha locación. Esta locación podrá cesar antes de dicho plazo, por decisión judicial “si desaparecen las circunstancias que le dieron lugar” o, aquí también, por las causales del art. 210, CCiv.

Pasaremos ahora a desarrollar el supuesto de separación judicial de bienes que prevé el art. 1290, CCiv.

Es posible que, habiéndose declarado la insania (art. 141, CCiv.) o la inhabilitación (art. 152 bis incs. 1° y 2°, CCiv. (57)) de uno de los cónyuges, el otro no pueda o no quiera encargarse de la curatela, y sea necesario entonces designar como curador a un tercero. En este caso, el art. 1290, CCiv., faculta al cónyuge de la persona a la que se le restringió la capacidad a pedir la separación de bienes si no quiere mantener un estado de comunidad que se integra con una masa que será administrada por un extraño al matrimonio. Por

(57) TOBÍAS, José W., *La inhabilitación...* cit., p. 342.

el carácter constitutivo de la sentencia, la disolución se produce en el momento en que el juez la declara. Es un supuesto en que, manteniéndose el vínculo matrimonial, a la disolución de la sociedad conyugal, sucede un régimen de separación de bienes, contemplado en el art. 1301, CCiv.

Finalmente, resta señalar que tanto en el juicio donde se pide la separación de bienes (art. 1290, CCiv.) como también en el que se pide la separación personal (art. 203, CCiv.), por aplicación del art. 233, CCiv., cualquiera de los cónyuges —y, en su caso, el curador como “representante” (art. 141, CCiv.)— puede solicitar al juez medidas de seguridad idóneas para evitar que el otro cónyuge realice actos de administración o disposición de bienes que puedan poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del solicitante.

El art. 233, CCiv., no incluye una enumeración de cuáles son las medidas precautorias que se pueden solicitar; en consecuencia, todas las que, de acuerdo con el ordenamiento procesal, son admisibles, resultan pertinentes en estos juicios (58). Las medidas precautorias destinadas a asegurar los derechos del cónyuge dentro de la sociedad conyugal, deben trabarse sobre los bienes gananciales de administración del otro, ya que ningún derecho tendrá a participar sobre los propios de éste (59).

VI. Filiación

1. Determinación de la maternidad

El art. 242, CCiv. (60) establece un supuesto de determinación legal de la filiación que prescinde

(58) Ej.: embargo (sobre depósitos bancarios, paquetes accionarios de carácter ganancial, hasta cubrir el 50% de su valor), inhibición general, el inventario de bienes muebles o semovientes, la compulsión de libros, la apertura de cajas de seguridad, la prohibición de innovar o de contratar, el nombramiento de veedor (para controlar el ingreso y movimientos de mercaderías y dinero en un fondo de comercio ganancial administrado por su cónyuge), etc.

(59) BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Manual... cit., pp. 292 a 293. Según los autores, sólo podrá pedir medidas precautorias sobre bienes propios del otro cónyuge, no invocando su calidad de socio en la sociedad conyugal sino su carácter de acreedor, ej.: para garantizar el pago de alimentos o el pago de una recompensa adeudada por el haber propio del otro esposo a la sociedad conyugal.

(60) Art. 242, CCiv.: “La maternidad quedará establecida, aun sin reconocimiento expreso, por la prueba del

del elemento voluntario y no requiere, por tanto, de la capacidad legal de la progenitora. Por lo que, la maternidad de una persona a la que se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., quedará determinada ipso iure por la acreditación del parto y la identidad del nacido (61).

2. Determinación de la paternidad extramatrimonial. Reconocimiento de un hijo. Nulidad del reconocimiento

Con relación al reconocimiento de un hijo, partiendo de la base que es un acto personalísimo, algunos autores (postura mayoritaria: Azpiri (62), Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia (63)) afirman que en los llamados “intervalos lúcidos” el sujeto al que se le restringió el ejercicio de la capacidad

nacimiento y la identidad del nacido. La inscripción deberá realizarse a petición de quien presente un certificado del médico u obstétrica que haya atendido el parto de la mujer que se atribuye la maternidad del hijo y la ficha de identificación del recién nacido. Esta inscripción deberá serle notificada a la madre salvo su reconocimiento expreso, o que quien hubiese denunciado el nacimiento fuere el marido”.

(61) FAMÁ, María Victoria, La Filiación. Régimen Constitucional, Civil y Procesal, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 46. Específicamente, Famá afirma: “... más allá de mi opinión personal acerca de la necesidad de reconocer a las personas con padecimientos mentales la capacidad para ejercer ciertos derechos personalísimos, entre los cuales se encuentra el reconocimiento de un hijo, la maternidad de una mujer que ha sido declarada insana quedará determinada ipso iure por la acreditación del parto y la identidad del nacido”.

(62) Azpiri refiere: “Se discute si un demente en un intervalo lúcido puede reconocer y existe discrepancia doctrinaria, aunque en mi opinión, cuando el intervalo lúcido sea suficientemente cierto y prolongado para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces -como lo tipifica el art. 3615 del Cód. Civil- estará en un período de salud mental, y por lo tanto, aunque no haya levantado la interdicción judicial, tendría entonces el discernimiento necesario como para efectuar el reconocimiento” (AZPIRI, Jorge O., Juicios de Filiación y Patria Potestad, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 99).

(63) Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia señalan que: “podría considerarse entonces que también le es posible otorgar al demente otros actos, en situación de remisión parcial o total de la enfermedad, como el reconocimiento de hijos por actos entre vivos o de última voluntad. Dicen Ripert y Boulanger que la capacidad requerida no es una capacidad jurídica, por lo que es preciso admitir que el interdicto puede en ese intervalo lucido reconocer un hijo natural” (CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania... cit., p. 100).

jurídica en los términos del art. 141, CCiv., podría reconocer a un hijo (paternidad extramatrimonial (64)) ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, por escritura pública o testamento (arts. 247 y 248, CCiv.).

En sentido contrario (postura minoritaria), otros autores sostienen que la persona declarada insana es un “incapaz” aun en un intervalo lúcido, razón por la cual no puede otorgar un acto jurídico válido (65).

Cabe tener en cuenta que el reconocimiento es irrevocable (art. 249, CCiv.): quien lo practica no puede luego, por su voluntad, dejarlo sin efecto.

Sin embargo, podrá demandarse la nulidad del acto jurídico de reconocimiento (acción de nulidad del reconocimiento (66)) v.gr., alegando vicios del consentimiento (error, violencia, dolo) o la falta de discernimiento en el momento del reconocimiento. En todo caso, que la persona que efectuó el reconocimiento haya sido o no declarada incapaz, ello influirá en la carga de la prueba.

La legitimación activa para promover esta acción es similar a la que corresponde en la acción de nulidad de los actos jurídicos. Dependiendo de la causa que provoque el vicio, podrá pedirla cualquier afectado en los casos de nulidad absoluta (art. 1047, CCiv.) y sólo el afectado por el vicio en los supuestos de nulidad relativa (arts. 1048 y 1049, CCiv.). (67) Cuando se funde en vicios del consentimiento la acción prescribirá a los dos años de haber cesado el vicio (art. 4030, CCiv.), mientras que en los otros supuestos, resulta aplicable el plazo genérico de diez años (art. 4023 párr. 2°, CCiv.) (68).

(64) Recordamos que el art. 248, CCiv., en el último párrafo establece: “Lo prescripto en el presente Capítulo es aplicable a la madre cuando no hubiera tenido lugar la inscripción prevista en el artículo 242”.

(65) MAZZINGHI, Jorge Adolfo, Tratado de Derecho de familia, t. IV, 4ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 54.

(66) La acción de nulidad, si bien no está expresamente contemplada en las normas de filiación del Código Civil, surge de las reglas generales atinentes a la validez de los actos jurídicos (arts. 1037 y ss., CCiv.) y serán aquellas las disposiciones a las que deberá recurrirse para su regulación (FAMÁ, María Victoria, La Filiación... cit., p. 651).

(67) AZPIRI, Jorge O., Juicios de Filiación... cit., p. 283; FAMÁ, María Victoria, La Filiación... cit., p. 660.

(68) AZPIRI, Jorge O., Juicios de Filiación... cit., pp. 283 a 284.

3. Acción de reclamación de la filiación matrimonial y extramatrimonial

En virtud del art. 254, CCiv. (69) el hijo tiene legitimación activa para iniciar esta acción. Sin embargo, surge el interrogante cuando el hijo ha sido declarado incapaz (art. 141, CCiv.) y el rol del curador “representante” en esa acción. Al respecto, Famá sostiene que: “Si el hijo ha sido declarado insano, o incluso durante la tramitación del juicio de insania, actuará bajo la representación de su curador definitivo o el provisorio, en su caso, o del defensor de Menores e Incapaces” (70).

4. El art. 255 del Código Civil

El art. 255, CCiv., establece: “En todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo”. Para el caso de que la madre haya sido declarada insana, Famá refiere: “... Grosman sostiene que debe estar representada en todos los casos por sus padres o curadores. A mi juicio aquí también resulta aplicable el principio de gradualidad de capacidades [...] de modo que si se verifica que pese al padecimiento mental la madre posee discernimiento o ‘competencia’ para tomar las decisiones que conciernen a su maternidad y la paternidad de su hijo, no será necesario contar con la voluntad sustitutiva de sus representantes legales. A lo sumo se requerirá su asistencia, en las ‘zonas grises’ que presenten dudas acerca de la posibilidad de brindar por sí sola el consentimiento informado que exige el proceso reglado en el art. 255” (71).

(69) Art. 254, CCiv.: “Los hijos pueden reclamar su filiación matrimonial contra sus padres si ella no resultare de las inscripciones en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. En este caso la acción deberá entablarse conjuntamente contra el padre y la madre. Los hijos pueden también reclamar su filiación extramatrimonial, contra quien consideren su padre o su madre. En caso de haber fallecido alguno de los padres, la acción se dirigirá contra sus sucesores universales...”

(70) FAMÁ, María Victoria, La Filiación... cit., p. 407; AZPIRI, Jorge O., Juicios de Filiación... cit., p. 189.

(71) FAMÁ, María Victoria, La Filiación... cit., p. 407; AZPIRI, Jorge O., Juicios de Filiación... cit., pp. 447 a 448.

5. Acción de impugnación de la paternidad matrimonial

La acción de impugnación de paternidad matrimonial está prevista en el art. 258, CCiv., en tanto que el art. 259, CCiv., (72) establece quiénes pueden ejercer la acción, es decir, quiénes tienen legitimación activa y el plazo de caducidad de la acción (73).

El problema se plantea cuando al marido se le restringe el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., y el nacimiento se produce con posterioridad a la sentencia de restricción del ejercicio de la capacidad con el alcance mencionado; a la vez que se pone en juego la legitimación del curador del marido para iniciar esta acción de desplazamiento filial.

Al respecto, nuestra doctrina no es unánime. Bossert, Zannoni, Belluscio y Méndez Costa sostienen que no es posible que el curador inicie la acción en representación del marido y que, en el supuesto en análisis, el marido sólo podrá demandar cuando cese la restricción a través de la rehabilitación. Para estos autores, si el marido muere sin recuperar el ejercicio de su capacidad jurídica para actuar por sí, podrán interponer dicha acción sus herederos por el plazo de un año (74).

(72) Art. 259, CCiv.: “La acción de impugnación de la paternidad del marido, podrá ser ejercida por éste, y por el hijo. La acción del marido caduca si transcurre un año desde la inscripción del nacimiento, salvo que pruebe que no tuvo conocimiento del parto, en cuyo caso el término se computará desde el día en que lo supo. El hijo podrá iniciar la acción en cualquier tiempo. En caso de fallecimiento del marido, sus herederos podrán impugnar la paternidad si el deceso se produjo antes de transcurrir el término de caducidad establecido en este artículo. En este caso, la acción caducará para ellos una vez cumplido el plazo que comenzó a correr en vida del marido”.

(73) Sostiene Famá que tras la sanción de la ley 26.618 la presunción de paternidad contenida en el art. 242, CCiv., resulta extensible a los matrimonios del mismo sexo celebrados entre mujeres. En tal sentido, es posible considerar que se presumen hijos de la cónyuge de la madre biológica aquellos nacidos durante el matrimonio, pues es razonable y esperable que tales niños hayan sido deseados y buscados por ambas mujeres. Desde esta perspectiva, se concluye forzosamente que la cónyuge, cuya maternidad queda determinada por la presunción, puede impugnar la filiación del hijo si demuestra que ha sido concebido sin prestar su consentimiento —expreso o tácito— en la inseminación de la mujer que dio a luz (FAMÁ, María Victoria, *La Filiación...* cit., pp. 571 a 572).

(74) MÉNDEZ COSTA, María J., *La filiación*, Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, 1986, p. 318. Zannoni, sobre el tema sos-

En cambio, Borda, Azpiri, Famá, Herrera y Pagano (75) sostienen que, en determinados casos, el curador sí puede iniciar esta acción en representación del marido. Al respecto, Borda afirma que cuando hubo una imposibilidad absoluta de que la persona declarada insana haya engendrado al supuesto hijo, el curador se encuentra legitimado para deducir la acción en su representación (76). Sobre el tema, y en el mismo sentido Azpiri refiere que no hay norma que impida la interposición de la acción a través del curador (representante legal) y que lo que debe determinar la legitimación del curador es el interés de la persona a la que se le restringió la capacidad jurídica. Por lo que, en su caso, corresponderá, previa intervención del Defensor Público de Menores e Incapaces, designar un curador ad hoc (ej.: si la mujer es la curadora del marido) o bien reconocer directamente en cabeza del representante promiscuo (art. 59, CCiv.) la legitimación para accionar en su nombre (77).

Consideramos relevante subrayar que Famá, luego de analizar el tema desarrollado precedentemente, ha sostenido que: “De todos modos, lo expuesto no obsta a la posibilidad del insano de iniciar por sí la acción con asistencia de su curador y la representación promiscua del Ministerio Público si se verifica que, pese a su padecimiento, presenta discernimiento o ‘competencia’ para tomar una decisión de estas características” (78).

tiene: “Freitas, fuentes del artículo, estableció en el Esboco, a continuación de consagrar el carácter personalísimo conferido a la acción de desconocimiento en cabeza del marido, que ‘no podrá, por consiguiente, promoverla el representante necesario del marido, o cualquier otra persona a nombre de éste, que no sea su procurador autorizado por poderes especiales’ (art. 1474 inc. 2). Además, Vélez Sarsfield, bien se ve, no previó el asunto en forma expresa, y tampoco lo hace en la norma que comentamos” (ZANNONI, Eduardo, *Derecho de Familia*, tomo 2, 5ª edición, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 457). Y Belluscio afirma: “Si bien la opinión afirmativa tiene serios fundamentos, parece preferible la que niega la acción al curador [...] dado el carácter personalísimo de la cuestión que el ejercicio de la acción lleva a debatir” (BELLUSCIO, Augusto César, *Manual de derecho de familia*, décima edición, Abeledo Perrot, 2013, p. 749).

(75) FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, *Salud mental...* cit., p. 487; FAMÁ, María Victoria, *La Filiación...* cit., p. 508.

(76) BORDA, Guillermo A., *Tratado de derecho civil. Familia*, t. II, 10ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2008, p. 24.

(77) AZPIRI, Jorge O., *Juicios de Filiación...* cit., pp. 227 a 228.

(78) FAMÁ, María Victoria, *La Filiación...* cit., p. 509.

Otra posibilidad es que el declarado insano sea el hijo, quien también tiene legitimación en virtud de lo establecido en el art. 259, CCiv. La doctrina también se encuentra dividida al analizar este tema. Remitimos a lo dicho previamente al analizar la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica del marido. Aunque en el supuesto en que el curador sea alguno de sus progenitores (art. 478, CCiv.), correspondería, en su caso, designar un curador especial (79).

VII. Adopción

El art. 320, CCiv., establece que las personas casadas sólo podrán adoptar si lo hacen conjuntamente, excepto: “Cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso deberá oírse al curador y al Ministerio Público de Menores” (inc. b). Si bien se trata de un acto de carácter personalísimo, según el Código Civil puede ser suplido por la voluntad del representante legal. Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia plantean el caso de que la adopción la haya pedido el cónyuge “sano” y si es posible nombrar un curador especial para ese acto de adopción (80).

VIII. Ejercicio de la responsabilidad parental

1. Suspensión del ejercicio.

Titularidad y ejercicio (81). El art. 309, CCiv., establece que el ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres (art. 141) o de inhabilitación en los términos art. 152 bis incs. 1° y 2°, CCiv.

La doctrina sostiene que se requiere sentencia firme que declare la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica con esos alcances, y que, como consecuencia de la sentencia, la suspensión del ejercicio de la autoridad parental se produce ipso iure.

Sobre el tema, Azpiri refiere señala que: “Mientras se mantengan las circunstancias que justificaron la suspensión, los padres no podrán ejercer

los derechos emergentes de la patria potestad. La suspensión del ejercicio de la patria potestad no importa liberar a los padres de las obligaciones impuestas por los arts. 265, 267 y 269 del Código Civil” (82).

Sin embargo, ello no ha impedido que la jurisprudencia resolviera: “... Corresponde declarar la incapacidad parcial del causante ya que si bien no presenta autonomía absoluta en los actos de su vida diaria que le permitan administrar o disponer por sí mismo, resulta capaz para el ejercicio de sus derechos personales, entre los que se encuentra la patria potestad... declarar la incapacidad parcial del causante ya que si bien no presenta autonomía absoluta en los actos de su vida diaria que le permitan administrar o disponer por sí mismo, resulta capaz para el ejercicio de sus derechos personales, entre los que se encuentra la patria potestad”; de modo que, ante una sentencia de incapacidad del sujeto, se dejó a salvo el ejercicio de la responsabilidad parental (83).

2. Supuestos especiales de tutela

El art. 264 bis, CCiv., establece que: “Cuando ambos padres sean incapaces o estén privados de la patria potestad o suspendidos en su ejercicio los hijos menores quedarán sujetos a tutela”. Por lo que, si el hijo tiene la doble filiación determinada y a uno de sus progenitores se le restringe el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141 o 152 bis incs. 1° y 2°, el ejercicio de la patria potestad se atribuye de pleno derecho al otro progenitor (arts. 264 inc. 3°, 309 y 310, CCiv.). Si, en cambio, a ambos padres se les restringe el ejercicio de la capacidad jurídica en esos términos, se deberá designar un tutor a los hijos menores de edad (art. 310, CCiv.). La misma solución debe aplicarse en el caso de que el hijo hubiese sido reconocido por uno solo de sus padres, y al que lo reconoció se le ha restringido la capacidad jurídica.

Sobre el presente tema, Zannoni expresa: “No debe olvidarse, al interpretar este art. 264 bis, que el art. 480 del Cód. Civil, establece que ‘El curador de un incapaz que tenga hijos menores es también tutor de éstos’. Este último revela el propósito de

(79) FAMÁ, María Victoria, La Filiación... cit., p. 525.

(80) CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania... cit., pp. 105 a 106.

(81) La titularidad de la patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que la ley reconoce a ambos progenitores, mientras que su ejercicio consiste en la posibilidad de actuar en cumplimiento de esos deberes y derechos.

(82) AZPIRI, Jorge O., Juicios de Filiación... cit., p. 345.

(83) Tribunal de Familia n° 2 de Mar del Plata, “E, C. A.”, 01/02/2008, ABELEDO PERROT N°: 35021526 ABELEDO PERROT N°: 35021526.

unificar la representación legal de padres e hijos y también la administración de los bienes dada la comunidad de intereses que habitualmente existirán entre ambos. De suerte que para el caso de interdicción del padre y de la madre —o del progenitor que reconoció al hijo— la tutela legal está, en principio, deferida al curador de aquéllos y no necesariamente a las personas que menciona el art. 390. Por aplicación analógica del art. 480, se ha resuelto que si ambos cónyuges son dementes, corresponde designarles un curador único, o sea que, en tal hipótesis, ese curador único será, también, el tutor de los hijos menores” (84).

3. Administración de los bienes de los hijos menores de edad. Usufructo

Normalmente la administración y el usufructo de los bienes del hijo son correlativos. Los padres administran y a la vez gozan del usufructo de tales bienes debiendo cumplir las cargas que del usufructo emanan (art. 291, CCiv.) (85). Pero pueden presentarse diversas situaciones de excepción como la prevista en el art. 304 del Código Civil (usufructo sin administración), según el cual: “Los padres pierden la administración de los bienes de los hijos, cuando son privados de la patria potestad, pero si lo fuesen por demencia, no pierden el derecho al usufructo de los bienes de sus hijos”.

Si bien la norma habla de “privación” de la patria potestad, corresponde interpretar que se pierde el derecho al usufructo por la privación de la patria potestad o por la suspensión en su ejercicio, pero cuando la suspensión deriva de la “demencia” (art. 309, CCiv.) el progenitor mantiene su derecho al usufructo.

(84) ZANNONI, Eduardo, Derecho de Familia... cit., p. 762.

(85) Los padres tienen, por mitades, el usufructo de los bienes de los hijos (art. 287, CCiv.). Es decir, las rentas que producen sus bienes (Ej.: los intereses de su capital invertido, los alquileres que se pagan por el inmueble del hijo, etc.), tras atender a las cargas que señala el art. 291, CCiv. (Ej.: los gastos de subsistencia y educación de los hijos, entre otros), ingresan por mitades a la masa ganancial de administración de cada uno de los padres si son casados, o a su peculio propio en caso contrario. Asimismo, el derecho de usufructo les confiere a los padres la facultad de usar y gozar personalmente y sin cargo de los bienes de los hijos. (BOSSERT, Gustavo A., ZANNONI, Eduardo A., Manual... cit., p. 582).

IX. Tutela

El art. 398 enumera en sus dieciséis incisos quienes no pueden ser tutores, entre los que se encuentran los privados de razón (inc. 3°). En relación al presente tema, Belluscio refiere que: “Se trata aquí de los dementes. Para Borda la demencia debe haber sido declarada; en cambio, Machado y Busso estiman que ello es innecesario, y en todo caso la denuncia de demencia debe hacer suspender el nombramiento” (86).

Asimismo, la tutela concluye por la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., del tutor o de la persona menor de edad (87).

X. Derecho Sucesorio

1. Capacidad para suceder

La capacidad para suceder es la aptitud para ser sujeto pasivo de una transmisión mortis causa. Toda persona física o jurídica goza de la capacidad para recibir una sucesión, a menos que exista una disposición contraria de la ley (art. 3288). (88) La capacidad para suceder a que aluden los arts. 3286 —que se rige por la ley del domicilio del heredero al momento de la muerte del causante v.gr., para juzgar la indignidad del heredero— y siguientes del Código Civil es de derecho, pues no se refiere al ejercicio, sino al goce o titularidad del derecho sucesorio.

Aclarado ello, a continuación desarrollaremos distintos aspectos del Derecho Sucesorio en los que impacta la restricción del ejercicio de la capacidad jurídica (arts. 141 ó 152 bis, CCiv.).

2. Indignidad

La indignidad en una sanción legal en virtud de la cual queda excluido de la sucesión quien ha incurrido en determinadas ofensas contra el difunto.

(86) BELLUSCIO, Augusto César, Manual... cit., p. 899.

(87) ZANNONI, Eduardo, Derecho de Familia... cit., p. 923.

(88) La capacidad para suceder es diferente a la vocación hereditaria, esto es, el llamamiento a la herencia, que surge del parentesco o de la voluntad del testador. Es un derecho concreto, referido a una determinada sucesión y que requiere, como condición previa, la existencia de capacidad. La vocación sucesoria se regirá por el art. 3283, CCiv.

La indignidad contraría la vocación hereditaria, aunque en el Código aparece como un supuesto de incapacidad para suceder.

Según nuestro Código Civil, una de las causales de indignidad es el abandono del difunto demente. El art. 3295, CCiv., establece: “Lo es también el pariente del difunto que, hallándose éste demente y abandonado, no cuidó de recogerlo, o hacerlo recoger en establecimiento público”.

La ley se refiere a los parientes, sin especificar grados. Sin embargo, en principio, sólo deben considerarse comprendidos los parientes en grado sucesible, o cualquiera que fuera su grado si se tratara de un llamamiento testamentario. Asimismo, debe considerarse incluido al cónyuge, aun cuando es sabido que no es un pariente. Por otro lado, es aceptado que el término “demente” incluye tanto a los que han sido declarados tales en juicio (art. 141, CCiv.) como a los que no, en tanto el pariente esté en conocimiento de la situación.

3. Capacidad para aceptar y repudiar herencias. Beneficio de inventario

La transmisión hereditaria se produce en el instante de la muerte del autor de la sucesión (arts. 3282 y 3415, CCiv.), aunque el heredero sea “incapaz” o ignore que la herencia se le ha deferido (art. 3420, CCiv.).

Según la primera parte del art. 3333, CCiv., sólo pueden aceptar o repudiar una herencia los que tienen la libre administración de sus bienes. En este caso, las palabras libre administración deben entenderse en el sentido de disposición. La aceptación implica asumir obligaciones, quizás gravosas, y comprometer los bienes propios, todo lo cual requiere capacidad de disponer. Continúa diciendo la norma en su segunda parte, que: “La herencia que corresponda a personas incapaces de obligarse o de renunciar a su derecho, no puede ser aceptada o repudiada, sino bajo las condiciones y en las formas prescriptas por la ley para suplir su incapacidad”.

Conforme al art. 3363, CCiv., luego de su modificación por la ley 17.711, toda aceptación de herencia se presume efectuada bajo beneficio de inventario (89). Para acogerse al beneficio de in-

(89) El efecto principal del beneficio de inventario es la limitación de la responsabilidad del heredero por las cargas de la sucesión hasta la concurrencia de los bienes hereda-

ventario basta aceptar la herencia lisa y llanamente (pues la ley presume que dicha aceptación es siempre beneficiaria) y hacer el inventario en el tiempo que la ley prevé (arts. 3366, 3368 y 3370, CCiv.).

En nuestro Código Civil, los representantes legales de las personas a las que se les restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., pueden aceptar o repudiar las herencias, con autorización judicial (art. 443 inc. 4°, CCiv.); pero si la aceptan debe ser con beneficio de inventario (art. 450 inc. 4°, CCiv.).

Por aplicación del art. 450, CCiv., entre los actos prohibidos absolutamente al curador, aunque el juez indebidamente lo autorice, se encuentra el de aceptar herencias deferidas a su representado, sin beneficio de inventario (inc. 4°). Cabe entonces preguntarse qué ocurre si, no obstante la prohibición, el representante legal manifiesta renunciar al beneficio de inventario o deja transcurrir el plazo del art. 3366, CCiv., o realiza actos que importen la pérdida del beneficio. Al respecto, en nuestra doctrina y jurisprudencia se ha impuesto definitivamente la tesis de que las personas a las que se les restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., son aceptantes beneficiarios de pleno derecho. En consecuencia, aquellos actos del representante legal no le hacen perder el beneficio y sólo pueden dar lugar a sanciones contra aquél, como sería la destitución de los curadores (90).

Según el art. 3335, CCiv.: “La nulidad de la aceptación, sea pura y simple, sea bajo beneficio de inventario, no puede ser demandada, y no debe pronunciarse sino cuando ha tenido lugar sin la observancia de las formas, o sin el cumplimiento de las condiciones prescriptas para suplir la incapacidad del heredero a cuyo nombre es aceptada la herencia”.

Por otro lado, el heredero tiene siempre el derecho de repudiar la herencia. Según el artículo 3350, CCiv., puede demandarse la nulidad de la renuncia cuando se hayan omitido las formalidades prescriptas para suplir la incapacidad del

dos (art. 3371, CCiv.). En otras palabras, responde sólo con bienes dejados por el causante, pero no con los propios.

(90) BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Sucesiones, tomo I, 10ª edición, actualizada por Delfina M. Borda, La Ley, Buenos Aires, 2012-240 a 241.

renunciante (inc. 1°). Será siempre necesaria la actuación del representante legal, la intervención del Ministerio Público de Menores e Incapaces y la autorización judicial. La omisión de estos requisitos da origen a la nulidad del acto.

Respecto de la capacidad para aceptar o repudiar herencias de las personas a las que se les restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 152 bis incs. 1° y 2°, CCiv., Tobías expresa: “El art. 3333 del Cód. Civil dispone que la herencia sólo puede aceptarse o repudiarse por quienes tienen la ‘libre administración de sus bienes’ [...] la expresión libre administración tiene aquí un alcance amplio, comprensivo de la facultad de celebrar actos de disposición. El inhabilitado, por lo tanto, necesita el asentimiento del curador para la aceptación simple y para renunciar a la herencia [...] Más dudosa es la contestación al interrogarse acerca de si pueden aceptar por sí solos con beneficio de inventario. La limitación de la responsabilidad que ella trae aparejada permite concluir que se trata de un acto de administración, que no requiere —en principio— el asentimiento del curador” (91). Por su parte, según Maffía: “... el acto de aceptación tácita en cuanto implica un acto de disposición será nulo si falta el asentimiento del curador, aunque de nulidad relativa, pues aquél puede prestar su conformidad quedando confirmada la aceptación tácita”. Asimismo, “Cabe la imposición de la aceptación forzada en virtud de los ilícitos previstos por el art. 3331, si al cometerlos el inhabilitado obró con discernimiento” (92).

4. Capacidad para ceder derechos hereditarios

El heredero sucede al causante en la titularidad de los derechos (derechos transmisibles mortis causa) que aquél posea. Será dueño de las cosas de que era propietario, acreedor de quienes eran deudores del causante. A su vez, el heredero tiene la facultad de ceder los derechos y acciones hereditarios (93).

(91) TOBIÁS, José W., *La inhabilitación...*, cit., pp. 348 a 349.

(92) MAFFÍA, Jorge O., *Tratado de las Sucesiones*, tomo I, 3ª edición, actualizada por Lidia Beatriz Hernández y Luis Alejandro Ugarte, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 271.

(93) Llámese cesión de herencia o cesión de derechos hereditarios al contrato en virtud del cual un heredero transfiere a un tercero todos los derechos y obligaciones patrimoniales (o una parte alicuota de ellos) que le corres-

Nuestro Código Civil no contiene sobre cesión de herencia sino algunas disposiciones aisladas (arts. 1184 inc. 6°, 2160, 2161, 2163, 3322). Con relación a la capacidad para ceder derechos hereditarios deben considerarse aplicables las normas relativas a las cesiones de créditos y, en consecuencia: a) si la sucesión fuese por un precio en dinero, se aplicarán las reglas de la compraventa (art. 1435, CCiv.); b) si fuese a trueque de otra cesión o de una cosa, las de la permuta (art. 1436, CCiv.); c) si fuese gratuita, las de la donación (art. 1437, CCiv.). Según el art. 1184 inc. 6°, CCiv., la cesión debe hacerse por escritura pública.

5. Partición

Desde el mismo momento de la muerte del causante, se forma un estado de indivisión hereditaria entre los coherederos cuyos bienes no pertenecen a ningún heredero en particular sino a todos en común. Por el art. 3452, CCiv., todos los interesados en la partición podrán pedirla, no obstante la prohibición del testador o cualquier convención en contrario (principio de “partición forzosa”). Pero se admite la prolongación temporaria del estado de indivisión cuando, por ejemplo: a) Lo acuerdan los herederos: el convenio de indivisión no podrá tener un plazo mayor de 10 años y, en caso que lo excediera, sólo tendrá validez por ese término. A su vencimiento, podrá renovarse por igual lapso. Si hubiere herederos incapaces (sujetos a los que se les restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv.), será necesario que el acuerdo sea homologado judicialmente (art. 52, ley 14.394); b) Otro supuesto de indivisión puede resultar de la aplicación del régimen del bien de familia. Constituido éste conforme con la ley, el bien queda indivisible mientras subsista el último de los beneficiarios (art. 49, ley 14.394). Sin embargo, procederá la desafectación a solicitud de la mayoría de los herederos, cuando el bien de familia se hubiere constituido por testamento, salvo que medie disconformidad del cónyuge supérstite o existan incapaces, caso en el cual el juez de la sucesión o la autoridad competente resolverá lo

penden en una sucesión. Tal contrato no importa la cesión del título o condición de heredero, que por su naturaleza es intransferible, sino solamente de los derechos patrimoniales (y consiguientes obligaciones) derivadas de tal carácter. La opinión dominante admite que el cesionario es un sucesor a título particular (en contra, ZANNONI, Eduardo A., *Derecho de las sucesiones*, 4ª edición, t. 1, Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 577.

que sea más conveniente para el interés familiar (art. 49 inc. b), ley 14.394).

Cuando los interesados en la partición son sujetos a los que se les restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv., sus representantes legales deben promoverla en su nombre. El art. 436, CCiv., impone a los curadores la obligación de solicitar la división; en tal caso, la partición será siempre judicial y con intervención del Ministerio de Menores e Incapaces (art. 3465 inc. 1º, CCiv.). El art. 3455 prevé que si el curador lo es de varios incapaces que tienen intereses opuestos en la partición, se le debe dar a cada uno de ellos un curador que los represente en la partición. Y si los curadores fueran también herederos, eventualmente se podrá nombrar un representante especial (curador especial) al solo efecto de la partición (art. 61, CCiv.).

La partición podrá ser en forma privada, judicial o mixta. La partición privada tiene lugar cuando todos los herederos son mayores de edad y capaces, y hay acuerdo unánime (art. 3462, CCiv.).

El art. 3465, CCiv., establece que las particiones serán necesariamente judiciales cuando haya incapaces interesados (inc. 1º).

La partición mixta es la que se realiza privadamente pero sometida a aprobación judicial. Algunos autores consideran que, además del caso previsto en el art. 3515, CCiv., hay un segundo supuesto de partición mixta no previsto expresamente por la norma: cuando los ascendientes intervienen directamente en la partición de la herencia en la que son herederos sus descendientes menores o incapaces (art. 3514 in fine, CCiv.) (94).

Habrá nulidad cuando debiendo ser judicial la partición, se han omitido formalidades esenciales del proceso judicial, tales como: la tasación, la aprobación por el juez, intervención del Ministerio de Menores e Incapaces (habiendo incapaces), si uno de los herederos intervinientes en la partición privada ha sido declarado incapaz. La nulidad relativa queda purgada por la confirmación posterior del acto.

(94) BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Sucesiones...cit., tomo I, p. 494; MAFFÍA, Jorge O., Tratado de las Sucesiones... cit., tomo I, pp. 667 a 669.

6. Capacidad para testar

El testamento (95) es un acto jurídico unilateral y personalísimo. Sólo puede ser otorgado personalmente por el causante; éste no puede dar poder a otro para testar ni dejar ninguna de sus disposiciones al arbitrio de un tercero (arts. 1890 y 3619, CCiv.).

La capacidad para testar se juzga en el momento en que se otorgó el testamento; no interesa si ella existía o faltaba en el instante de la muerte (art. 3613, CCiv.). Según el Código Civil los sujetos a los que se les restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141 son incapaces para testar. En este caso se trataría de un acto nulo, de nulidad relativa. Es indiferente que más tarde recupere su capacidad, ya que de cualquier modo el testamento es inválido. Sin embargo, debe dejarse a salvo la hipótesis de los intervalos lúcidos. Cifuentes, Rivas Molina y Tiscornia sostienen que son los herederos interesados los que deben probar que el causante hizo sus últimas disposiciones en perfecto estado de razón, sea al atravesar por un intervalo lúcido, sea por haber sanado, sin rehabilitación judicial, antes de morir y de disponer testamentariamente. Pero, aquellos intervalos deben ser suficientemente ciertos y prolongados como para asegurarse que la enfermedad había cesado por entonces (96).

Explican los autores que en este caso: "... se entra en el campo de los actos personalísimos, por cuanto las disposiciones testamentarias no pueden ser delegadas, ni asumidas discrecionalmente por otro en nombre del testador. Como estatuye el art. 3619, deben ser expresión directa de su voluntad y no es posible dejarlas al arbitrio de un tercero. Este aspecto asume una importancia capital, dado que si el representante de un incapaz —caso del curador del demente—, no tiene la facultad de hacer la declaración en nombre de aquél, la incapacidad de hecho se convierte en una imposibilidad legal que se identifica con la incapacidad de derecho, o sea, la de gozar o ser titular del derecho. Desde este punto de vista es

(95) El art. 3607, CCiv., define al testamento como el acto escrito, celebrado con las solemnidades de la ley, por el cual una persona dispone del todo o parte de sus bienes para después de su muerte.

(96) CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania... cit., p. 91.

conveniente una consideración no cerrada sino abierta [...] tal será la guía que oriente la determinación del alcance de las citadas dos normas en cuestión” (97).

Los autores se refieren a los arts. 3615, CCiv.: “Para poder testar es preciso que la persona esté en su perfecta razón. Los dementes sólo podrán hacerlo en los intervalos lúcidos que sean suficientemente ciertos y prolongados para asegurarse que la enfermedad ha cesado por entonces”; y 3616, CCiv.: “La ley presume que toda persona está en su sano juicio mientras no se pruebe lo contrario. Al que pidiese la nulidad del testamento, le incumbe probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones; pero si el testador algún tiempo antes de testar se hubiese hallado notoriamente en estado habitual de demencia, el que sostiene la validez del testamento debe probar que el testador lo ha ordenado en un intervalo lúcido”.

Para algunos autores (Machado, Prayones, Dassen, Spota, León) lo dispuesto en el art. 3615, CCiv., sólo se aplica a los dementes no declarados; los que se hallan interdictos no podrán testar ni aun en intervalos lúcidos, puesto que se trata de un incapaces absolutos y, por tanto, inhábiles para la celebración de cualquier acto jurídico. Por el contrario, otros autores (Borda) opinan que el art. 3615, CCiv., es aplicable a todos los dementes, estén o no declarados. Su fundamento es que no es exacto que los incapaces absolutos estén privados de realizar válidamente todo acto jurídico, pues son numerosos, y a veces importantes, los que pueden celebrar. Sostienen que existirían cierto tipo de enfermedades en que alternan períodos de demencia con otros de salud mental. Y aunque la enfermedad se mantenga latente o larvada, el sujeto actúa exteriormente con plena lucidez y conciencia.

Pero lo decisivo es que el art. 3615, CCiv., habla de dementes en general, sin establecer ninguna distinción entre los declarados y los que no lo están. Según Borda, es lógico que así sea ya que el fin de la ley es convalidar las disposiciones testamentarias siempre que el juez tenga el pleno convencimiento de que, en el momento de otorgarlas, el testador estaba en pleno uso de su

razón. No interesa que haya o no sentencia de interdicción. Lo importante, en cambio, es que el autor se halle lúcido en el momento del otorgamiento (de acuerdo: Molinas, Orgaz, Fornieles, Calatayud) (98).

Famá, Herrera y Pagano adhieren a la postura de Borda, pues “... comulga con el criterio teleológico que venimos propiciando de no vedarle al enfermo mental, interdicto o no, la posibilidad de que realice aquellos actos que sí se encuentran en condiciones de ejecutar por sí mismos” (99).

Veamos ahora qué ocurre con las personas que no tienen sentencia firme que restringe el ejercicio de su capacidad jurídica en los términos del art. 141, CCiv. La ley requiere que el otorgante se encuentre en su “perfecta razón” (art. 3615, CCiv.), en su “completa razón” (art. 3616, CCiv.). La ley brinda al juez la posibilidad de moverse dentro de límites más amplios para poder invalidar actos otorgados por personas que se hallan circunstancialmente privados de su plena lucidez en razón de su enfermedad, abuso de drogas, etc.

La ley presume que el causante se encontraba en su sano juicio, mientras no se pruebe lo contrario (art. 3616, CCiv.). La duda debe resolverse en favor de la validez del acto. El art. 3616, CCiv., sienta la presunción, salvo prueba en contrario, de que toda persona está en su sano juicio, incumbiéndole al que solicite la nulidad probar que el testador no se hallaba en su completa razón al tiempo de hacer sus disposiciones. Pero si el testador, algún tiempo antes de testar, se hubiere hallado notoriamente en estado habitual de demencia, se invierte la carga de la prueba y el que sostiene la validez del testamento es quien debe probar que el testador lo realizó en un intervalo lúcido.

Por último, respecto de las personas inhabilitadas en los términos del art. 152 bis incs. 1° y 2°, CCiv., Famá, Herrera y Pagano consideran que: “... a la luz de la premisa de la capacidad del inhabilitado, y teniendo en cuenta que el art. 152 bis sólo excluye los actos de disposición “entre vivos”, no es posible sostener su incapacidad para otorgar el acto testamentario. La sentencia de inhabilitación

(98) BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Sucesiones... cit., tomo II, pp. 165 a 166.

(99) FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, Salud mental... cit., p. 542.

(97) CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania... cit., p. 84.

no invierte la carga probatoria, manteniéndose vigente la presunción de capacidad dispuesta por el art. 3616 del Código Civil. Ello significa que quien quiera anular el acto de última voluntad, deberá acreditar la falta de discernimiento del inhabilitado al momento de otorgarlo, por aplicación de los principios generales en la materia” (100).

7. Capacidad para ser testigo

Todas las formas testamentarias requieren la presencia de testigos, salvo el testamento ológrafo. El art. 3709, CCiv., establece que: “No pueden ser testigos los que estén privados de su razón por cualquiera causa que sea. Los dementes no pueden serlo ni aun en los intervalos lúcidos”.

Se ha interpretado que quedan comprendidas en la prohibición, no solamente las personas a las que se les restringió el ejercicio de la capacidad jurídica en los términos del art. 141 del Código Civil, sino también los casos de ebriedad o intoxicación por ingesta de drogas, que prive a la persona de su plena conciencia.

8. Capacidad para ser designado albaceas

Con relación a la capacidad para ser designado albaceas (101), el art. 3846, CCiv., establece que: “El testador no puede nombrar por albacea sino a personas capaces de obligarse al tiempo de ejercer el albaceazgo, aunque sean incapaces al tiempo del nombramiento”.

De acuerdo a esta regla, se considera que no pueden ser albaceas no sólo los sujetos declarados incapaces en los términos del art. 141, CCiv., sino también los inhabilitados (art. 152 bis, CCiv.) (102).

XI. La limitación a la capacidad jurídica según el art. 152 ter del Código Civil

Un destacado aporte de la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 se encuentra en su art. 42

(100) FAMÁ, María Victoria, HERRERA, Marisa, PAGANO, Luz María, Salud mental... cit., p. 643.

(101) Albacea es la persona designada por el testador para hacer cumplir sus disposiciones de última voluntad.

(102) AZPIRI, Jorge O., Derecho sucesorio, 4ª edición, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, pp. 903 a 904; MAFFÍA, Jorge O., Tratado de las Sucesiones... cit., tomo II, p. 1554; BORDA, Guillermo A., Tratado de Derecho Civil. Sucesiones... cit., tomo II, pp. 540 a 541.

al incorporar el art. 152 ter al Código Civil, el cual introdujo en nuestro ordenamiento jurídico el sistema de capacidad gradual que ya respaldaba la jurisprudencia (103) y doctrina (104) imponente en la materia. Expresamente, el art. 152 ter establece que: “Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible”.

En primer lugar, cabe señalar que de la redacción de la norma se infiere que la ley no se propuso derogar el sistema de capacidad emergente del ordenamiento civil. Además, si el precepto remite a las “declaraciones judiciales de inhabilitación e incapacidad”, de ello se desprende claramente que el art. 152 ter no prevé un proceso autónomo a los de insania e inhabilitación, sino que comprende a ambos (105). En consonancia con lo expuesto, debemos recordar que en fecha 07/10/2011 el Presidente de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, a instancias de un planteo formulado por los Curadores Públicos, resolvió con acierto sustituir las voces “Insania” e “Inhabilitación” por la denominación “Art. 152 ter del Código Civil” para la carátula de los expedientes (106).

(103) En este sentido, se resolvió: “... la restricción a la capacidad debe serlo en la medida necesaria y apropiada para su bienestar (cf. art. 1 de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 25.280), proporcional y adaptada a las circunstancias de la persona y sujeta a exámenes periódicos (cf. art. 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la ley 26.378)” (CNCivil, Sala G, “G., R. I. s/ insania”, 15/7/2008, inédito).

(104) CIFUENTES, Santos, RIVAS MOLINA, Andrés, TISCORNIA, Bartolomé, Juicio de Insania... cit., pp. 279 a 281; FAMÁ, María Victoria, “Salud mental y derechos humanos: hacia un sistema de gradualidad de capacidades”, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia, n° 31, LexisNexis - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2005, p. 59.

(105) Ver OLMO, Juan Pablo, “El fin de los procesos de insania e inhabilitación”, suplemento de Doctrina Judicial. Procesal, DJ 21/03/12, La Ley, Buenos Aires.

(106) Por otro lado, se ha resuelto mantener el objeto de juicio “Inhabilitación (art. 152 bis, inc. 3° C.C.)” que refiere a los juicios por prodigalidad.

Sin embargo, si las sentencias de insania (art. 141, CCiv.) traen como consecuencia la incapacidad absoluta del sujeto (art. 54 inc. 3°, CCiv.), no es posible en esos términos especificar en una sentencia los actos que se limitan (art. 152 ter, CCiv.), puesto que la limitación como se dijo viene dada de pleno derecho y en forma absoluta.

Por lo tanto, interpretamos que en cualquiera de los casos el juez debe especificar los actos y funciones que limita, previendo entonces para cada uno de ellos formas de “representación” y “asistencia” (según una interpretación integral limitada al sistema del Código Civil únicamente) y “apoyos” para su ejercicio, con las debidas “salvaguardias” (por aplicación directa de la CDPD (107)), y partiendo siempre de una situación de capacidad genérica.

Es decir, lo que ha hecho el art. 152 ter, CCiv., es flexibilizar las soluciones dadas por los compartimientos estancos de los arts. 141 y 152 bis, CCiv., los cuales entendemos que resultan inaplicables para las nuevas sentencias que se dicten en lo sucesivo, ya que ahora en toda sentencia hay que especificar los actos que se limitan y prever la forma para su ejercicio (108). A su vez, por aplica-

(107) Aunque aquí ya nos excederíamos de los límites de nuestro trabajo.

(108) OLMO, Juan Pablo, “Casos que claramente ameritan una sentencia de incapacidad, aunque en realidad no”, comentario a fallo: Cámara de Familia de Mendoza, 2012-08-29, “T. A. A. s/insania” publicado en LLGran Cuyo 2013 (febrero), 17. Con criterio similar, se resolvió: “indudablemente, la reforma introducida por la Ley 26.657, ha flexibilizado la calificación legal de incapacidad anteriormente vigente, que proponía un encuadramiento tajante para quien era declarado tal, sin atender a la multiplicidad de situaciones que en los hechos se presentaban entre la incapacidad absoluta hasta la inhabilitación que presupone capacidad (CNCiv. Sala L, “A., J. C. s/ insania”, Expte. 66.572/2001, R. 66.572/2001, agosto de 2012). En efecto, la nueva ley de salud mental propone poner fin a las categorías cerradas y dar paso a un sistema mediante el cual, en rigor, la tradicional interdicción y la inhabilitación prevista por el art. 152 bis se desvanecen en una única categoría de capacidad genérica limitada respecto de ciertos actos jurídicos que el juez especifique en la sentencia (Famá, M. Victoria — Herrera, Marisa — Pagano, Luz M., “Salud Mental en el derecho de familia. Adenda de actualización. La Salud Mental desde la óptica de la Ley 26.657”, Hammurabi, p. 79). En este sentido, se ha señalado que podría entenderse que la incapacidad no será ya de la persona en sí, sino de ésta con relación a determinado/s acto/s jurídico/s... (Guahnon, Silvia — Seltzer, Martín “La sentencia en los juicios de insania e inhabilitación a la luz de la nueva ley de salud mental”, La Ley Doctrina Judicial

ción del principio de capacidad (arts. 52, 53 y 140, CCiv., y art. 3°, ley 26.657) aquello que no se haya limitado se resuelve a favor de la capacidad y de la autonomía personal del sujeto (109).

De lo señalado precedentemente se puede concluir que, en función de lo establecido en el art. 152 ter, CCiv., a partir de las sentencias que se dicten en tal sentido ya no se aplicará de pleno derecho lo dispuesto en los arts. 472, 1041 y 1048, CCiv., en lo atinente a los actos de carácter patrimonial. Además, en su caso y por los principios que introduce la ley 26.657, para autorizar al curador definitivo la realización de ciertos actos (ej.: en los casos que prevén los arts. 434 y 438, CCiv. (110) y el art. 443, CCiv., entre otros supuestos) el juez deberá tener en cuenta la opinión de la persona con padecimiento mental a la que se le restringió el ejercicio de la capacidad jurídica.

Lo mismo ocurre en relación a los actos de carácter personalísimo, como ser: contraer matrimonio, demandar la separación personal o el divorcio vincular, reconocer hijos, impugnar la filiación, ejercer la autoridad parental de los hijos menores de edad, ser designado tutor, adoptar, testar, aceptar o repudiar herencias, entre otros.

Llegados a este punto, debemos destacar que las soluciones de los arts. 141 (en concordancia con el art. 54 inc. 3°) y 152 bis, CCiv., no se condicen con el espíritu del nuevo artículo 152 ter, CCiv. Ello, por cuanto la declaración judicial de incapacidad importa la restricción en bloque de la capacidad civil, idea que justamente la reforma ha querido combatir; y que, por otra parte, el art. 152 bis, CCiv., ha quedado subsumido en la nueva figura innominada de la “capacidad jurídica a medida”. Por ende, también debió haberse derogado el inc. 3° del art. 54, CCiv., e incorporarse en todo caso un art. 54 bis si es que se pretendía rotularlos de alguna manera (111).

Año XXVI, Nro. 26 29/6/2011, pp. 93/101)” (CNCivil, Sala H, “F. A. B. s/ insania”, 19/11/2012, inédito).

(109) OLMO, Juan Pablo, PINTO KRAMER, Pilar, Comentario a la ley... cit.

(110) Aplicables a la curatela por remisión del art. 475, CCiv.

(111) OLMO, Juan Pablo, MARTÍNEZ ALCORTA, Julio A., “Artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: medidas de apoyo y de salvaguardia. Propuestas para su implementación en el régimen

Lo que ocurre es que nuestro Código Civil, entendido como un sistema, fue pensado originariamente por Vélez Sársfield a partir de una lógica en la cual el sujeto era plenamente capaz o un incapaz absoluto tras una sentencia que declarara su interdicción (art. 141, CCiv.). Dicho status jurídico se proyectaba sobre el resto del articulado del Código, tal como lo estuvimos viendo a lo largo de este trabajo —aunque limitando el análisis a los institutos del derecho de familia y derecho sucesorio—.

Luego, estas soluciones fueron flexibilizadas con la incorporación de la inhabilitación (art. 152 bis, CCiv.). A partir de entonces la persona a la que se le restringía la capacidad jurídica podía tener el rótulo de “incapaz” (art. 141, CCiv.) o, si la restricción era en los términos del art. 152 bis, CCiv., se concluyó que la persona seguía siendo “capaz” aunque con algunas restricciones. Esta incorporación hizo crujir el sistema y obligó a repensar los alcances del resto del articulado del Código, de lo cual también hemos dado cuenta en este trabajo.

Pero la cuestión se complica aún más cuando se analiza la proyección que tiene el art. 152 ter, CCiv., puesto que las disposiciones de nuestro Código no están pensadas en el marco de un diseño de capacidades graduales. Desde una interpretación integral, parece lógico concluir que desde su incorporación las nuevas sentencias a dictarse deberían serlo en esos términos, especificando actos y funciones a limitarse y la modalidad para su ejercicio, y siempre manteniendo su calidad de persona “capaz” aunque aquí también, al igual que lo ocurrido oportunamente con el art. 152 bis, CCiv., con algunas restricciones para ciertos actos, de mayor o menor extensión según el caso. En este orden, en principio una sentencia dictada en los términos del art. 152 ter, CCiv., no hace aplicable de pleno derecho lo normado v.gr., en el art. 309, CCiv., puesto que a la persona no se le ha declarado su interdicción (art. 141, CCiv.) ni su inhabilitación (art. 152 bis incs. 1° y 2°, CCiv.), siendo estos los presupuestos que activan dicha norma; salvo que en la sentencia específicamente se resuelva suspender el ejercicio de la responsa-

bilidad parental, puesto que cuadraría dentro de las facultades del juez.

Sin embargo, la solución se hace dudosa a los fines de aplicar algunas normas v.gr., el art. 1277, CCiv., puesto que si decimos que son “capaces” entonces no estarían alcanzadas por aquella protección dada a los “incapaces”, a menos que hagamos una interpretación extensiva de las normas según el caso. Probablemente este desfase sea la causa de la fuerte resistencia que se advierte en la práctica para dictar sentencias en los términos del art. 152 ter, CCiv.

De todas formas, no caben dudas que la incorporación del art. 152 ter al Código Civil amerita repensar todo el sistema de capacidad jurídica, donde los resortes de aplicación de algunas normas no estén vinculados a la “incapacidad” del sujeto.

XII. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

En el año 2006 se aprueba en el ámbito de Naciones Unidas la CDPD, la cual finalmente entra en vigencia para nuestro país en el año 2008 a través de su aprobación mediante ley 26.378, esto es, con anterioridad incluso a la incorporación del nuevo art. 152 ter al Código Civil mediante ley 26.657 del año 2010. El propósito de la CDPD es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente (art. 1° párr. 1°, CDPD). A modo de definición, se establece que las personas con discapacidad incluyen —al menos— a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás (art. 1° párr. 2°, CDPD). De modo que la CDPD deja atrás el “modelo médico-rehabilitador” por entonces imperante en la materia y, en su reemplazo, acepta el “modelo social” de discapacidad, según el cual las causas que dan origen a la discapacidad no son científicas, sino que son preponderantemente sociales (112).

jurídico argentino”, Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia. Derecho de Familia, n° 49, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, p. 45.

(112) En la evolución histórica del tratamiento dispensado a las personas con discapacidad, pueden distinguirse

En relación al tema que nos ocupa, a través de su art. 12 los Estados reconocen que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica (punto 1) y que tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (punto 2). Cabe destacar que la referencia a la “capacidad jurídica” incluye tanto la capacidad de derecho (de goce, de ser titular de derechos) como así también la capacidad de hecho (de obrar, de ejercer por sí los derechos de los cuales son titulares las personas con discapac-

tres modelos: 1. Desde el “modelo de prescindencia” se considera que las causas que dan origen a la discapacidad son religiosas, y que las personas con discapacidad no tienen nada que aportar a la sociedad. La principal consecuencia derivada de dichos postulados es la decisión de prescindir de estas personas. A su vez, se observa un primer submodelo eugenésico, según el cual la vida de una persona con discapacidad no tiene ningún sentido, y es asimismo considerada una carga social. Por tal motivo, niños y niñas eran sometidos a infanticidio o, en caso de que la diversidad funcional se adquiriera o detectase con posterioridad, la persona era objeto de burla o diversión, pudiendo también ser temida o perseguida. Según un segundo submodelo, el de marginación, las personas con discapacidad eran excluidas, confinadas a la marginación y la pobreza; 2. Desde el “modelo rehabilitador” se considera que las causas que dan origen a la discapacidad son científicas: una limitación física, psíquica, mental o sensorial individual de la persona. La vida de una persona con discapacidad se considera menos valiosa que la del resto de las personas, aunque esa suposición puede ser revertida en el caso de que la persona sea rehabilitada. La educación especial se convierte en una herramienta encaminada a la normalización de las personas, en tanto que la asistencia social y el empleo protegido pasan a ser sus principales medios de manutención. Las respuestas sociales se basan en una actitud paternalista y de subestimación, enfocadas en lo que las personas no pueden realizar por motivos de su diversidad funcional. En razón de ello, a través de institutos como la curatela se instrumenta un sistema de sustitución en la toma de decisiones. De este modo, se considera a la persona con discapacidad como un ser dependiente, inferior, que necesita ser rehabilitado a los efectos de recuperar su dignidad, tras lograr ocultar o eliminar su diferencia; 3. Finalmente, a través del “modelo social” se entiende que no son las limitaciones individuales las raíces del problema, sino las limitaciones de la sociedad para asegurar adecuadamente que las necesidades de todas las personas -incluyendo las que tengan una discapacidad- sean tenidas en cuenta dentro de la organización social. Se busca, entonces, eliminar las barreras impuestas por la sociedad que no permiten su plena inclusión, de modo de que las personas con discapacidad puedan ser aceptadas tal cual son. (PALACIOS, Agustina, *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, 2008, p. 37 y ss.).

idad). A continuación se prevé que los Estados adopten las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica (punto 3). Asimismo, los Estados asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Finalmente, se prevé que esas salvaguardias sean proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (punto 4).

El modelo social al cual se ha comprometido Argentina ante la comunidad internacional no habilita la posibilidad de incapacitar —aunque más no sea en forma parcial— a las personas para luego designarles un representante legal que sustituya su voluntad para la toma de decisiones, sino que, en todo caso, lo que se deberá hacer es proporcionar los apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica con las debidas salvaguardias. Este nuevo paradigma contrasta claramente con el diseño normativo que aún recepta nuestro Código Civil basado en el modelo “médico-rehabilitador”. Es decir, en un caso la variable de ajuste es la capacidad jurídica de la persona y en el otro lo es la extensión e intensidad (113) de los apoyos para la toma de decisiones, que incluso podrán implicar formas de representación para determinados actos. Pero ya no nos referimos a la representación entendida como “sustitución en la toma de decisiones” —tal como la recepta nuestro Código Civil (cf. arts. 377, 411 y 413, CCiv.) tras incapacitar total o parcialmente a la persona (arts. arts. 54 inc. 3°, 57 inc. 3°, 141, 152 bis y 152 ter, CCiv.)— lo cual es rechazado por la CDPD; sino a una forma de

(113) Preámbulo de la CDPD: “... j) Reconociendo la necesidad de promover y proteger los derechos humanos de todas las personas con discapacidad, incluidas aquellas que necesitan un apoyo más intenso”.

representación que sea ejercida en el marco de los principios de la CDPD y para la toma de decisiones respetuosas de la voluntad, deseos y preferencias de la persona, que reconozca su plena capacidad jurídica y autonomía. Pues, “lo que la Convención de la ONU exige es que el apoyo se sustente en la confianza, se proporcione con respeto, y en ningún caso en contra de la voluntad de la persona con discapacidad” (114).

Para una mejor comprensión, es dable señalar que en fecha 27/09/2012 se aprobaron las Observaciones sobre Argentina formuladas por el Comité de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (115), en respuesta al informe presentado por nuestro país en los términos del art. 35, CDPD. Entre ellas, cabe mencionar que el Comité: “... observa con preocupación que en la armonización de la Convención con el ordenamiento jurídico nacional persisten importantes inconsistencias con los principios y mandatos de este tratado; especialmente, en lo relativo al igual reconocimiento de la persona con discapacidad ante la ley...” (párr. 5); “... expresa su máxima preocupación por las inconsistencias observadas tanto en parte de la legislación vigente, como en los proyectos de ley en actual tramitación

en el Estado parte, que se basa o continúa basándose en el modelo sustitutivo de la voluntad de la persona, en clara contradicción con el artículo 12 de la Convención. Le preocupa también la resistencia por parte de algunos operadores judiciales para poner en práctica la normativa que establece limitaciones a la discrecionalidad judicial para restringir la capacidad jurídica de las personas con discapacidad” (párr. 19); “... urge al Estado parte a la inmediata revisión de toda la legislación vigente que, basada en la sustitución de la toma de decisiones, priva a la persona con discapacidad de su capacidad jurídica. Al mismo tiempo, lo insta a que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplace el régimen de sustitución en la adopción de decisiones por el apoyo en la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. El Comité le recomienda además la puesta en marcha de talleres de capacitación sobre el modelo de derechos humanos de la discapacidad dirigida a jueces con la finalidad de que estos adopten el sistema de apoyo en la toma de decisiones en lugar de la tutela y la curatela” (párr. 20); “... expresa su preocupación por las inconsistencias contenidas en el proyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial con la Convención, ya que conserva la figura de la interdicción judicial y deja a total discreción del juez la decisión de designar un curador o de determinar los apoyos necesarios para la toma de decisiones de las personas con discapacidad” (párr. 21); “... insta al Estado parte a que el Proyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial elimine la figura de la interdicción judicial y que garantice en dicho proceso de revisión la participación efectiva de las organizaciones de personas con discapacidad” (párr. 22).

Vale recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido a los órganos de los tratados como únicos “intérpretes autorizados”, estableciendo que los tribunales locales deben adecuarse a dicha interpretación (116).

Por lo tanto, si dijimos que la incorporación del art. 152 ter ha obligado a repensar todo el sistema de capacidad jurídica del Código Civil, más aún lo será si lo analizamos a la luz de la CDPD, ya

(114) Destacamos que en la “Observación General del Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, sobre la necesidad de interpretar el artículo 1.2, Inciso B) in fine de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, en el marco del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”, el citado Comité sostuvo: “El Comité está consciente de que una modificación de la normativa interna de los Estados parte de la Convención llevará un tiempo considerable, no obstante, ello no impide dejar claro, desde ahora, que efectivamente la figura de la interdicción constituye una discriminación para las personas con discapacidad y que debe abogarse no por un régimen de curatela sino por un régimen de representación. La afirmación de que este régimen sí es discriminatorio reposa sobre el hecho de que las personas con discapacidad, para poder tener una representación legal después de su mayoría de edad deben ser declarados interdictos o insanos, por lo cual se sugiere encontrar un modelo de representación que no tenga que ver con la insania o la interdicción de modo que se asemeje al de cualquier otra persona. (http://pablorosales.com.ar/es/wp-content/uploads/2011/05/CEDDIS_RES-1_I-E-11-Observacion-general-sobre-art%C3%ADculo-I-2b_-de-la-Convencion-OEA-art-12-Res-ONU.dot.pdf, consultado en fecha 29/11/2013).

(115) CRPD/C/ARG/CO/1.

(116) Fallos “Aquino” (Fallos: 327:3753), “Vizzoti” (Fallos: 327:3677), “Maldonado” (Fallos: 328:4343) y “Torrillo” (Fallos: 332:709).

que no se podrá seguir hablando en términos de “incapacidad” o de personas “incapaces”.

XIII. El Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación

Al cierre de este trabajo el Senado de la Nación había dado “media sanción” al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, con algunas modificaciones al texto originario presentado por el Ejecutivo. (117) El Proyecto según el texto aprobado y que ahora pasa a la Cámara de Diputados para su tratamiento, prevé en su art. 22 que toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos (capacidad de derecho); a la vez que puede ejercer por sí misma sus derechos (capacidad de ejercicio), excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial (art. 23). Son consideradas personas incapaces de ejercicio: “... c] la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión” (art. 24). Ello remite al art. 32, el cual habilita el dictado de sentencias que restrinjan la capacidad jurídica para determinados actos, en cuyo caso se determinarán los apoyos necesarios para la toma de decisiones (118); a la vez que se permite, excepcionalmente, la declaración de incapacidad y consecuente designación de curador (119). Lo dicho debe complementarse con el art. 38 referido a los alcances de la sentencia (120). Resta señalar

(117) Mensaje del P.E.N. n° 884/2012.

(118) Art. 32 Proyecto: “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes” (párr. 1°). “En relación con dichos actos, el juez debe designar el o los apoyos necesarios que prevé el artículo 43, especificando las funciones con los ajustes razonables en función de las necesidades y circunstancias de la persona” (párr. 2°). “El o los apoyos designados deben promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida” (párr. 3°).

(119) Art. 32 Proyecto: “Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interactuar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulta ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador” (párr. 4°).

(120) Art. 38 Proyecto: “Alcances de la sentencia. La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan,

que la inhabilitación ha quedado reducida a los casos de prodigalidad (arts. 48 a 50) (121).

Los arts. 44 a 46 regulan la nulidad de los actos realizados por personas incapaces o con capacidad restringida. (122) Está previsto que las personas incapaces ejerzan por medio de sus representantes los derechos que no pueden ejercer por sí (art. 100). Son sus representantes: “... c] de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, éstos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre” (art. 101). Los sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad están regulados en el art. 43 (123), en tanto que la

procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores de acuerdo a lo establecido en el artículo 32 de este Código y señalar las condiciones de validez de los actos específicos sujetos a la restricción con indicación de la o las personas intervinientes y la modalidad de su actuación”.

(121) Art. 48 Proyecto: “Pródigos. Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio...”

(122) Art. 44 Proyecto: “Actos posteriores a la inscripción de la sentencia. Son nulos los actos de la persona incapaz y con capacidad restringida que contrarían lo dispuesto en la sentencia realizados con posterioridad a su inscripción en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas”. Art. 45 Proyecto: “Actos anteriores a la inscripción. Los actos anteriores a la inscripción de la sentencia pueden ser declarados nulos, si perjudican a la persona incapaz o con capacidad restringida, y se cumple alguno de los siguientes extremos: a) la enfermedad mental era ostensible a la época de la celebración del acto; b) quien contrató con él era de mala fe; c) el acto es a título gratuito”. Art. 46 Proyecto: “Persona fallecida. Luego de su fallecimiento, los actos entre vivos anteriores a la inscripción de la sentencia no pueden impugnarse, excepto que la enfermedad mental resulte del acto mismo, que la muerte haya acontecido después de promovida la acción para la declaración de incapacidad o capacidad restringida, que el acto sea a título gratuito, o que se pruebe que quien contrató con ella actuó de mala fe”.

(123) Art. 43 Proyecto: “Concepto. Función. Designación. Se entiende por apoyo 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. El interesado puede proponer al juez la

curatela, en los arts. 138 —que remite a las reglas de la tutela (arts. 104 a 137)— a 140.

La proyección sobre el resto del articulado referido al Derecho de Familia y Sucesorio en el Proyecto está dada en razón de la “incapacidad” y la “capacidad restringida” de las personas: art. 103 (actuación del Ministerio Público), arts. 110 inc. j] y 135 inc. b] (tutela), arts. 245, 249 inc. d], 250 y 255 incs. a] y b] (vivienda), arts. 455, 458 y 477 inc. d] (régimen patrimonial del matrimonio), art. 526 inc. a] (uniones convivenciales), art. 555 (deberes y derechos de los parientes), arts. 581 y 582 párr. 4° (acciones de filiación), art. 603 inc. a] (adopción), arts. 674, 675 y 698 inc. a] (responsabilidad parental), arts. 707 y 720 (procesos de familia), art. 2281 inc. d] (indignidad para suceder), art. 2297 (aceptación de la herencia), art. 2331 párr. 2° (pacto de indivisión), art. 2371 inc. a] (partición judicial), arts. 2467 inc. d] y 2481 párr. 3° (testamentos) arts. 2528 párr. 1° y 2531 párr. 1° (albaceas) y arts. 2640 y 2641 (derecho internacional privado), entre otros.

Finalmente, un caso particular se da en la mejora a favor del heredero, donde el resorte para la aplicación de la norma no es la restricción —total o parcial— a la capacidad jurídica sino la “discapacidad” (art. 2448); pudiéndose también mencionar dentro de la materia tratada lo dispuesto en los arts. 48 (inhabilitación), 59 “in fine” (consentimiento para actos médicos e investigaciones en

designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo. El juez debe evaluar los alcances de la designación y procurar la protección de la persona respecto de eventuales conflictos de intereses o influencia indebida. La resolución debe establecer la condición y la calidad de las medidas de apoyo y, de ser necesario, ser inscripta en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas.

salud), 455 párr. 1° (régimen patrimonial del matrimonio), 526 inc. a] (uniones convivenciales) y 2391 (beneficios hechos al heredero).

XIV. Palabras de cierre

A lo largo de este trabajo hemos definido el régimen de incapacidad por interdicción (art. 141, CCiv.) y de limitación a la capacidad que prevé la inhabilitación (art. 152 bis, CCiv.), y evidenciamos su proyección sobre algunos aspectos de los distintos institutos del Derecho de Familia y Derecho Sucesorio; como así también el impacto que ha provocado la incorporación del art. 152 ter al Código Civil. Todo ello, tal como dijimos, según una interpretación de este Código entendido como un sistema en sí mismo. Este primer nivel de análisis fue sobre el cual aquí hemos avanzado.

Sin embargo, si pretendemos avanzar un nivel más, entonces al Código Civil hay que entenderlo como un subsistema dentro del régimen de capacidad jurídica, en el cual debemos incluir también —y muy especialmente— la normativa de jerarquía superior y rectora en la materia: la CDPD. De modo que, en tiempos de discusión sobre la unificación de los códigos civil y comercial, si aspiramos a un nuevo cuerpo normativo respetuoso de la CDPD no sólo se deberá excluir toda posibilidad de dictar sentencias de incapacitación o de otra índole que impliquen tomar la capacidad jurídica como variable de ajuste, sino que se tendrá que receptar un sistema integral cuyas cláusulas se activen y sean aplicables aun sobre la base de personas plenamente capaces, aspecto que por ahora parece algo invisibilizado en las discusiones doctrinarias. Esperamos, pues, haber hecho un aporte en la construcción de ese arduo camino. ♦

El abordaje interdisciplinario de la Salud Mental. Situación actual a partir de la ley 26.657 y el Decreto 603/2013 (1)

POR CARLOS MUÑIZ

Sumario: I. Introducción.— II. El concepto de interdisciplina.— III. El trabajo interdisciplinario: ventajas y desafíos.— IV. Lo “interdisciplinario” en la legislación argentina.— V. El abordaje interdisciplinario de la salud mental. Ley 26.657 y Dto. 603/2013.— VI. Doctrina. Cuestiones planteadas.— VII. Dictamen y responsabilidad profesional. Una última fuente de inconsistencia.— VIII. Situación actual. Aspectos a considerar a modo de cierre.

I. Introducción

El abordaje interdisciplinario de la salud mental ha sido planteado por la ley 26.657 como una respuesta necesaria a fin de alcanzar una visión integral de la problemática que permita dar respuesta a los problemas que presenta el actual sistema de salud mental caracterizado por el alto nivel de internaciones; la asignación primordial de los recursos a instituciones monovalentes; la alta incidencia de pobreza en los pacientes institucionalizados; la ausencia de garantías procesales y judiciales en la legislación anterior; la insuficiencia de acciones comunitarias de promoción de la salud y problemas de violación de derechos humanos en documentados en instituciones en el marco del modelo de atención asilar (2).

No es la primera mención en la legislación a la idea de interdisciplinaria como respuesta a determinadas problemáticas, y frente a la necesidad de lograr una visión integral de ellas. Sin embargo,

(1) Se agradece la colaboración en el presente trabajo del Dr. Nicolás Lafferriere, del Dr. Sergio César Santiago y de todos los participantes en la Jornada de Actualización en Derecho Civil de las Personas que se desarrolló en el Centro de Gestión y Capacitación Judicial “Dr. Mario dei Castelli”, Misiones. Los errores que subsisten son de exclusiva responsabilidad del autor.

(2) Dossier sobre la Ley de Salud Mental del Colegio de Trabajadores Sociales de la Provincia de Buenos Aires. Cit. por MACCAGNO, Guillermo y VÍTOLO, Fabián, “La Ley Nacional 26.657 de Salud Mental. Comentarios y controversias”, *Microjuris*, MJ-DOC-6362-AR | MJD6362, 2013

es difícil encontrar respuestas en la normativa positiva sobre el significado concreto que se le da a este mandato, ni en cuanto a la modalidad de trabajo y objetivos buscados, ni en cuanto a la integración de los equipos tanto en cuanto se refiere a sus recursos profesionales como económicos.

En la presente contribución intentaremos determinar qué obligaciones impone la ley de salud mental y su decreto reglamentario 602/2013, y cuáles son los desafíos que se imponen a los responsables de su puesta en funcionamiento. Para ello en una primera parte, intentaremos comprender el significado del concepto de interdisciplina, de forma de definir en la mayor medida posible los alcances e implicaciones de su elección por parte del legislador. En un segundo momento, analizaremos las ventajas y desafíos que presenta dicha modalidad de abordaje. Luego se presenta un relevamiento de la presencia de lo interdisciplinario en la legislación vigente, para enfocarnos luego en el tratamiento concreto que surge de la ley 26.657 y el Decreto 603/2013. Finalmente, presentaremos el debate doctrinario en torno a la problemática y los desafíos que presenta el contexto actual.

II. El concepto de interdisciplina

La consistente referencia del legislador a la necesidad de un abordaje interdisciplinario para el problema de la salud mental, nos permite partir de la base de que el uso de dicho término corresponde a una opción razonada y concreta de un modelo de tratamiento de la cuestión. Es decir, no

puede entenderse que la referencia al concepto de interdisciplina haya sido resultado de un error, sino por el contrario una apuesta a un modo de abordaje de características particulares.

Consecuentemente, para entender lo que está en juego, se imponen una serie de interrogantes como condición previa para el análisis: ¿Qué es la interdisciplina? ¿Qué particularidades debe presentar un abordaje para poder ser caracterizado como “interdisciplinario”? Excede largamente el objeto de este trabajo el responder en forma definitiva a la problemática que suscita el concepto de interdisciplina. No obstante, se intentará dar una primera aproximación que permita una mejor comprensión de la voluntad legislativa en materia de salud mental, sus proyecciones y su factibilidad.

Para responder a estas preguntas un acercamiento clásico consiste en distinguir la “interdisciplina” de la “multidisciplina” y la “transdisciplina”. Si bien en muchos casos en el lenguaje común suele usárselos como sinónimos, podemos decir que en sentido técnico la literatura especializada establece una distinción entre los tres conceptos (3). No obstante, dicha diferenciación no resulta una tarea sencilla, dado que se trata de términos multívocos y cuyas fronteras semánticas no resultan necesariamente claras y terminantes. Las diferentes definiciones de estos términos responden principalmente a las distintas motivaciones que dan origen a cada modalidad de abordaje, y a sus variantes en términos metodológicos. No obstante, las definiciones más recientes comparten como criterio de diferenciación la presencia o ausencia de un trabajo de integración entre los saberes y su mayor o menor grado de concreción práctica.

En este contexto, cuando se habla de “multidisciplina” o “pluridisciplina” se hace referencia a una yuxtaposición de disciplinas, sin que ello requiera de ninguna actividad integrativa entre ellas (4). “La multidisciplinariedad es una forma de utilización

del saber de dos o más disciplinas en las que no se elabora ninguna actividad, aproximación o metodología para lograr una integración” (5). Los aportes de cada disciplina se hacen por separado y son sumados sin que ello requiera de un trabajo de consistencia con relación a sus supuestos filosóficos, metodológicos o epistemológicos. La multidisciplina se refiere concretamente a todos aquellos abordajes que suman aportes de naturaleza sectorial y estrictamente disciplinar, sin generar un diálogo o integración entre ellos.

La “interdisciplina” es un concepto que trasciende a la “multidisciplina” en cuanto al menos requiere de un primer esfuerzo de integración. Este enfoque surge en primer lugar del reconocimiento de la complejidad de los problemas del mundo real, cuya solución no siempre (probablemente casi nunca) se agota con el análisis que pueda ser realizado dentro de las fronteras de una disciplina, aislada del resto del saber científico. La interdisciplina resiste los múltiples intentos de definirla (6). No obstante, es claro que aún en su definición minimalista requiere integrar de alguna manera en el abordaje de un problema concreto elementos distintivos de diferentes disciplinas. Las fronteras de este concepto son difusas, al punto que Nissani (7) se permite ubicar la idea en algún punto de un *continuum* fluido con dos polos que representan de un lado el saber estrictamente disciplinar y por el otro una gran síntesis del saber humano. El nivel de riqueza interdisciplinaria estaría dado por el número de disciplinas involucradas en el análisis, la “distancia” teórica entre ellas, la creatividad involucrada en la combinación de los elementos y finalmente el grado de integración alcanzado (8). Este último aspecto es tal vez el rasgo más característico de la interdisciplina.

Bunge propone una diferenciación entre multidisciplina e interdisciplina sobre la base de un criterio lógico. Mientras que la multidisciplina resultaría de la unión entre los enfoques de dos

(3) KLEIN, Julie Thompson, *Interdisciplinarity. History, Theory and Practice*, Wayne State University Press, Detroit, 1990, 55, cit. por AA.VV., *Investigación, Integración del Saber e Interdisciplinariedad (Parte I)*, Consonancias, N° 2, Universidad Católica Argentina, Dic. 2002; Lértora Mendoza, Celina A. Enfoque epistemológico de los problemas de interdisciplinariedad, en polylog, 2000 /online <http://them.polylog.org/1/alc-es.htm>.

(4) Consonancias, N° 2, op. cit.

(5) Universidad de Gotemburgo, cit. en Consonancias, N° 2, op. cit.

(6) NISSANI, MOTI (1995), “Fruits, Salads, and Smoothies: A Working Definition of Interdisciplinarity”, *Journal of Educational Thought*, 29: 119-126.

(7) NISSANI, op. cit.

(8) NISSANI, op. cit.

disciplinas, la interdisciplina consistiría en su intersección (9).

En síntesis, se observa a partir de este ideal de integración propuesto, y más allá de las definiciones que se han esbozado o puedan esbozarse en el futuro, la idea de interdisciplinariedad implica un esfuerzo de diálogo que permita trascender las fronteras de cada disciplina para generar un enfoque novedoso, creativo y crítico del *status quo* que resulte de una concepción de los saberes como compartimentos estancos, aun cuando no se superen los límites de cada disciplina.

Por último, la idea de “transdisciplina” contempla principalmente dos dimensiones. En la primera de sus connotaciones implica un proceso en el cual miembros de distintos campos trabajan en forma mancomunada durante un período de tiempo extendido para desarrollar un nuevo marco metodológico y conceptual con el fin de trascender los abordajes teóricos propios de cada disciplina. La segunda dimensión del concepto surge del acercamiento a su definición desde la base de los problemas, planteando lo transdisciplinario como el resultado de un conocimiento que no puede ser alcanzado dentro de las fronteras propias de las disciplinas (10).

A modo de conclusión parcial, debemos señalar que si bien el concepto de interdisciplina presenta fronteras difusas, responde a un modo de abordaje que conceptualmente puede distinguirse de otros y que claramente excluye una mera yuxtaposición de saberes, exigiendo un esfuerzo de integración. El uso por parte del legislador, por su reiteración y énfasis, no puede ser simplemente pasado por alto como fruto del azar o una distracción, sino como un mandato preciso sobre la modalidad de abordaje requerida legalmente para la problemática de la salud mental. En la práctica, ello plantea una serie de desafíos de naturaleza compleja, que

deberán sortearse para aprovechar la riqueza del trabajo interdisciplinario

III. El trabajo interdisciplinario: ventajas y desafíos

A partir de la caracterización del concepto de interdisciplina que se presentó en el punto anterior, es que pueden tratarse las principales características que este tipo de trabajos presentan empíricamente, sus dificultades (tanto aquellas de orden epistemológico y práctico), sus ventajas, y aspectos a considerar en forma previa a su puesta en práctica. Ello es necesario para empezar a pensar en concreto que implicaría la construcción de un sistema que permita la realización en forma adecuada del abordaje interdisciplinario de la salud mental, tal como lo prevé la ley 26.657 y el Decreto 603/2013. Excede la extensión de la presente contribución un relevamiento completo de la literatura científica en materia de trabajo interdisciplinario, pero a pesar de ello se presentan aspectos que resulta necesario destacar a fin de ilustrar sobre la complejidad de la implementación de la propuesta del legislador.

Para un trabajo verdaderamente interdisciplinario, la primera dificultad a superar antes que las barreras de orden estrictamente disciplinar, parten de aspectos filosóficos y epistemológicos. Tal como lo señalan Connelly y Anderson (11), no es fácil conciliar conclusiones de profesionales que aún provenientes de una misma disciplina, no coinciden sobre aspectos metodológicos y enfoques de base. A modo de ejemplo, aún dentro de una misma ciencia, podemos encontrar enfoques de tipo empirista o positivista (aunque más frecuentes en las ciencias “duras”) y acercamientos de tipo holista y con una perspectiva más cualitativa (más afines a las ciencias sociales). Conciliar este tipo de diferencias de base para poder establecer un diálogo que permita alcanzar un marco teórico común para el abordaje sistemático de la problemática es un primer obstáculo que se plantea necesariamente, y que presenta implicaciones prácticas que pueden observarse inmediatamente, si lo que se pretende es alcanzar un trabajo verdaderamente interdisciplinario y

(9) BUNGE, Mario, “Construyendo puentes entre las Ciencias Sociales”, en AA.VV. Desigualdad y globalización/cinco conferencias, Buenos Aires, Manantial/Universidad de Buenos Aires, p. 65.

(10) Interdisciplinarity: problems of teaching and research in universities. Paris: Organization for Economic Cooperation and Development, 1972, cit. por Consonancias Nº 2, op. cit.; Klein, Julie T. “Evaluation of Interdisciplinary and Transdisciplinary Research A Literature Review”, Am J Prev Med 2008; 35(2S):S116-S123.

(11) CONNELLY, Steve, ANDERSON, Clive, “Studying water: reflections on the problems and possibilities of interdisciplinary working Interdisciplinary Science Reviews, 2007, vol. 32, no. 3, pp. 213-220.

no una mera acumulación de contribuciones de profesionales sin un esfuerzo integrativo. Para su resolución, se plantea la necesidad de tener esto en cuenta a la hora de conformar equipos, procurando integrar profesionales que compartan criterios comunes de base, tengan enfoques que puedan resultar compatibles y complementarios o bien cuenten con la suficiente capacidad de diálogo para alcanzar un marco de referencia teórico común.

A los fines de este trabajo también es importante destacar en primer término el trabajo empírico llevado adelante por Körner (12), en el cual se realizó una comparación de resultados de equipos médicos que llevaron adelante trabajos conforme abordajes caracterizados como multidisciplinarios, interdisciplinarios y mixtos, respectivamente. El abordaje *multidisciplinario* fue caracterizado a los fines de este estudio como aquel orientado sobre la base estrictamente disciplinar, con profesionales de diversas profesiones trabajando en paralelo con una amplia autonomía de trabajo, definiciones claras de roles y subordinación jerárquica al profesional médico a responsable de coordinar los tratamientos. La comunicación entre profesionales es limitada y canalizada generalmente a través de las instancias jerárquicas comunes, y es infrecuente como consecuencia de este modelo la superposición de funciones de profesionales de diversas disciplinas. El abordaje *interdisciplinario* en cambio es caracterizado como aquel en el cual los profesionales trabajan en contacto regular y en forma colaborativa para definir los objetivos y planes del tratamiento de sus pacientes. Idealmente no hay distinciones de jerarquía entre los profesionales y hay un alto nivel de cooperación y comunicación entre los integrantes del equipo. Los resultados del trabajo muestran en principio un mejor desempeño y mejores niveles de satisfacción con los resultados de los equipos integrados conforme el modelo interdisciplinario (13). Esta ventaja que resulta

de la organización del equipo y su dinámica de trabajo, resulta un aval para la modalidad de abordaje de la salud mental planteada por nuestro legislador.

No obstante, la constitución de equipos que presenten las características de base que fueron tomados para obtener estos resultados requiere de un trabajo que de quedar reducido sólo a la letra de la ley puede llevar a resultados no deseados. En consecuencia, el primer desafío que se plantea en la práctica clínica y forense, es lograr establecer las condiciones para alcanzar una dinámica de trabajo en equipo, que permita la cooperación y comunicación constante requerida para este tipo de abordaje. Ello no resulta evidente, vista las potenciales limitaciones de recursos presupuestarios, profesionales, tecnológicos y de infraestructura edilicia. Para que la propuesta no se convierta en letra muerta se requiere entonces que el estado provea de una dotación de recursos adecuados con la finalidad propuesta. La experiencia en nuestro país nos permite plantear algunas reservas en cuanto a una la posibilidad de que se observen diferencias en los niveles de implementación entre las distintas jurisdicciones, a causa de razones de orden presupuestario. En este sentido Fama y Pagano ya han señalado en el contexto del análisis de la ley de Salud Mental que “cuando se alude al enfoque o trabajo interdisciplinario, dicho requisito no se satisface con la actuación individual de varios profesionales de distintas disciplinas. La intervención debe ser conjunta o mancomunada. El enfoque interdisciplinario requiere de la comunicación e interrelación de las distintas incumbencias, y precisa —además— de la intervención de otros especialistas, fuera de quienes se dedican al estudio de la psiquis humana, abriendo lugar a aquellos otros que se ocupan de intervenir en los sistemas sociales en los que se desenvuelve la persona. Es por ello que consideramos que la conformación del equipo interdisciplinario exigido por la ley no se agota con la intervención de psiquiatras y psicólogos—que es lo usual—, sino que requiere necesaria y mínimamente de la actuación de un trabajador social.”

(12) KÖRNER, Mirjam, “Interprofessional teamwork in medical rehabilitation: a comparison of multidisciplinary and interdisciplinary team approach”, *Clinical Rehabilitation* 2010; 24: 745-755.

(13) No obstante su relevancia, en particular ante la escasez de estudios empíricos sobre el tema, el trabajo presenta algunas limitaciones metodológicas, en particular con relación a la subjetividad de los indicadores. Para alcanzar conclusiones más firmes se requeriría contar con estudios

complementarios que trabajen sobre variables objetivas. Excede el objeto de esta contribución dar una respuesta definitiva a la problemática, y a pesar de este comentario, deben considerarse los resultados como un primer esfuerzo importante para el estudio de la cuestión.

IV. Lo “interdisciplinario” en la legislación argentina

La ley 26.657 no es la única norma que plantea la necesidad de un abordaje interdisciplinario de ciertas problemáticas. La idea de un abordaje interdisciplinario sobre distintos temas ha sido planteada en varias normas. La interdisciplina se presenta reiteradamente en nuestra legislación más reciente, lo cual refuerza la idea de que la referencia a este tipo de modalidad no es resultado de un descuido. En tal sentido podemos citar:

1. Ley 26.845 (art. 5º, inc. 3) que requiere un abordaje sistemático e interdisciplinario de la promoción de la donación de órganos.

2. Ley 26.813 que reforma varios artículos de la ley 24.660 y establece la intervención de un equipo interdisciplinario del juzgado de ejecución para la autorización de decisiones que afecten la modalidad de cumplimiento de las penas privativas de la libertad;

3. Ley 26.485 que prevé la intervención de equipos interdisciplinarios en diversas instancias para el abordaje de la problemática de la violencia contra la mujer;

4. Ley 25.543 que establece la obligatoriedad para los establecimientos de salud de contar con un equipo interdisciplinario para contener y asesorar a las pacientes y a su entorno familiar durante el embarazo, parto y puerperio en caso que el test diagnóstico de HIV resultare positivo.

5. Ley 24.901 que establece en su artículo 12 que la permanencia de una persona con discapacidad en un servicio determinado deberá pronosticarse estimativamente de acuerdo a las pautas que establezca el equipo interdisciplinario y prevé la necesidad de intervención de dicho equipo para su orientación a otro servicio cuando presente un cuadro crónico con signos evidentes de detención o estancamiento. Asimismo, en su artículo 26 se prevé la participación de equipos interdisciplinarios en los Centros de Rehabilitación Psicosfísica. Posteriormente, la ley 26.480 incorpora al texto de la ley 24.901 la obligación de brindar asistencia domiciliaria a personas con discapacidad para las entidades obligadas, por indicación de un equipo interdisciplinario.

No obstante, a pesar de la constante referencia a la necesidad de tratamiento interdisciplinario,

ninguna de estas leyes menciona en concreto cómo se integran los respectivos equipos.

Algunas normas en cambio no se limitan a plantear simplemente la necesidad de un equipo interdisciplinario, sino que avanzan en mayor o menor medida en detalles sobre su integración. En este sentido, a nivel nacional la ley 24.121 sobre Implementación y Organización de la Justicia Penal dispone que el personal integrante de los equipos interdisciplinarios previstos en su texto, esté formado por un cuerpo de profesionales Médicos, Psiquiatras, Psicólogos y Asistentes sociales. La ley 24.742 sobre Comités Hospitalarios de Ética prevé en su artículo 2º que *“Los Comités Hospitalarios de Ética funcionarán como equipos interdisciplinarios integrados por medicas, personal paramédico, abogados, filósofos y profesionales de las ciencias de la conducta humana, que podrán pertenecer o no a la dotación de personal del establecimiento. Desarrollarán su actividad dependiendo de la dirección del hospital, y quedarán fuera de su estructura jerárquica.”*

Un caso especial que merece atención puede encontrarse en las leyes 3301 sobre Comités de Ética de Investigación y 3302 sobre Comités de Bioética, dictadas por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires. En la primera de estas normas, para los CEI la ley prevé una integración de carácter “independiente y multidisciplinaria” (14). Luego detalla con mucha precisión requerimientos para su conformación: a. exige una integración proporcionada de personas de distinto sexo, con un número mínimo de siete integrantes y un máximo de quince; b. exige la presencia de al menos un especialista en metodología de la investigación, un abogado, un miembro de la comunidad ajeno a profesiones sanitarias, y un médico investigador; c. exige una capacitación de todos los miembros permanentes en ética de la investigación; d. obliga a convocatorias abiertas y transparentes para la selección de los integrantes; e. fija un plazo de duración de tres años en los cargos; f. exige un mecanismo de rotación para renovar los integrantes manteniendo. Por su parte, la ley 3302 establece que los Comités de Bioética son *“órganos interdisciplinarios, intersectoriales e interinstitucionales*

(14) Llama la atención la referencia a “multidisciplinaria” en lugar de “interdisciplinaria”. Especialmente dado que la ley 3302 dictada inmediatamente establece un carácter “interdisciplinario” para los Comités de Bioética.

cuyo objeto principal es el asesoramiento y la docencia sobre la problemática hospitalaria". En cuanto a su conformación prevé que ella se realice "por un grupo de profesionales y no profesionales relacionados al ámbito de la salud, del derecho, de las ciencias sociales u otros ámbitos vinculados a la bioética, no perteneciendo ningún integrante a la estructura jerárquica del hospital".

Se presenta en este punto la siguiente dificultad: por una parte hay claramente un consenso político en que lo "interdisciplinario" debe estar presente en todos lados, trasciende todas las fronteras y todo lo puede, pero por el otro hay una ausencia prácticamente total de orientaciones sobre qué es eso que llamamos "interdisciplinario" y cómo se concreta en la práctica. Normalmente, no deberían presentarse mayores dificultades, pero las fronteras conceptuales difusas que surgen a partir de la idea de interdisciplina plantean inconvenientes a la hora de pensar pautas para su puesta en funcionamiento.

V. El abordaje interdisciplinario de la salud mental. Ley 26.657 y Dto. 603/2013

La ley 26.657 establece en reiteradas disposiciones la necesidad de un abordaje interdisciplinario. Ello se observa en los artículos 5º, 8º, 9º, 12, 13, 15, 16, 24, y en los textos de los artículos 152 ter y 482 que la ley incorpora al Código Civil.

De todos estos artículos, las características concretas que esboza el texto legal sobre la integración y modalidad de trabajo del equipo se encuentran en los siguientes:

ARTICULO 8º — Debe 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.*

ARTICULO 13. — *Los profesionales con título de grado están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones, debiendo valorarse su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud mental. Todos los trabajadores integrantes de los equipos asistenciales tienen derecho*

a la capacitación permanente y a la protección de su salud integral, para lo cual se deben desarrollar políticas específicas.

Asimismo, el artículo 15 establece la obligación de registro en la historia clínica de todas las intervenciones del equipo interdisciplinario. Conforme el artículo 16, tal vez uno de las disposiciones más discutidas de la reforma (15), la evaluación interdisciplinaria por parte de dos profesionales del servicio asistencial que debe tener lugar dentro de las cuarenta y ocho horas posteriores a toda disposición de internación debe ser suscripta por dos profesionales, uno de los cuales debe ser médico o psicólogo.

En síntesis, sobre el aspecto que es objeto de la presente contribución surgen de la ley 26.657, los siguientes mandatos legales: 1. Abordaje interdisciplinario de toda la problemática referida a la salud mental, con particular referencia a las disposiciones de internación o limitación de la capacidad civil; 2. Conformación de equipos interdisciplinarios integrados (en forma enunciativa) por profesionales del área de la psicología, psiquiatría, trabajo social, enfermería, terapia ocupacional y otras disciplinas o campos pertinentes; 3. Ausencia de jerarquías entre los profesionales de las distintas disciplinas que integran el equipo interdisciplinario; 4. Intervención de un médico o psicólogo, en el contexto del equipo interdisciplinario en forma previa a toda internación.

El decreto 603/2012 reglamentario de la ley de salud mental, aporta las siguientes precisiones:

"Los integrantes de los equipos interdisciplinarios asumen las responsabilidades que derivan de sus propias incumbencias profesionales en el marco del trabajo conjunto.

Las disciplinas enumeradas en el artículo 8º de la Ley Nº 26.657 no son taxativas.

Cada jurisdicción definirá las características óptimas de conformación de sus equipos, de acuerdo

(15) Ver intervención Fac. Medicina UBA en el Debate. Cit. por FAMA, María Victoria, PAGANO, Luz María, "La salud mental desde la óptica de la ley 26.657", en addenda de actualización a Azpiri, Jorge O. (dir.), Instituciones del derecho de familia y sucesiones, Hammurabi, Buenos Aires, 2011, (2012). Se sugiere también la lectura de MACCAGNO y VÍTOLO (2013), op. cit.

a las necesidades y particularidades propias de la población.

En aquellas jurisdicciones en donde aún no se han desarrollado equipos interdisciplinarios, la Autoridad de Aplicación en conjunto con las autoridades locales, diseñarán programas tendientes a la conformación de los mismos, estableciendo plazos para el cumplimiento de dicho objetivo. Hasta tanto se conformen los mencionados equipos, se procurará sostener una atención adecuada con los recursos existentes, reorganizados interdisciplinariamente, a fin de evitar derivaciones innecesarias fuera del ámbito comunitario.

La Autoridad de Aplicación deberá relevar aquellas profesiones y disciplinas vinculadas al campo de la salud mental y desarrollará acciones tendientes a:

a) Fomentar la formación de recursos humanos en aquellas que sea necesario, y

b) Regularizar la acreditación de las mismas en todo el país."

En consecuencia podemos afirmar que la reglamentación en primer lugar refuerza claramente la idea de la interdisciplina, de un modo que se aproxima claramente a la idea presentada en este trabajo, implicando necesariamente un esfuerzo integrativo, que no puede resultar en una mera yuxtaposición de trabajos realizados en forma separada y dentro de las fronteras estrictas de cada disciplina o profesión. Asimismo, se aclara que la enumeración de disciplinas del artículo 8º es meramente enunciativa (aunque entendemos que surgía de la propia ley, dado que se refería a "otras disciplinas y campos pertinentes"). Finalmente, delega en la autoridad de aplicación, que por el artículo 31 de la ley es el Ministerio de Educación de la Nación la obligación de diseñar y coordinar en conjunto con las autoridades locales el desarrollo de programas tendientes a la reorganización y conformación de los equipos bajo la modalidad interdisciplinaria, fomentando las acciones de capacitación que resulten necesarias.

VI. Doctrina. Cuestiones planteadas

Desde el dictado de la ley 26.657 la doctrina ha analizado la problemática y ha planteado ciertos aspectos. En tal sentido, dos aspectos parecen destacarse entre los planteados: 1. El abordaje interdisciplinario, su relación con las incumbencias

profesionales y la consecuente responsabilidad; 2. El artículo 16 y la posibilidad de definir interacciones mediante la intervención alternativa de un médico o psicólogo.

En una contribución anterior (16), sostuvimos que la innovación que surgía a partir de la idea de abordaje interdisciplinario de la salud mental de la ley 26.657, tanto en materia de internaciones como de limitaciones a la capacidad civil, consistía en evitar que el acercamiento a la problemática recayera exclusivamente bajo la óptica de análisis de la psiquiatría, abriendo la posibilidad de integrar en el proceso de determinación del régimen de capacidad a profesionales provenientes de otras disciplinas. No obstante, también sostuvimos que desde la perspectiva del derecho civil, el objeto de la evaluación de "facultativos" sigue siendo determinar la presencia de "enfermedad mental", que acarrea una "falta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes" (conf. art. 141, Cód. Civil). Ello sigue vigente y constituye el contenido concreto del examen al que hace referencia el nuevo art. 152 ter. La dificultad puede plantearse por las diversas disciplinas que convergen en el examen y pareciera necesario que al menos uno de los facultativos sea médico psiquiatra con el fin de diagnosticar la presencia de enfermedad mental. Sobre este último aspecto, en una ocasión posterior, a partir de un comentario al Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 (17), se reforzó la idea de que este tema debió ser resuelto por la ley de manera definitiva y que en cualquier caso el equipo debería estar integrado por al menos un médico psiquiatra, dado que su presencia resulta imprescindible para determinar la presencia de una enfermedad mental. En síntesis, se comparte el criterio conforme el cual el requisito del dictamen de un equipo interdisciplinario "no autoriza a prescindir de las normas que regulan las incumbencias y el ejercicio profesional" (18).

(16) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, MUÑIZ, Carlos, "La nueva Ley de Salud Mental. Implicaciones y deudas pendientes en torno a la capacidad", ED, 241 - 22/02/2011, nro 12.697.

(17) MUÑIZ, Carlos (2012), "Personas con incapacidad y con capacidad restringida por razón de discapacidad mental en el Proyecto de Código Civil y Comercial", Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, Año 4, N° 8, Septiembre de 2012.

(18) HOOFT, Irene, RIVERA, Julio César, "La nueva ley 26.657 de Salud Mental", JA 25/05/2011.

Con esto no se pretende mantener el problema de la incapacidad civil en el dominio exclusivo de la medicina psiquiátrica. De esta forma, el equipo podría estar integrado asimismo por otros profesionales con incumbencias en la materia (psicólogos, sociólogos, trabajadores sociales, etc.) sin que la enumeración resulte taxativa, dependiendo de los requerimientos del juez para dictar sentencia en función de las particularidades de cada caso. No obstante, la presencia de un médico resulta indispensable, dado que es el único profesional con incumbencias para diagnosticar la enfermedad y establecer pautas para su tratamiento.

En un sentido similar ya se había pronunciado Pérez Dávila (19) sosteniendo que “Es inconcebible que una ley disponga autoridad de “prescribir” a los COMPONENTES NO MÉDICOS DEL GRUPO INTERDISCIPLINARIO. Uno se pregunta de manera simple y práctica “¿Qué conocimientos médicos poseen cualquiera de ellos para evaluar un terreno psicótico e indicar las medidas que correspondan (internación, externación, inicio de tratamiento psico-farmacológico y neuro-clínico, indicación de estudios complementarios médicos, etc.)? ¿Cómo pueden determinar y discernir una enfermedad psíquica secundaria a un proceso orgánico, o a una endocrinopatía, o a una intoxicación medicamentosa, o un tumor, o diferenciar una afección psíquica primaria con afectación secundaria orgánica? Si no saben eso, ¿con qué criterio han de prescribir? Esto es insólito.” Critica asimismo los problemas de consistencia legal con normas de leyes 17.132 y 23.722.

Tobias y Mayo (20) (2011) entienden que la cuestión de base parte de un cuestionamiento del “modelo psiquiátrico” y de la primacía jerárquica que las normas le reconocían en el diagnóstico, evolución y tratamiento del problema de la salud mental. Rivera y Hooft (21) comparten esta apreciación y se interrogan frente a esta clara toma de posición sobre la adecuada valoración hecha por el legislador de “los ámbitos de incumbencia

propios de cada una las dichas disciplinas comprometidas.”

Kraut y Diana (22), presentan una visión favorable de los criterios de la ley 26.657. Sostienen que “La interdisciplina ya es una victoria de la ciencia y su preeminencia sobre otras formas de trabajo individualistas se basa en la acción mancomunada y efectiva desde la diversidad de incumbencias profesionales. Todos son profesionales de la salud mental y solo complementando sus saberes —sin rivalidades ni falsas competencias— se conforma un “equipo” sin jerarquías de ningún tipo. Los profesionales con título de grado “están en igualdad de condiciones para ocupar los cargos de conducción y gestión de los servicios y las instituciones, debiendo valorarse su idoneidad para el cargo y su capacidad para integrar los diferentes saberes que atraviesan el campo de la salud mental...”. Rompe con la hegemonía médico-psiquiátrica y permite una evaluación desde distintas ópticas y perspectivas, en un enfoque integral, integrado y más democrático de la salud mental.” En cuanto a la cuestión central del artículo 16, manifiestan su acuerdo con la solución legal, al entender que ello solamente es necesario cuando se requiere medicar al paciente.

En un sentido similar, Fama y Pagano (23) plantean como valioso el quiebre de la hegemonía médico-psiquiátrica, entendiendo que la complementación de saberes desde distintas perspectivas resulta en un enfoque integral y “más democrático” de la salud mental. Siguiendo a Kraut y Diana (2011) sostienen que la intervención de un médico psiquiatra resulta imprescindible sólo a los fines de prescribir el uso de fármacos para el paciente, pero no cuando en el contexto de su tratamiento se requiriera la internación, tanto en el caso que fuera institucional como domiciliaria. Entienden que en el marco legal el psicólogo tiene una competencia profesional suficiente para ello. Apoyan estas conclusiones en la ley nacional 23.277, que en su artículo 8°, inc. 1. establece que los profesionales que ejercen la psicología estarán obligados a “aconsejar la internación en establecimiento público o privado de aquellas personas que atiendan y que por los trastornos de su conducta

(19) PÉREZ DAVILA, Luis Alejandro, “Nueva ley de salud mental 26.657”, La Ley, Suplemento de Actualidad, 05/05/2011.

(20) MAYO, Jorge A., TOBIAS, José W., “La nueva ley 26.657 de salud mental. Dos poco afortunadas reformas al Código Civil”, LA LEY, 14/02/2011, DFyP, 2011 (marzo), 24/02/2011, 153.

(21) RIVERA y HOOFT, op. cit.

(22) KRAUT, Alfredo - DIANA, Nicolás, “Derecho de las personas con discapacidad mental: hacia una legislación protectoria” LA LEY 08/06/2011.

(23) FAMÁ y PAGANO, op. cit.

signifiquen peligro para sí o para terceros; así como su posterior externación". Asimismo, citan la ley 10.306 de la Provincia de Buenos Aires que regula la actividad profesional de los psicólogos y prescribe en su art. 2º que forman parte del ejercicio de la profesión de psicólogo "... el diagnóstico, pronóstico y tratamiento de la personalidad, para la recuperación, conservación y prevención de la salud mental, mediante métodos y técnicas específicamente psicológicas" (inc. a). Aclaran sin embargo que no puede derivarse de esta conclusión que no resulte necesaria a los fines del tratamiento la realización de estudios que permitan determinar si la enfermedad detectada tiene una base orgánica o funcional.

Si bien se entiende la lógica de razonamiento seguida en este punto, se encuentra un límite en cuanto a los alcances para la aplicación de la legislación citada. Es claro que la ley 10.306 rige solamente en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. Por su parte, la ley nacional 23.277, al tratarse de una ley orientada a la regulación del poder de policía de las profesiones, parece entrar *a priori* en conflicto con las atribuciones propias de cada jurisdicción.

A partir del dictado del Decreto 603/2013 el debate sobre estas cuestiones se relanza. En este punto, y en relación con las cuestiones abordadas por la doctrina, parece haber un aspecto que no ha sido adecuadamente considerado. Cabe resaltar que tanto la profesión de médico, como la profesión de psicólogo son consideradas profesiones de riesgo en el marco del artículo 43 de la ley 24.521 de Educación Superior. Ello implica la definición de estándares para las Universidades para el dictado de las carreras, y su obligatoria acreditación ante la Comisión Nacional de Evaluación Universitaria (CONEAU), y de alcances de carácter exclusivo y concurrente. La definición de ambos corresponde a la jurisdicción nacional, y se realiza por el Ministerio de Educación a partir del acuerdo del Consejo de Universidades.

La resolución del Ministerio de Educación N° 1314/2007, actualiza las disposiciones de la 535/1999 y establece en su Anexo V como actividades profesionales reservadas al título de Médico las siguientes:

"- Anunciar, prescribir, indicar o aplicar cualquier procedimiento directo o indirecto de uso diagnóstico o pronóstico;

- Planear, programar o ejecutar las acciones tendientes a la preservación de la salud o a la provisión de cuidados paliativos;

- Asesorar a nivel público o privado en materia de salud y practicar pericias médicas.

Todo ello ya sea sobre individuos o sobre el conjunto de la población independientemente de la percepción o no de retribuciones. (...)"

Por su parte, rige para la profesión de psicólogo la resolución 323/2009 que en su Anexo V, entre otras, establece como actividad profesional reservada a dicho título: "5. Realizar indicaciones psicoterapéuticas de internación y externación de personas por causas psicológicas (...)"

A partir de esta normativa, podemos afirmar que los psicólogos tienen competencia para indicar la internación cuando las causas fueran psicológicas. Pero ello requiere descartar la existencia de una enfermedad de base orgánica, en cuyo caso, la competencia parecería estar reservada a los profesionales con título de Médico.

Cabe concluir este punto señalando que si bien la norma de la ley 26.657 y su decreto reglamentario autorizan que las decisiones de internación sean resueltas mediante la intervención de un equipo interdisciplinario y con la firma alternativa de un médico o psicólogo, razones de orden normativo y práctico llevan a recomendar que en todos los casos que resulte posible la intervención de ambos profesionales sea concurrente, quedando reservada la decisión mediante la intervención de sólo uno de ellos cuando el caso bajo análisis implique una necesidad inmediata de resolución por mediar riesgo grave e inminente para la persona enferma y para terceros.

VII. Dictamen y responsabilidad profesional. Una última fuente de inconsistencia

Una última fuente de inconsistencia de la normativa proviene del anexo de la reglamentación en cuanto se refiere al artículo 8º que establece que "los integrantes de los equipos interdisciplinarios asumen las responsabilidades que derivan de sus propias incumbencias profesionales en el marco del trabajo conjunto".

Esta disposición representa una fuente de inconsistencia con el objetivo buscado de inte-

gración de equipos verdaderamente interdisciplinarios y no aparece resuelta en forma suficiente por la reglamentación. Si el trabajo es interdisciplinario hasta sus últimas consecuencias, no hay justificación para evitar la responsabilidad solidaria de todos los profesionales intervinientes por los eventuales daños que pudieran provocarse. En este contexto, la única forma de deslindar adecuadamente las responsabilidades debe ser la elaboración de dictámenes por separado que sean consistentes entre sí, y que sean fruto del trabajo interdisciplinario. No obstante, este punto parece ser una cuestión no planteada en forma adecuada por la reglamentación y que deberá ser resuelta por cada jurisdicción en el contexto del dictado de las necesarias reformas en materia procesal.

VIII. Situación actual. Aspectos a considerar a modo de cierre

Luego de valorar los debates en torno a la problemática cabe cerrar la presentación a partir del planteo de algunas conclusiones.

En cuanto se refiere al abordaje interdisciplinario, debe resaltarse que su efectiva concreción no puede resultar en una simple obligación de intervención por parte de profesionales de distinta disciplina, sino que exige la disposición de condiciones para la realización de un trabajo en equipo, cuyas conclusiones resulten de un esfuerzo de integración de los distintos saberes involucrados.

En tal sentido, “El mandato emergente del art. 6º de la norma fue tomado por el Ministerio de Salud de la Nación, que con fecha 16 de mayo de 2011 dictó la Res. 464/11, por la cual se crea el Equipo Interdisciplinario en Salud Mental en el ámbito de la Gerencia de Servicios al Beneficiario de Superintendencia de Servicios de Salud, asignándole las atribuciones y facultades inherentes a la promoción y difusión en temáticas vinculadas a la salud mental, y a asegurar una fluida comunicación hacia la comunidad de los principios, derechos y garantías establecidas por la ley 26.657 (art. 1º). El citado equipo tendrá por funciones actuar como referente para todos los actores del Sistema Nacional del Seguro de Salud y otros organismos, tanto públicos como privados, desarrollar investigaciones en el área de salud mental y adicciones, convocar a los Agentes para participar de intercambios atinentes a la temática, realizar un relevamiento para conformar un diagnóstico

de situación y su sistemático monitoreo, y todas aquellas acciones destinadas a constituirse como órgano de consulta permanente (art. 2º)” (24).

La responsabilidad para la organización de estos equipos, sin perjuicio del trabajo de coordinación del Ministerio de Salud de la Nación como autoridad de aplicación de la Ley de Salud Mental, recae en las jurisdicciones locales (25). Una serie de obstáculos subsisten hoy en día para el logro de estos objetivos. Entre ellos podemos señalar:

- carencia de recursos y políticas públicas adecuadas de los agentes públicos;
- falta de implementación por parte de algunos agentes privados;
- resistencia por parte de los profesionales a integrar un marco de referencia común que permita el trabajo interdisciplinario.

Una de las causas de esta situación, especialmente en cuanto se refiere al último de estos puntos podemos encontrarla esbozada por Maccagno y Vítolo (26), quienes critican la “demonización del hospital monovalente” por quienes instan a su eliminación en lugar de promover su refuncionalización y proponen la exclusión de los médicos como único camino para limitar la preeminencia del “saber psiquiátrico”. Sostienen que “está claro que “el problema de la salud mental no se resuelve sólo con psiquiatras, y es bienvenido el aporte enriquecedor de otras profesiones afines y la interdisciplina. Pero tampoco se podrá resolver contra los psiquiatras y los médicos por el imperio de una ley”. Como dijo el Papa Francisco cuando era el Cardenal Bergoglio: “es mejor caminar 1 km juntos que 10 km separados”.

El desafío principal actual consiste entonces en promover las condiciones que permitan superar la falta de consensos en la materia generados por la ley 26.657. Para ello no va a ser suficiente la imposición brutal de la fría letra de la ley, ni de su reglamentación. Se requerirá en primer lugar de un

(24) FAMA y PAGANO, op. cit.

(25) DELLACQUA, Mabel, “Algunas consideraciones de la reglamentación de la Ley de Salud Mental”, *Microjuris*, MJ-DOC-6373-AR | MJD6373, 2013.

(26) MACCAGNO y VÍTOLO, op. cit.

esfuerzo de las jurisdicciones locales para dotar a las instituciones que tengan por responsabilidad el abordaje de la problemática de la salud mental de recursos económicos y profesionales adecuados para el cumplimiento del exigente mandato que establece la ley. Asimismo, se deberán dictar las normas que concretamente aclaren la integración de los equipos, que establezcan condiciones de trabajo que permitan un enfoque genuinamente interdisciplinario y que permita un enriqueci-

miento recíproco a partir del aporte de las distintas profesiones, superando la dicotomía actual. Finalmente, para ello se requerirá un esfuerzo mancomunado de la autoridad de aplicación y las jurisdicciones locales para promover las acciones de formación y capacitación en la metodología del trabajo interdisciplinario. Sólo de esta manera podrá lograrse que la aplicación de la ley 26.657 redunde en una verdadera ampliación de derechos y no en una disputa entre profesionales. ♦

La persona y la publicidad oficial del sexo en Alemania: ¿Un tercer sexo? (1)

POR MARÍA DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA (2)

Sumario: 1. Planteamiento.— 2. La situación de intersexualidad.— 3. Identificación oficial.— 4. Una reflexión somera acerca de la Identidad de la persona.

1. Planteamiento: La situación legal

En el mes de agosto de 2013 nos sorprendió la noticia de que el Parlamento alemán en mayo de 2013 había aprobado la modificación de la *Personenstandsgesetz (Ley del Estatuto Personal)*, en la que, entre otras cuestiones, introducía una importante novedad relativa a la identificación oficial (jurídica) de la persona en lo referente al dato del sexo. En la prensa escrita (3) se aludía a que la nueva norma implicaba, de alguna manera, el reconocimiento oficial de lo que en términos vulgares se califica como el “tercer sexo”, un nuevo sexo que se colocaba junto a la clásica división dual del sexo en masculino y femenino, nominado técnicamente como intersexo. A la referencia al contenido de la reforma se agregaba el comentario, más o menos extenso, de que el problema al que se pretendía dar respuesta mediante la ley obedecía a una vieja reivindicación,

(1) Este ensayo se integra en el proyecto La Nueva configuración de la persona física. Revisión de las condiciones personales, familiares y patrimoniales. El principio de no discriminación. DER2010-17949. También, se inscribe en los trabajos del Grup del dret civil català (UB-UAB), 2009 SGR 221.

(2) Catedrática de Derecho Civil Universidad Autónoma de Barcelona.

(3) “La ley alemana crea, al menos en la jerga no oficial, la figura de un tercer sexo, aparte de la tradicional clasificación de sexo masculino y femenino, después de que una activista denunciara ante la ONU las intervenciones para borrar todo rasgo de ambigüedad sexual y siguiendo una recomendación del Tribunal Constitucional del país, que vino a decir: “Siempre que una persona “sienta profundamente” que pertenece a un determinado género, tiene el derecho de elegir la forma en que legalmente se identifica a sí misma. Es el mismo principio que se aplica en las leyes sobre identidad de género de los transexuales”. Texto de la noticia de El País http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/08/19/actualidad/1376938559_4.

que al menos públicamente, en el siglo XXI, se remonta a 2008. Es en dicho año en que la activista Lucie Veith (presidenta de la Asociación Federal de Personas Intersexuales de Alemania) inició la andadura ante las Naciones Unidas para lograr el reconocimiento, la visibilidad de la situación de las personas que presentan una indeterminación sexual, mediante la denuncia de las circunstancias en las que se encontraban en Alemania, en particular en cuanto a la imposición del sometimiento a intervenciones quirúrgicas, desde pocos días del nacimiento, para borrar toda huella externa de su indefinición sexual.

Esta denuncia derivó en que, de parte desde el organismo internacional se llamara la atención a Alemania acerca de la imperiosa necesidad de modificar las normas sobre la materia para procurar por la protección y los derechos de estas personas. De ahí se explica que haya sido el país, en Europa, en el que se haya dado el primer paso hacia el reconocimiento de los derechos de estas personas. El Tribunal Constitucional alemán, asimismo, ya había advertido a los legisladores acerca de que debía considerarse la situación de las personas intersexuales desde el derecho a la personalidad. Por su parte, el Consejo Alemán de Ética, a quien el gobierno alemán encargó la elaboración de un informe sobre la materia y encomendó la determinación de las vías oportunas para proteger la integridad física y sexual de estas personas y su identidad; en 2009, además de sopesar la oportunidad y conveniencia de la práctica de las intervenciones quirúrgicas, recomendó al legislador que añadiera una nueva categoría (“otro”) junto a lo masculino y femenino, e instó a tomar medidas para evitar la discriminación que, por este motivo, padecen dichas personas. Todo ello en base al principio de igualdad proclamado por el artículo 3.3 (Igualdad ante la ley) de la Ley

Fundamental de la Republica Federal Alemana conforme al que “Nadie podrá ser perjudicado ni favorecido a causa de su sexo, su ascendencia, su raza, su idioma, su patria y su origen, sus creencias y sus concepciones religiosas o políticas. Nadie podrá ser perjudicado a causa de un impedimento físico o psíquico” (4).

Finalmente, la innovación adoptada en mayo, en vigor desde 1 de noviembre de 2013, consistió en agregar un nuevo apartado (el 3) al parágrafo 22 del *Personenstandsgesetz* conforme al que “Kann das Kind weder dem weiblichen noch dem männlichen Geschlecht zugeordnet werden, so ist der Personenstandsfall ohne eine solche Angabe in das Geburtenregister einzutragen.” Traducido: “En el caso concreto en que no se pueda determinar el sexo femenino o masculino del nacido se puede inscribir en el Registro sin indicar el sexo”.

La previsión legal, sin duda alguna, supone un avance importante para el reconocimiento de la situación de las personas y visibiliza, hace público lo que durante demasiado tiempo ha permanecido amagado, *rectius*, inmerso en el silencio y oculto por el estigma vergonzante que se le ha asignado en la cultura y valores de la sociedad occidental. Pero es sólo un primer paso que requiere de un desarrollo más amplio.

En efecto, la interpretación del precepto no lleva a que legalmente se reconozca un nuevo sexo, pese a que todas las noticias de los periódicos, ya impresos ya digitales, hablen abiertamente de ello. *A contrario*, sin renunciar, al menos en apariencia, a las categorías de sexo binarias, es decir a la distinción terminante entre lo masculino y lo femenino (5), se limita a permitir que, en los supuestos de indefinición sexual, oficialmente no conste la determinación del sexo de la persona nacida. De manera que la ausencia del dato sí procura, al menos durante un tiempo, porque sea la persona directamente afectada la que tome la decisión acerca de su identidad sexual, pero no implica el reconocimiento de todos los derechos, *rectius*

el trato no discriminatorio ya que la indefinición persiste, también, legalmente. Sólo de manera indirecta, por lo tanto, se atiende al problema.

Paralelamente a la tramitación de la norma alemana, en Australia se llevaba a cabo, en las mismas fechas, una importante y extensa reforma de la *Sex Discrimination Act 1984*. En ella se considera y reconoce, por primera vez en el ámbito jurídico, la situación intersexual, tanto en lo afecta a sus derechos, la procura por prevenir la discriminación, como en lo referente a la identidad y en general, se abordan todos los supuestos y situaciones relativos a la identidad, la orientación sexual de las personas y demás relaciones que afectan a ésta. La reforma introducida dio lugar a la *Sex Discrimination Amendment (Sexual Orientation, Gender Identity and Intersex Status) Act 2013 (Nº 98/2013)* que entró en vigor unos meses antes que la norma alemana, el 1 de agosto de 2013.

Las importantes novedades incorporadas por esta ley, además de la visibilidad legal que se manifiesta en el propio título de la norma (orientación sexual, identidad de género y estatus intersex), ordenadas, comportan:

a) *La delimitación del estado civil*; aunque la mención a éste no desaparece ni tampoco el término, se amplía su concepto, al hacer una directa enumeración de las situaciones / condiciones de la persona, donde se introducen, expresamente, los estados intersexuales, pero también la homosexualidad (orientación sexual), el género y junto al matrimonio se incluyen las relaciones de hecho (uniones no matrimoniales). Así la reforma de los preceptos afectados implica que se agrega esta frase en todos ellos: “sexual orientation, gender identity, intersex status, marital or relationship status” (“la orientación sexual, identidad de género, estado intersexual, matrimonio o relación de hecho”) (10. Subsección 4(1).

b) Coherentemente, *se suprimen las definiciones legales de hombre y mujer*, que no se sustituyen por ninguna (8 Subsección 4(1 definición de hombre — 14 Subsección 4(1 (definición de mujer) (6).

(4) Ley Fundamental de la República Federal de Alemania (Traducción: Prof. Dr. Ricardo García Macho, Universidad Jaime I (Castellón); Prof. Dr. Karl-Peter Sommermann, Deutsche Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer) © Deutscher Bundestag, Berlin 2010).

(5) Comúnmente la dualidad recibe el nombre de dimorfismo sexual.

(6) Las definiciones de la *Sex Discrimination Act 1984* eran estas (Part I, Preliminary. 4 Interpretation): “man means a member of the male sex irrespective of age”. “woman means a member of the female sex irrespective of age”.

c) Se introduce, expresamente, la orientación sexual de la persona, para dar cabida y protección a los homosexuales. Se la define, así como los actos que se consideran discriminación por razón de orientación sexual (7).

La orientación sexual se conforma de forma amplia y abarca todas las posibles combinaciones (heterosexualidad, homosexualidad y bisexualidad): la que se tiene respecto de las personas del mismo sexo como de las personas de sexo diferente y la que se profesa hacia personas del mismo sexo y de distinto sexo a la vez (12 Subsección 4 (1) (8)).

d) Se regula la discriminación por razón de *identidad de género* (9) y se ofrece una definición

(7) 5A Discrimination on the ground of sexual orientation¹) For the purposes of this Act, a person (the discriminator) discriminates against another person (the aggrieved person) on the ground of the aggrieved person's sexual orientation if, by reason of: (a) the aggrieved person's sexual orientation; or (b) a characteristic that appertains generally to persons who have the same sexual orientation as the aggrieved person; or (c) a characteristic that is generally imputed to persons who have the same sexual orientation as the aggrieved person; the discriminator treats the aggrieved person less favourably than, in circumstances that are the same or are not materially different, the discriminator treats or would treat a person who has a different sexual orientation. 2) For the purposes of this Act, a person (the discriminator) discriminates against another person (the aggrieved person) on the ground of the aggrieved person's sexual orientation if the discriminator imposes, or proposes to impose, a condition, requirement or practice that has, or is likely to have, the effect of disadvantaging persons who have the same sexual orientation as the aggrieved person.³) This section has effect subject to sections 7B and 7D.

(8) 12 Subsection 4(1. Insert: sexual orientation means a person's sexual orientation towards: (a) persons of the same sex; or (b) persons of a different sex; or (c) persons of the same sex and persons of a different sex.

(9) 5B Discrimination on the ground of gender identity¹) For the purposes of this Act, a person (the discriminator) discriminates against another person (the aggrieved person) on the ground of the aggrieved person's gender identity if, by reason of: (a) the aggrieved person's gender identity; or (b) a characteristic that appertains generally to persons who have the same gender identity as the aggrieved person; or (c) a characteristic that is generally imputed to persons who have the same gender identity as the aggrieved person; the discriminator treats the aggrieved person less favourably than, in circumstances that are the same or are not materially different, the discriminator treats or would treat a person who has a different gender identity.²) For the purposes of this Act, a person (the discriminator) discriminates against another person (the aggrieved person) on

legal de lo que se entiende como identidad sexual. De manera que comprende la situación de transexualidad, que se desliga tanto del hecho de que haya tenido lugar una intervención quirúrgica (para adecuar estéticamente el cuerpo al sexo querido), como de que se haya designado el sexo en el momento del nacimiento y se deba modificar, o no, más tarde. El nuevo texto agregado (6 Subsección 4(1) es el siguiente:

“*gender identity* means the gender-related identity, appearance or mannerisms or other gender-related characteristics of a person (whether by way of medical intervention or not), with or without regard to the person's designated sex at birth”.

e) Se aborda y define la *situación de intersexualidad* y la discriminación por razón de la condición de intersexual (10).

La descripción legal es reveladora del principio en el que se fundamenta la norma (7 Subsección 4) 1) en la que se introduce el siguiente texto:

“Intersex status means the status of having physical, hormonal or genetic features that are:

- (a) neither wholly female nor wholly male; or
- (b) a combination of female and male; or
- (c) neither female nor male”.

the ground of the aggrieved person's gender identity if the discriminator imposes, or proposes to impose, a condition, requirement or practice that has, or is likely to have, the effect of disadvantaging persons who have the same gender identity as the aggrieved person.³) This section has effect subject to sections 7B and 7D.

(10) 5C Discrimination on the ground of intersex status¹) For the purposes of this Act, a person (the discriminator) discriminates against another person (the aggrieved person) on the ground of the aggrieved person's intersex status if, by reason of: (a) the aggrieved person's intersex status; or (b) a characteristic that appertains generally to persons of intersex status; or (c) a characteristic that is generally imputed to persons of intersex status; the discriminator treats the aggrieved person less favourably than, in circumstances that are the same or are not materially different, the discriminator treats or would treat a person who is not of intersex status.²) For the purposes of this Act, a person (the discriminator) discriminates against another person (the aggrieved person) on the ground of the aggrieved person's intersex status if the discriminator imposes, or proposes to impose, a condition, requirement or practice that has, or is likely to have, the effect of disadvantaging persons of intersex status.³) This section has effect subject to sections 7B and 7D.

f) Referente al *Registro*, en consecuencia a todo lo anterior, dispone que no se ofrezca información acerca de la identidad de la persona como mujer u hombre (11).

Se observa, así pues, que la norma australiana es de mayor calado que la alemana y está en la línea en la que han de discurrir los ordenamientos jurídicos para asegurar que el principio de igualdad, proclamado en la mayor parte de textos fundamentales, tanto internacionales, europeos o no, como nacionales, sea efectivo para todas las personas.

Pero para comprender el alcance y la cuestión que se plantea al ámbito jurídico en general, se hace necesario explicar, siquiera brevemente, cual es la situación a la que nos referimos y cómo se identifica.

2. La situación de intersexualidad

La situación de intersexualidad se predica de aquellas personas que no tienen una definición concreta de su sexo ya desde el momento inicial de su vida; “los sujetos que nacen con una corporalidad ambigua, en tanto que sus cuerpos no se ajustan a la norma cultural y médica del sistema de dos sexos (...) /que/ representan los límites que la naturaleza ofrece a las categorías construidas de ‘hombre’ y ‘mujer’” (12).

La intersexualidad es una condición de la persona, que afecta a su sexo de manera física, en su apariencia externa e interna, que provoca indefinición, duda, confusión (todos estos calificativos se han utilizado) en torno a su inclusión en una de las dos categorías en las que la sociedad y cultura occidental divide el sexo reconocido (masculino o femenino). Esta situación por las características propias que la definen y describen desde las cien-

cias de la naturaleza, distancia la intersexualidad tanto de la transexualidad como de la orientación sexual de la persona. Sin perjuicio de que, a lo largo de los siglos, desde la constatación de su existencia y de su calificación se hayan producido importantes interferencias entre ellas, de una parte debido al estado de desarrollo de las ciencias y del conocimiento, de otra por el ocultamiento y sigilo con el que se han abordado todas las cuestiones relativas al sexo de la persona y al comportamiento del humano en la sexualidad, y en particular para la intersexualidad por el carácter estigmatizador que la ha acompañado secularmente, cada una de estas realidades es perfectamente individualizable y separable de la otra. En todo caso, estas interferencias se explican porque todas ellas (la intersexualidad, la transexualidad y la orientación homosexual) forman un bloque común frente a la normalidad (el modelo), porque no responden al dimorfismo sexual que ha supuesto la división de los humanos: masculino — femenino y al patrón asumido (impuesto por la cultura) del comportamiento sexual dirigido a la reproducción: la tendencia heterosexual.

De manera que los colectivos en quienes concurren alguna de aquellas condiciones que se separan de lo asumido como normal (la orientación sexual homosexual, la transexualidad y la intersexualidad), se han presentado unidos a la hora de ejercer acciones y en la lucha reivindicativa para obtener reconocimiento legal, por derecho propio, y para lograr el reconocimiento y la protección de los derechos de la persona (de todas las personas sin distinción).

En esta batalla, que también se ha librado en el ámbito sanitario, conviene remarcar que, precisamente, los avances técnicos en la cirugía (13) que permiten hoy en día que las personas transexuales puedan obtener el cambio físico (estético) de sexo mucho deben a los tratamientos e intervenciones a los que se ha sometido a las personas que no tienen un sexo definido; con la paradoja de que la transexualidad se ha hecho visible en las normas jurídicas de los países en los que se ha reconocido antes que la intersexualidad que aún permanece en silencio, detrás. Justamente las normas que

(11) “43A Requests for information and keeping of records: not allowing for identifying as being neither male nor female.1) The making of a request for information is not unlawful under Division 1 or 2 merely because the request does not allow for a person to identify as being neither male nor female.2) Nothing in Division 1 or 2 makes it unlawful to make or keep records in a way that does not provide for a person to be identified as being neither male nor female.”

(12) BALZA, Isabel, “Bioética de los cuerpos sexuales: transexualidad, intersexualidad y transgenerismo” ISEGORÍA. Revista de Filosofía Moral y Política Nº 40, enero-junio, 2009, p. 246.

(13) BALZA, op. cit., “Bioética de los cuerpos”, p. 246: “La tecnología que se desarrolla para tratar y normalizar a los hermafroditas posibilitará las operaciones de cambio de sexo de los transexuales”.

se comentan en este escrito son las primeras en las que se abordan determinados aspectos de las personas intersexuales.

2.1. Nominaciones - Calificación

Conviene saber que, en la cuestión que nos entretiene están implicadas varias ciencias: la biología, por supuesto, la genética y la endocrinología, además de la psiquiatría y psicología, por citar las que tienen relación más directa. En general, las ciencias de la vida que estudian la formación y desarrollo de los humanos, la antropología y las que analizan los comportamientos sociales; amén de las justificaciones filosóficas y éticas.

La condición o situación de intersexualidad no es algo nuevo, sino que se produce en la vida del humane, en el proceso de formación del ser, de ahí que no pueda decirse que sea una creación del siglo presente; su existencia se remonta a los propios orígenes de la persona. De hecho, desde que se estudia científicamente, se ha constatado que la intersexualidad se presenta en el 1,7% de los nacimientos (14) que tienen lugar; aunque la proporción, en relación con los casos de “normalidad” no sea demasiado elevada, es lo suficientemente destacada para que deba merecer atención. Debe notarse, asimismo, que en verdad generalmente sucede durante el período en el que la persona se está formando, pero también se manifiesta durante la pubertad, momento en que, como es sabido, culmina la madurez sexual de la persona y en el que se ponen de relieve las separaciones de la norma (del modelo).

La presentación de la sexualidad confusa impide situar a la persona nacida tanto en el sexo femenino como en el masculino, debido a la alteración en la formación de los órganos internos y externos que determinan el sexo; hasta hace muy poco, se percibía como una situación o condición de anormalidad, frente al patrón de la normalidad que representa el dimorfismo sexual. Esta calificación patológica como anormalidad

(14) VICTORIA CARRERA FERNÁNDEZ, María, LAMEIRAS FERNÁNDEZ, María, RODRIGUEZ CASTRO, Yolanda, “Heteronormatividad, cultura y educación. Un análisis a partir de “XXY” en *InterseXiones* 4: 2013, indican que “De hecho, Fausto-Sterling (2006) analizando la literatura médica con un grupo de estudiantes de la Universidad de Brown sobre bebés intersexuales, identificó un porcentaje del 1.7% de todos los nacimientos (pp. 50, 51).

o deficiencia, que en la actualidad se empieza a cuestionar y reclama su erradicación, ha marcado sobremanera su denominación y su tratamiento desde la medicina y la clínica; también, ha influido a la hora de plantear su enclave normativo y, por supuesto, el tipo de reglas jurídicas que se hayan de adoptar.

Las personas intersexuales son los denominados hermafroditas de la antigua Grecia y en Roma (15) y no sólo con referencia a los seres de la mitología sino para los humanos de la realidad; seres que, en algunas culturas aún continúan relacionándose con la magia, o con los poderes sobrenaturales. El nombre de hermafrodita aún perdura en la ciencia médica y en la clínica para hacer referencia a la calificación de la particularidad que presentan, pero poco a poco se complementa con otros.

Es a partir del siglo XIX, con la iniciación de la Teratología, la ciencia dedicada a estudiar las anomalías y las monstruosidades del organismo animal o vegetal, cuando se empieza a poner de relieve una nueva manera de catalogar y considerar, en general, las deformaciones, y en particular entre ellas las que afectan a los cuerpos que presentan indefinición sexual, cuando se desarrollan los estudios en torno a los seres asexuados o hermafroditas. Sin embargo, se ha de esperar a principios del siglo XX para identificar la situación bajo el término intersexualidad. Éste se atribuye a partir de que el endocrinólogo Richard Goldschmidt (1901) en el artículo “*Intersexuality and the Endocrine Aspect of Sex*” hizo notar que el problema del amorfismo sexual era un fenómeno natural enlazado con la endocrinología, razón por la que había de formularse un nuevo enfoque del tratamiento de estas situaciones. A su entender, en contraste a las opiniones dominantes hasta el momento, en la intersexualidad no sólo interviene una causa y no sólo está implicada la psicología y la psiquiatría sino otros factores. No obstante, en el momento en que escribía, en 1901 apenas se había avanzado en el tratamiento con medicamentos (hormonas) y la cirugía tampoco se había desarrollado, aunque desde entonces, la disfunción se empieza a tratar como un problema médico.

(15) Nombre que presentan en la mitología griega y romana.

A partir de 1957, en los estudios de Money, Hampson Y Hampson (16) se diferencia entre el ámbito físico y el psicosocial y se introduce junto a la mención del sexo, la referencia al género; de manera que mientras el sexo se predica de la anatomía corporal se entiende que género afecta a lo psicosocial. Aplicada la distinción a los intersexuales la cirugía de reasignación del sexo que es la práctica habitual con estas personas, en la mayor parte de los casos a los pocos días del nacimiento, se entiende que procura, cuando se produce la reasignación sexual, por el género de la persona, la finalidad es que la persona se desarrolle como hombre o mujer en el entorno social en el que está; paralelamente, se define el rol del género como lo que se muestra al exterior, al mundo y entorno en el que se desenvuelve la persona, cómo se comporta y es reconocida, que determina la situación o estatus masculino o femenino. Así que, se dice (17) tiene lugar un “salto interpretativo del sexo en el cuerpo, al sexo en la mente, del sexo biológico al sexo psicológico, de la biología del sexo a la psicobiología del género”. Lo que se predica del caso que nos ocupa, pero también y sobre todo de los transexuales entre los cuales algunos son personas intersexuales.

Años más tarde, los avances en el campo de las intervenciones médicas, en la cirugía estética y en los tratamientos hormonales han permitido la reconstrucción o recomposición material del sexo. También, las consideraciones de la filosofía en torno a la persona y la dignidad, la psicología, la psiquiatría y el propio entorno cultural, han provocado un importante cambio tanto en la calificación de la situación como en la toma de conciencia acerca de la necesidad de atender a la voluntad y la autonomía de la propia persona. En base a la igualdad que reclama el valor de la dignidad, se replantea el lugar que ocupan estas personas en el seno de la organización social y asimismo la bondad o adecuación de las conductas seguidas hasta el momento, clínica y socialmente. En resumen: se ha producido importante giro en la

valoración de estas situaciones y se ha iniciado de manera tímida su consideración jurídica.

El desarrollo de las ciencias y de las técnicas, a su vez, llevó a que a partir de 2006, se incluyera la intersexualidad entre las enfermedades o deficiencias, a las que se califica como “trastornos del desarrollo sexual o trastornos de diferenciación sexual”, pero esta caracterización es notoriamente insuficiente y negativa.

El dato social, científico y cultural de la dualidad sexual (macho — hembra), ha llevado aparejado, desde siempre, que la intersexualidad, se considere como una situación patológica que la sociedad (cultura) occidental percibe como estigmatizadora. Este carácter ha implicado que cuando se detecta la ambigüedad sexual en el momento del nacimiento, la constatación derive en la necesidad de someter a la persona recién nacida, cuanto antes mejor, a una intervención quirúrgica que permita dotarla de un sexo definido. Es decir, justamente porque se califica y percibe como una condición patológica (anómala) se hace preciso poner remedio a la malformación, aplicar un tratamiento para el restablecimiento de la normalidad (18), para acomodar físicamente a la persona a uno de los dos sexos: debe regularizarse el cuerpo de la persona intersexual.

Sucede, en esta calificación que, de una parte se percibe la intersexualidad como vergonzante, algo que se ha de ocultar; de otra, que al ser una anormalidad, es decir algo que se sale de la norma (19),

(18) CABRAL, Mauro, “Prólogo” en (CABRAL, Mauro ed.), INTERDICIONES. Escrituras de la intersexualidad en castellano, Anarrés Editorial, Córdoba 2009, lo describe claramente (p. 9): “(...) los protocolos que regulan el tipo de atención que deben recibir quienes nacen encarnando estas variaciones corporales establecen que sus cuerpos deben ser ‘normalizados’ por vía quirúrgica en la primera infancia. Es por eso también que esas cirugías ‘normalizadoras’ suelen desaparecer de la historia personal de quienes las sufrieron, dejando tras de sí cicatrices que sellan la promesa de una femineidad o una masculinidad sin fallas”.

(19) Indica BUTLER, Judith con referencia a la norma (normalidad) (“Regulaciones de género” (Traducción: Moisés SILVA) from: Undoing Gender, 2004, p. 30) “La cuestión de la ‘corrección’ quirúrgica para niños con hermafroditismo es un buen ejemplo. Ahí el argumento es que los niños nacidos con características sexuales primarias irregulares deben ser ‘corregidos’ para que puedan adaptarse, sentirse mejor, alcanzar la normalidad. La cirugía correctiva se realiza a veces con el apoyo de los padres y en el nombre

(16) MONEY, John, HAMPSON Joan G. y HAMPSON, John, “Imprinting and the Establishment of Gender Role”, Archives of Neurology and Psychiatry, Vol. 77 N° 3, pp. 333-336.

(17) NIETO PIÑEROBA, José Antonio. Transexualidad, intersexualidad y dualidad de género. Ediciones Bellaterra S.L. Barcelona, 2008, p. 238.

se medicaliza y se intenta corregir casi inmediatamente después del momento del nacimiento para evitar los que se anuncian como futuros y posibles problemas del nacido durante su desarrollo social, no tanto por razón de urgencia física o corporal (vital) para la persona (20). El tiempo en que se realiza implica, por definición, prescindir por completo de la voluntad de la persona afectada, pues no tiene aún el juicio ni madurez suficientes para decidir ni voz que expresar, de modo que son los padres o, en su caso los profesionales médicos los que deciden en su lugar. Las normas sobre la inscripción del nacimiento de las personas, de otra parte, establecen plazos cortos, de manera que se convierte en “urgente” la fijación o declaración de un sexo, obligadamente, lo que impele, así pues, a provocar o al menos facilitar la intervención quirúrgica. Sucede que, en la mayoría de los casos, la asignación sexual llevada a cabo tiene lugar hacia el sexo femenino, por ser más fácil la cirugía de reasignación; después, las dificultades y problemas relacionados, en el caso de que la reasignación no haya sido la adecuada, se manifestarán durante la pubertad, cuando culmina el ciclo de formación sexual de la persona.

La visibilidad de la situación, que se cuestione su calificación, así como el modo en que se opera respecto a ella junto al importante dato de que empiece a considerarse legalmente, se ha hecho de la mano de los movimientos reivindicativos, fundamentalmente, de un colectivo, el de los transsexuales, que es el que se ha beneficiado de las técnicas y tratamientos hormonales que, a lo largo del tiempo, se han aplicado a estas personas. A pesar de que, día a día, se avanza en el camino de visibilizar y dar respuestas adecuadas sociales y legales a esta situación, aún queda mucho por hacer.

En el momento presente, se pueden resumir en la siguiente lista los puntos básicos de reivindicación de estas personas:

de la normalización, y los costos físicos y psicológicos de la cirugía han resultado ser enormes para las personas que han sido sometidas, por decirlo así, al cuchillo de la norma. Los cuerpos producidos mediante tal imposición regulatoria del género son cuerpos adoloridos, que llevan las marcas de la violencia y el sufrimiento”.

(20) LAVIGNE, Luciana, “La regulación biomédica de la intersexualidad. Un abordaje de las representaciones socioculturales dominantes” en CABRAL, Mauro (ed.), INTERDICCIONES. Escrituras de la intersexualidad en castellano, Anarrés Editorial, Córdoba 2009, pp. 51, 52.

1º. Que se admita legalmente esta cualidad o condición de la persona y se sitúe junto a la división de la sociedad en dos sexos. Lo que obliga, por lo tanto, a una toma de postura de parte del legislador; difícil y complicada en algunos países dados los principios sobre los que se asienten sus principios generales.

2º. Que se elimine el carácter patológico asignado y, sobre todo, la necesidad y urgencia de practicar una intervención quirúrgica a los pocos días del nacimiento de la persona, para reasignar / definir el sexo, cuando no existe peligro para la vida de la persona.

3º. Que se reconozca el derecho a la autodeterminación de la propia persona, a su autonomía, de manera que sea ella quien decida cuando tenga el suficiente conocimiento y sin que se sustituya, en ningún caso, su voluntad (excepción hecha del caso de riesgo para la salud). Lo que lleva implícito admitir la capacidad para emitir la declaración de voluntad conforme a la capacidad natural (madurez de juicio).

4º. Que se respete la decisión de la persona de no decantarse por uno de los dos sexos. Es decir que no se obligue a la reasignación sexual.

2.2. Clasificación de las situaciones

Genéricamente, la intersexualidad, se ha calificado como una patología orgánica que en algunos casos puede desencadenar problemas psicológicos de identidad sexual. En este apartado haré una descripción enunciativa y mínima de lo que se acostumbra a incluir bajo la denominación de intersexualidad, sin más afán que el informativo y a fin de dejar claras las ideas que se expresan en este artículo (21).

Las disfunciones se acostumbran a ordenar en dos grupos en atención a la manera en que afectan a la identidad sexual de la persona. La nota común entre ellos se halla en que se detecta la coexistencia de elementos biológicos de ambos sexos en la misma persona.

(21) Tomo la información de NIETO PIÑEROBA, op. cit., *Transexualidad, intersexualidad*, pp. 376 a 386; CAMPS MERLO, Marina, *Identidad sexual y Derecho. Estudio interdisciplinario del transexualismo*, Eunsa, Pamplona 2007, pp. 88 a 105, a quien remito al lector.

1.- *Irregularidades en la determinación sexual*: son las calificadas como disgenesias gonadales. La manifestación o revelación de la anomalía es indirecta, de modo que es imperceptible a primera vista (sólo se aprecia a través de signos como por ejemplo, la estatura de la persona, pero que no son determinantes). En la mayor parte de los casos estas irregularidades no acostumbran a producir problemas de identidad pues la persona asume la que se acomoda a su fenotipo. Son las primeras alteraciones biológicas que se pueden revelar en la persona y su origen es genético o cromosómico, influyen en las gónadas pero no producen discordancia entre los órganos internos y los externos y se asocian al desarrollo, de manera que son congénitas. Se incluyen como tales:

- El *Síndrome de Klinefelter*: se presenta en los hombres y el dato que lo define es el tener un cariotipo de 47 cromosomas; es un cariotipo masculino que tiene un X de más (47, XXY y variadas fórmulas sexuales, 48, XXYY; 48, XXXY; 49, XXXYY; 49, XXXXY....). El X añadido es el que produce un desarrollo anormal de los testículos y se revela en la adolescencia. Se asocia a la infertilidad irreversible.

- El *Síndrome de Turner*, se presenta en mujeres (versión femenina del anterior) que tienen 45 cromosomas (45,XØ). La mujer tiene un solo cromosoma sexual y aunque la cromatina sexual es de tipo masculino, el fenotipo de estas personas es femenino. Baja estatura, incapacidad para procrear, escaso desarrollo de los órganos.

- *Síndrome de Ullrich*: niños con malformaciones somáticas, desorden endocrino congénito y desarrollo infantil de los órganos sexuales internos y externos.

- *Disgenesia gonadal pura*: ausencia de ovarios.

- *Disgenesia gonadal mixta*: ambigüedades genitales, se asocia a casos de hermafroditismo y pseudohermafroditismo. Algunos de ellos ocasionan retraso mental y otras enfermedades.

2.- *Irregularidades en la diferenciación sexual*, que reciben, en la medicina, la denominación de *hermafroditismo* y *pseudohermafroditismo*, pese a que este término se critique hoy en día, por la carga negativa que conlleva en la cultura occidental. Características generales de las anomalías calificadas como pseudohermafroditismo son: el

desarrollo de un fenotipo ambiguo y los caracteres sexuales confusos que inciden en la identidad sexual de la persona y en la identidad. El hermafroditismo real comporta el desarrollo biológico simultáneo de las dos identidades sexuales.

Se incluyen en este grupo:

a) El pseudohermafroditismo masculino: es la incompleta virilización de los genitales externos e internos en persona con testículos diferenciados y cariotipo masculino (46, XY). Entre los casos, por ejemplo, se pueden citar:

- *Síndrome de Morris*: feminización testicular. Las personas que lo presentan tienen genitales externos femeninos y fenotipo femenino; no tienen útero, carecen de conductos genitales y los testículos están retenidos; la detección de gónadas masculinas es la que suscita la existencia del síndrome. Se manifiesta en la pubertad momento en el que ocasiona los problemas de identidad.

- *Síndrome de Imperato — McGinley*: órganos internos masculinos y testículos, los demás externos son ambiguos. Déficit de la enzima Delta (hormona responsable de la virilización de los órganos genitales externos). También, como el anterior, el aumento de la testosterona en la pubertad y el desarrollo de tipo masculino es el que detecta la presencia del síndrome.

b) Pseudohermafroditismo femenino: es la feminización incompleta de los genitales internos y externos en personas con cariotipo femenino y ovarios, pero genitales externos ambiguos.

c) Hermafroditismo verdadero: presencia a la vez de tejido ovárico y testicular en la misma gónada (ovotestis) o en gónadas separadas; genitales externos femeninos o masculinos o ambos. En la base siempre existe una alteración cromosómica.

De la simple lectura de la clasificación relatada se sigue que no se trata de una cuestión simple, ni tampoco lineal. A contrario, presenta la suficiente complejidad como para parar atención en ella; y sobre todo, a la vista de los estudios científicos a los que ha dado lugar, requiere de una consideración de parte de la norma, *rectius*, de la conciencia social encarnada en las leyes. No podemos continuar, desde la dignidad de la persona y de los derechos inviolables, reconocidos en los instrumentos y cartas internacionales,

aferrándonos a la división de los humanos en dos sexos. Se ha de dar entrada a estas situaciones en las normas, con independencia de si, en efecto, se está en presencia, realmente, de un tercer sexo o de una situación provisional.

3. Identificación oficial

La identificación oficial (pública) de la persona, en la generalidad de los ordenamientos jurídicos, se efectúa a partir de unos datos estándar que se han ido repitiendo en el tiempo y que se recogieron en las normas civiles codificadas del siglo XIX, implícita o explícitamente. Los datos civiles, a su vez, son los que, con posterioridad se han tomado por otras normas, en particular las administrativas (las que afectan a los documentos oficiales de identificación).

Entre estos datos, como no podía ser de otra manera, el sexo de la persona siempre ha ocupado un lugar, digamos, preferente y ha determinado el contenido de las normas, no sólo las que se incardinan en el derecho de la persona y en el ámbito familiar sino el general, atendida la división del humano.

3.1. Sexo

Aunque el sexo en la actualidad es evidente que en ningún texto legal del área del *Civil Law* se considera un estado civil de la persona, no debe olvidarse que así ha sido hasta época muy reciente. Es evidente que, durante el siglo XIX y hasta más de la mitad del XX, en una buena parte de los ordenamientos (así sucede en los derechos civiles españoles), el sexo se incluía entre los estados civiles, fijaba la capacidad de obrar de la mujer, el poder de actuación en el ámbito jurídico y afectaba a la posibilidad de incorporación de determinadas personas a las instituciones jurídicas. La relevancia del sexo se expresaba en el contenido de las reglas de cada una de las instituciones jurídicas (públicas y privadas) y en particular las que se referían a la mujer casada (22). El sexo era algo más que un dato pues integraba un estatus (estado civil), desde el momento en que ser hombre o ser

mujer (siempre es el dimorfismo sexual) no era intrascendente para la norma jurídica.

En la actualidad, es obvio que no se puede mantener la misma opinión, ya se defina el estado civil como cualidad personal relevante, ya lo sea conforme a la concepción clásica que lo vincula a la capacidad de obrar (23). El principio de igualdad y no discriminación por razón de sexo, reconocido y proclamado en textos e instrumentos internacionales y cartas fundamentales vedan su consideración como estado civil.

En este sentido, la proclamación tajante de los *Principios de Yogyakarta sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género* (2006), en cuyo principio 3 se lee que “Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica. Las personas en toda su diversidad de orientaciones sexuales o identidades de género disfrutarán de capacidad de obrar (jurídica) en todos los aspectos de la vida. La orientación sexual o identidad de género que cada persona defina para sí, es esencial para su personalidad y constituye uno de los aspectos fundamentales de su autodeterminación, su dignidad y su libertad”.

Pero interesa conocer qué se ha entendido como sexo en el ámbito jurídico, es decir, qué noción y función se le ha asignado.

En la *configuración legal el sexo coincide con la descripción que hace la ciencia biológica*, en la que se tiene en cuenta todos los datos que nos vienen dados de aquélla y particularmente los que se manifiestan al exterior, en el cuerpo de la persona. El concepto o noción de sexo es genético y biológico y, también, se revela en la mente (24);

(23) Sobre el concepto de estado civil, en la actualidad, remito al lector a GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen “Capítulo 3: El estado civil y las condiciones de la persona” en Tratado de Derecho de la Persona Física (Dir.: GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen Coord., SOLÉ RESINA, Judith), Civitas, Madrid 2013, Tomo I, pp. 179 a 226.

(24) Según el filósofo MOSTERIN, Jesús (La naturaleza humana. Madrid. 2006, Ed. Espasa Calpe, p. 161), la naturaleza humana se manifiesta en el cerebro. “De hecho —indica (p. 176)— los genes, el cerebro, las hormonas y los estímulos externos interaccionan constantemente entre sí en la producción de la conducta observada”. “El gen SRY (abreviatura de Sex-determination Region Y) es el que determina la masculinidad. Es el interruptor, la llave o el disparador

(22) Me remito a lo que se explica más in extenso en GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen / SOLÉ RESINA, Judith “Mujer y patrimonio. El largo peregrinaje del siglo de las luces a la actualidad”, en Anuario de Derecho Civil, (2013/ 2014) (en prensa).

el sexo define físicamente a la persona, la individualiza, de donde sea opinión dominante que es una característica innata y propia la pertenencia a uno (femenino) u otro (masculino). A lo que se agrega que el sexo se considera desde la función reproductora, cuyo cumplimiento asegura la pervivencia de la especie. De ahí que, jurídicamente, como dato personal se trate como *una característica de la persona, que concurre necesariamente, sin posibilidad de exclusión*.

Del sexo, así concebido, como cualidad tenida en cuenta por la ciencia jurídica y, por el legislador, se predica que:

- * Es una *cualidad personal absoluta*.
- * *Inherente* a la persona desde el nacimiento.
- * En la que se distingue entre el *masculino* y el *femenino*. El dimorfismo sexual.
- * *De cuya adscripción, a uno u otro ninguna persona puede sustraerse*.
- * Se sitúa por encima de las demás cualidades, características o situaciones personales que individualizan aspectos concretos de la persona. En realidad, actúa como *presupuesto previo —soprote— de las demás*.

Esta configuración dominante ha supuesto que, en los casos en que una persona nace con una de las irregularidades que impiden la determinación a favor de uno de los dos sexos admitidos, de una parte, se considere que existe anormalidad (que quede fuera de la norma) que debe corregirse, de otra que se imponga forzosamente, la adscripción a uno u otro sexo. En los casos en los que no quedan definidos los órganos externos, que son los más patentes o claros, se aconseja la asignación sexual inmediata, en otros no es hasta la pubertad cuando se plantea el problema jurídico. Sea lo uno o lo otro, lo cierto es que, por el momento, social y legalmente se impone la necesidad (creada por la norma) de determinar un sexo físico desde el

que pone en marcha la cascada de cambios anatómicos y hormonales que hacen del embrión un hombre y no una mujer (...). El sexo femenino es el sexo por defecto de los mamíferos, y por lo tanto el sexo humano que se desarrolla si no se hace nada para impedirlo, el sexo que se adquiere si se carece del gen SRY o si el gen SRY no funciona adecuadamente. Este gen está en el cromosoma Y. Sin cromosoma Y, y por consiguiente sin gen SRY, el embrión se convierte en hembra” (pp. 263, 264).

principio del reconocimiento de la existencia de una personalidad jurídica (persona).

Las bases sobre las que se asienta la consideración jurídica del sexo, como se sabe, impidieron, en un primer momento acoger jurídicamente alguna de las consecuencias derivadas de la *transsexualidad*, es decir, fueron un obstáculo a la hora de reconocer el cambio de sexo de manera oficial, pues aquélla contradecía a todas luces el criterio biológico. En el ámbito español (no muy distinto de lo que sucedió en otros países de Europa), la petición de la persona transexual de rectificación registral del sexo que constaba por el sexo vivido no se admitía, al considerarse que la solicitud carecía de fundamento porque no había habido error, de manera que se obligaba a acudir a los tribunales para que fuera una sentencia la que fijara si había lugar o no a tal rectificación del sexo oficial de la persona. Poco a poco, sin embargo, en un lento proceso, en las decisiones de los tribunales españoles y en las resoluciones de la Dirección General de Registros y Notariado, se fue avanzando en la línea de permitir el cambio de la mención registral del sexo, primero tímidamente y limitando los efectos sobre todo en relación con la capacidad para contraer matrimonio (25), más tarde ya de manera más amplia, con la admisión de aquél (26). La principal oposición derivaba, en particular, de

(25) VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, “Capítulo 11: La identidad sexual. La homosexualidad” en Tratado de Derecho de la Persona Física (Dir.: GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen Coord., SOLÉ RESINA, Judith), Civitas, Madrid 2013, t. I, p. 556, indica que “(...) la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de julio de 1987 es la que reconoce por primera vez el derecho a la rectificación registral del sexo, aunque en la misma resolución se niega la equiparación total con la nueva identidad “para realizar determinados actos o negocios jurídicos, toda vez que cada uno de éstos exigiría la capacidad y la aptitud en cada supuesto”, hablándose en este caso de “ficción de hembra” con lo que parece dar entender que no goza del ius connubi. Esta doctrina se confirma en sentencias posteriores que requieren para proceder al cambio de sexo el informe psicológico, el tratamiento hormonal y la cirugía de reasignación, SSTS 15 de julio de 1988, 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991, 6 de septiembre de 2002”.

(26) Se trata de dos Resoluciones de 8 de enero de 2001 de la DGRN en las que se permite el ejercicio del ius connubi por los transexuales. Lo que confirma la Nota Doctrinal de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el posible matrimonio de un transexual, de 21 de marzo de 2001.

la vinculación entre el sexo y la reproducción; en definitiva, de la concepción legal del sexo.

La variación del criterio se produjo cuando se asumió la separación del sexo de sus raíces estrictamente biológicas y genéticas y de la función reproductora. Una concepción que el legislador español, al menos por lo que hace al matrimonio, ya había dejado de lado en 1981 por imperativo de la Constitución de 1978, cuando refaccionó su regulación conforme al principio de igualdad (27). Y un progreso, en cuanto a la calificación jurídica del sexo, que ha sido imparable en el derecho español en las normas posteriores, pero que también ha tenido lugar en la mayor parte de los ordenamientos europeos (Países Bajos, Italia, Portugal, Reino Unido...).

En efecto, primero se ha de mencionar la ley 13/2005, de 7 de julio (que modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio) (28), que eliminó el requisito de la heterosexualidad del matrimonio y, con ello asentó que la finalidad reproductiva del mismo no era contenido del estatus. Y, dos años más tarde la Ley 3/2007, de 16 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, permite, cumpliendo ciertos requisitos, la rectificación de la mención oficial del mismo (la efectuada en el momento del nacimiento).

De esta manera, por lo que respecta al ordenamiento español, bien puede afirmarse que la concepción jurídica del sexo dista mucho de la originaria. En efecto, aún es la misma de las ciencias de la vida, pero también es, en cierto modo, creación jurídica desde que la norma tiene en cuenta la *transsexualidad* que, con el cumplimiento de los requisitos dispuestos, autoriza la modificación de la inicial determinación del sexo de la persona, y ello bien sea porque se ha tenido lugar una *modificación de la apariencia física* de la persona (operación quirúrgica), bien porque sin intervención clínica se constata la *disforia sexual*.

Esta concepción del sexo como característica o cualidad de la persona, si se observa con detenimiento, difiere de manera notoria de la califi-

(27) Lo que se manifestó al eliminar la impotencia como causa de incapacidad para contraerlo.

(28) Cuya constitucionalidad fue corroborada por la STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012.

cación, llamémosle histórica del mismo pero se acomoda al concepto general de persona como sujeto de derecho (cf. arts. 10 Constitución española) (29), que es obligado seguir por la legislación positiva. Una concepción que, conforme a lo reconocido en los instrumentos internacionales debe configurarse con respeto y con cumplimiento del principio de igualdad (30). Dicho de otra forma, *el concepto jurídico de persona*, de personalidad jurídica (arts. 29 y 30 Código Civil español) obliga al legislador a tener en consideración, a la hora de considerar a la persona, a ésta en su integridad conforme a su dignidad, lo que comporta el respeto y admisión de las condiciones que la acompañan, sin imposiciones. Es decir, sin hacer distinciones cuando no proceda, y haciéndolas únicamente allá donde lo reclame (igualdad material).

La constatación de que el sexo no es estado civil implica una obviedad; si el legislador y el jurista deben tener en consideración la dignidad de la persona, los derechos que le son inherentes, los valores de la cultura y los principios, parece que huelga cualquier normativa específica en la que se prevea la inclusión de las diferencias, de lo que no responda a "la normalidad". Ocurre sin embargo que las normas jurídicas ya por la influencia del grupo político que las propone y elabora, ya por la imposición de un sentir y concepción de un momento histórico determinado no recogen todas las sensibilidades y diferencias, como debería ser y es ahí donde se ha de hacer hincapié en la necesidad de acomodo de la norma a la realidad de la persona (*rectius*, a su condición personal, individual y única).

(29) Sobre el concepto de persona y su función en el Derecho, me remito a GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen "Capítulo 1: Persona, personalidad, capacidad" en op. cit., Tratado de Derecho de la Persona Física, Tomo I, pp. 61-120.

(30) Indica la Exposición de Motivos de la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que "La transsexualidad, considerada como un cambio en la identidad de género, ha sido ampliamente estudiada ya por la medicina y la patología. Se trata de una realidad social que requiere una respuesta del legislador, para que la inicial asignación registral del sexo y del nombre puedan ser modificadas, con la finalidad de garantizar el libre desarrollo de la personalidad y la dignidad de las personas cuya identidad de género no se corresponde con el sexo con el que inicialmente fueron inscritas".

Precisamente una determinada concepción, avalada por un acervo importante cultural, social y religioso, ha propiciado, a lo largo de la historia una configuración legal en la que se parte de la dualidad sexual y de la situación inferior o subordinada del sexo y del género femenino. Una concepción que si bien empieza a superarse por lo que afecta a la transexualidad, aún no ha encontrado el suficiente reflejo y visibilidad para la intersexualidad que permanece ignorada, oculta y que no sólo sitúa a las personas en una clara situación de inferioridad y discriminación sino que comporta una clara vejación.

La norma alemana comentada al inicio de este escrito, como ya se ha dicho, da un paso, pero aún notoriamente insuficiente.

3.2. *Constancia oficial*

Desde siempre ha sido constante la preocupación por procurar por la seguridad y libertad en el tráfico y por la transparencia en las relaciones jurídicas, para lo que es importante que las personas entre quienes se pueden entablar relaciones jurídicas cuenten con unos mínimos conocimientos / información unas acerca de las otras. Los datos relativos a la identificación de quienes actúan como parte (sujetos) de aquéllas son esenciales, pues de ellos se hace depender la eficacia, sino la validez, de los actos jurídicos. En el ámbito jurídico, sabido es que son los Registros públicos, los Registros Civiles o del Estado civil cuya creación en el ámbito europeo se remonta a los últimos años del siglo XIX (31), quienes han llevado a cabo la función de recoger los principales datos de la persona y de darlos a conocer públicamente

Pues bien, junto a la fecha y hora del nacimiento, en la mayor parte de los países, el nombre, el sexo y la filiación de la persona nacida se erigen en datos imprescindibles que deben contenerse en el documento o acto en el que se comprende la declaración de nacimiento y que se reflejan en el asiento registral correspondiente. El sexo, por lo que se refiere a su plasmación en el Registro del estado civil, es así un dato de identificación oficial de la persona que siempre debe estar. Aunque aquí solamente cite los preceptos del ordenamiento jurídico español, nada distan éstos

(31) Con anterioridad los registros parroquiales de la Iglesia católica y de las confesiones religiosas correspondientes, si bien en menor medida que ésta.

de los criterios que se siguen en los demás países del área europea.

En el derecho español, en la actualidad, podemos aludir a una doble normativa: de una parte la vigente hasta el 23 de julio de 2014, que es la de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 y su Reglamento (Decreto de 14 de noviembre de 1958); de otra la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. En ambas normas el dato del sexo aún continúa siendo un elemento oficial de reconocimiento de la persona que, pese a que pueda modificarse en los supuestos de disforia sexual (transexualidad), sin embargo aún hunde sus raíces en la concepción biológica del mismo.

En la ley registral de 1957 la inscripción da fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, del sexo y en su caso, de la filiación del inscrito (art. 41 LRC 1957). En el parte de nacimiento, además del nombre, apellidos, carácter y número de colegiación de quien los suscribe, han de constar, con la precisión que la inscripción requiere, la fecha, hora y lugar del alumbramiento, sexo del nacido y menciones de identidad de la madre (art. 167 RRC 1958). Y en la inscripción de nacimiento ha de constar (art. 170 RRC 1958):

1. La hora, fecha y lugar de nacimiento. En los partos múltiples, de no conocerse la hora exacta de cada uno, constará la prioridad entre ellos o que no ha podido determinarse.
2. Si el nacido es varón o mujer y el nombre impuesto.
3. Los padres, cuando legalmente conste la filiación.
4. El número que se asigne en el legajo al parte o comprobación.
5. La hora de inscripción”.

A ello se añade que, a la hora de imponer un nombre a la persona, la misma ley (art. 54.2 LRC 1957) continúe expresando que “quedan prohibidos los nombres que objetivamente perjudiquen a la persona, los que hagan confusa la identificación y los que induzcan a error en cuanto al sexo”. Es evidente que el nombre que se impone a la persona tiene, la mayor parte de las veces, en nuestra cultura, un claro componente sexual, *rectius*, indicador o publicador del sexo de la persona.

En la Ley 20/2011, de Registro Civil, la inscripción, continúa dando fe del hecho, fecha, hora y lugar del nacimiento, identidad, sexo y, en su caso, filiación del inscrito (art. 44.2 Ley 20/2011). Se indica, de manera expresa, que en la inscripción de nacimiento se consignan los datos de identidad del nacido: el nombre impuesto y los apellidos que le correspondan según su filiación; y también el lugar, fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido (32). La novedad aparente de la norma es que define los datos de identidad de la persona cómo el nombre que se impone y los apellidos derivados de la filiación y el sexo, en inicio, no tiene esa cualificación. Sin embargo, no existe realmente tal innovación pues, como dispone la propia norma (art. 44.2 Ley 20/2011), la inscripción de nacimiento da fe del sexo de la persona, luego la identifica oficialmente, y no se prevé la posibilidad de indefinición del mismo, la dicción legal es clara en el sentido imperativo (33); sin perjuicio de que la rectificación del sexo, sea un dato de publicidad restringida (art. 83 Ley 20/2011). (34) En esta ley, explícitamente ha desaparecido, también, la prohibición de que el nombre que se le imponga a la persona recién nacida lleve a confusión respecto del sexo de la persona, pero, se ha mantenido que no se puedan asignar “nombres que sean contrarios a la dignidad de la persona ni los que hagan confusa la identificación” (art. 51.3 Ley 20/2011); en esta última precisión, seguramente, a menos

(32) A esta inscripción se incorpora un código personal que se asignará a cada persona. Siempre que fuere posible, han de constar en la inscripción las siguientes circunstancias de los padres: nombre y apellidos, Documento nacional de identidad o Número de identificación de extranjero, lugar y fecha de nacimiento, estado, domicilio y nacionalidad, así como cualquier otro dato necesario y que se haya incluido en los modelos oficialmente aprobados (art. 49 Ley 20/2011).

(33) Literalmente, el artículo 49.1 Ley 20/2011 (Contenido de la inscripción de nacimiento y atribución de apellidos) dice: “En la inscripción de nacimiento constarán los datos de identidad del nacido consistentes en el nombre que se le impone y los apellidos que le correspondan según su filiación. Constarán asimismo el lugar, fecha y hora del nacimiento y el sexo del nacido”.

(34) Esta restricción de la publicidad del sexo y, en concreto, de la rectificación, también está en la normativa vigente: artículos 21 y 22 del Reglamento de Registro Civil de 1958.

que se modifiquen los criterios, se incluirán los casos más claros relacionados con el sexo (35).

Es fácil comprobar que el sexo continúa siendo uno de los datos imprescindibles para determinar la identificación oficial de la persona; un dato, por demás, que no parece pueda eludirse, *rectius*, que no se puede dejar en blanco; así que desde el nacimiento ha de quedar fijado un sexo. Ineludiblemente ha de estar sin perjuicio de que, en un momento posterior se pueda rectificar su constancia o modificar (por cambio).

No importa, en lo que hace al tema que nos ocupa en este escrito, la posible variación de la constancia oficial del sexo, ya se produzca como consecuencia de la incoación de un expediente registral, cuando se lleve a través de la vía de la rectificación de un error, ya sea a través de una sentencia judicial que obligue a ello, cuando se trate de un supuesto que encaje en las normas sobre la transexualidad; nos interesa únicamente la propia publicación del dato relativo al sexo de la persona y su alcance.

Cómo se ha dicho, mientras el sexo de la persona determinaba un estatus civil, ya en sí o *per relationem* a otro estado civil (el matrimonio), la constancia del sexo tenía importancia jurídica: la más evidente era la que trascendía a la capacidad de obrar de la persona, distinta en mujeres, al ser mucho más limitada para la mujer casada. Pues bien, desaparecido el sexo como estado civil, en general en la mayor parte de ordenamientos jurídicos, es injustificada la diferenciación en base al mismo, pues deja de ser trascendente como dato en el que apoyar la identificación oficial de la persona.

¿Qué añade el ser hombre o el ser mujer a la persona considerada en su integridad? ¿Junto a la dualidad de sexos se ha de admitir un tercero: el intersex? En mi opinión, a efectos de la identificación oficial de la persona no debe importar, en verdad no importa, es decir, es irrelevante que el dato del sexo se publique, ya que realmente, lo único que interesa es la persona, el ser humano. Y para ello no es necesario que exista desde el inicio

(35) Vid la valoración que hace de este extremo GARCÍA RUBIO, María Paz “Capítulo 9: El nombre de las personas físicas” en Tratado de Derecho de la Persona Física (Dir: GETE-ALONSO y CALERA, M^a del Carmen Coord., SOLÉ RESINA, Judith), Civitas, Madrid 2013, t. I, pp. 484-488.

de la vida independiente (36) una definición de los órganos sexuales, de la tendencia en el comportamiento sexual o de la identidad sexual, pues sólo basta con que se le califique de ser (de humano). Ni uno, ni otro, ni el tercer sexo, en este sentido sí que la norma alemana es un avance. Pero queda el escollo, sin duda, referente al nombre que se le impone a la persona, signo, en la mayor parte de las ocasiones, revelador del sexo. De todas formas, con independencia del vínculo que existe entre el nombre y el sexo, sí que se evidencia que la modificación legal es insuficiente si a la vez no se acompaña de una reforma de las reglas previstas para el nombre propio (de pila) de la persona.

4. Una reflexión somera acerca de la identidad de la persona

Oficialmente, el sexo, como se ha explicado, ya en su caracterización más rígida y clásica (o tradicional, si se quiere) como cualidad física de la persona en sentido biológico / endocrino / genético, bien en la más actual que admite el cambio oficial del publicitado (llamémosle así) con o sin intervención quirúrgica, concepción en la que éste se desliga un tanto de la raíz física, es un dato tenido en consideración para identificar a la persona en el tráfico. Pero, a la vez, el sexo contribuye a la identidad de la persona como ser humano.

Conviene, por ello distinguir entre estos dos conceptos relacionados estrechamente para calibrar la vía por la que debe discurrir, en su caso, la norma jurídica en relación con este extremo: de una parte la identificación y de otra, la identidad de la persona; matización importante, en particular cuando se hace hincapié en la identidad sexual de la persona. Asimismo, no se ha de confundir ésta con la identidad de género, lo que no es tarea sencilla porque a lo largo del tiempo, sobre todo al compás de las teorías feministas, se han venido vertiendo dispares opiniones, valoraciones y utilidades de los términos que no siempre son coincidentes, tampoco pacíficas (37) y que han procurado más confusión en este tema. En efecto,

(36) La vida independiente empieza a partir de la ruptura del cordón umbilical, que es la que produce la autonomía del ser de la madre que lo gestó.

(37) Vid, VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, op. cit., "Capítulo 11: La identidad sexual. La homosexualidad" en Tratado de Derecho de la Persona Física, t. I, pp. 552 a 556.

porque de la noción primigenia de la identidad de sexual se ha pasado a la de la identidad de género que es la que, en estos momentos, parece que predomina.

No es el momento de desarrollar, *in extenso*, en este escrito toda la problemática comprendida en los conceptos indicados (38), pero es necesario mencionarla, siquiera de manera somera, pues guarda estrecha relación con el tema que ha ocupado estas líneas.

Es importante remarcar que la identificación de la persona, en abstracto, comporta la referencia a aquello que permite que el resto de la sociedad, las demás personas, puedan reconocer la individualidad (39), la mismidad del ser humano: el individuo (ente único, propio e irreplicable). (40) Constatación que es relevante para poder actuar en el tráfico, para las relaciones jurídicas. La identificación legal de la persona, como se ha comentado, se efectúa a través de unos datos que aparecen en los Registros civiles públicos, marcados en las leyes, que después se contienen (trasladan o copian) en los instrumentos oficiales (administrativos) y se presentan (manifiestan) en el tráfico jurídico. Por citar los más generalizados, el reconocimiento se plasma en los documentos nacionales de identificación (el DNI español, por ejemplo) (41) o,

(38) Son cita obligada, para las teorías vertidas en torno a la identidad, los escritos de BUTLER, Judith en especial remito a su obra *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. (Traducción: MUÑOZ, Antonia) Paidós, Barcelona 2007.

(39) Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua española (23ª ed), Identificar es: "Reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o busca".

(40) Recuérdese que, atendido el significado del término latino (individuo), individuo es lo que no se puede dividir, lo que es único.

(41) En el Real Decreto 1553/2005, de 23 de diciembre (por el que se regula la expedición del documento nacional de identidad y sus certificados de firma electrónica), se lee en el artículo 11 (Contenido) que: "1. El Documento Nacional de Identidad recogerá gráficamente los siguientes datos de su titular: En el anverso: Apellidos y nombre; fecha de nacimiento; sexo; nacionalidad; número personal del documento nacional de identidad y carácter de verificación correspondiente al número de identificación fiscal; fotografía; firma. En el reverso: Lugar de nacimiento; provincia-nación; nombre de los padres; domicilio; lugar de domicilio; provincia; nación; caracteres OCR-B de lectura mecánica. Los datos de filiación se reflejarán en los mismos

en el pasaporte (42), en todos ellos el sexo junto a otras circunstancias, hechos y cualidades, cómo no podía ser de otra manera, aparece invariablemente en los datos publicados, sin posibilidad de elusión. Sólo una intervención legislativa, en este extremo, podría hacerlo desaparecer, dejar que tenga notabilidad pública. Como se acaba de escribir, hoy en día si el sexo no es estado civil ni determina la capacidad de obrar de la persona ni tampoco la capacidad para contraer matrimonio (en aquellos ordenamientos en los que se admite el matrimonio homosexual) debería eliminarse de los datos de identificación pues carece de relevancia. Sin embargo, la cuestión no es aún pacífica y queda aún mucho camino por recorrer; si bien se está en la senda adecuada, la que marca el principio de igualdad y la no discriminación, de parte de algún ordenamiento jurídico, como es el caso alemán, si bien parcialmente o el australiano comentado, más avanzado, aún quedan muchas reglas que depurar y modificar.

Próximo pero distinto a esta identificación oficial y por las demás personas en la vida de re-

términos en que consten en la certificación a la que se alude en el artículo 5.1.a) de este Real Decreto, excepto en el campo de caracteres OCR-B de lectura mecánica, en que por aplicación de acuerdos o convenios internacionales la transcripción literal de aquellos datos impida o dificulte la lectura mecánica y finalidad de aquellos caracteres.2. Igualmente constarán los siguientes datos referentes al propio Documento y a la tarjeta soporte: Fecha de caducidad; Número de soporte.3. Los textos fijos se expresarán en castellano y los expedidos en territorio de aquellas Comunidades Autónomas que tengan otra lengua oficial, serán también expresados en ésta.4. El chip incorporado a la tarjeta soporte contendrá: Datos de filiación del titular; Imagen digitalizada de la fotografía; Imagen digitalizada de la firma manuscrita; Plantilla de la impresión dactilar del dedo índice de la mano derecha o, en su caso, del que corresponda según lo indicado en el artículo 5.3 de este Real Decreto; certificados reconocidos de autenticación y de firma, y certificado electrónico de la autoridad emisora, que contendrán sus respectivos períodos de validez; claves privadas necesarias para la activación de los certificados mencionados anteriormente.

(42) En el artículo 10.2 del RD 896/2003, de 11 de julio, (por el que se regula la expedición de pasaporte ordinario y se determinan sus características), en lo que respecta a los datos que han de constar se exige expresamente: "d) Los apellidos, nombre, nacionalidad, fecha y lugar de nacimiento y sexo, así como las fechas de expedición y caducidad del pasaporte. Contendrá, igualmente, la firma digitalizada del titular, a cuyo efecto, para prestarla, deberá acudir a las unidades expedidoras".

lación, tal y como se ha explicado, es *la identidad de la persona*, particularmente la identidad sexual de cada humano (individuo), que pertenece a cada uno formando parte de su esfera personal y de su estructura corporal y psicológica. La identidad de la persona se refiere al conjunto de los rasgos propios de cada uno, inherentes al mismo, aquellos que lo caracterizan e individualizan frente a los demás, que marcan o revelan la diferencia; recordemos que el individuo es el ser único, propio e irreplicable, de imposible confusión con cualquiera otro. A la par de este significado, la identidad de la persona se refiere, propiamente, a esta misma en sí, es decir a la conciencia (la percepción y el sentimiento) que cada persona tiene de ella misma como distinta de las demás por la concurrencia de las cualidades, caracteres, sentimientos y modos de comportarse propios (43).

La denominada identidad sexual, en inicio y en su concepción primigenia, se sitúa en el ámbito puramente biológico y genético y en ella se parte de la división entre los dos sexos (lo que es la norma —normalidad—: masculino y femenino).

Es decir, la *identidad sexual* está determinada por las características biológicas, lo que comprende la genética (cromosomas XX ó XY), la genitalidad (órganos sexuales) y las gónadas o glándulas sexuales (los órganos reproductores: ovarios o testículos), y en general las demás características sexuales de la persona referentes al sistema hormonal. Es esta identidad sexual física, llamémosla así, la que aparece confusa o indeterminada para quienes presentan alteraciones o, mejor, no encajan en la norma: las personas intersexuales. En esta noción, la dualidad sexual asumida por la cultura y recogida en la ley, impone "lo normal", de donde deriva la exigencia o imposición de una identidad precoz, al obligar a elegir entre uno u otro sexo y al tratarlo como una anomalía. El reconocimiento de la identidad sexual biológica en el siglo XXI, es decir a día de hoy ha de pasar, así se ha de asumir ineludiblemente, por admitir también la indefinición, la mixtura, si se quiere, porque es algo que sucede, que está aquí y que forma parte de la identidad de estas personas. ¿Comporta, entonces, que se haya de hablar de

(43) Ambos significados de la identidad se recogen en el Diccionario de la Real Academia de la lengua española, en particular, el que se refiere a la percepción que cada uno tiene de lo que es, se ha añadido en la última edición (23ª ed).

un tercer sexo? En mi opinión, la normalidad, en el sentido de norma, en la actualidad, debería comportar que no se haya de formular la pregunta. Es decir, supone que reconocida la existencia de la situación o condición de intersexo, esa admisión se produzca con todas las consecuencias: se incluya en los parámetros de la normalidad, sea norma. Luego, inmediatamente después, la igualdad, *rectius* el valor dignidad de la persona lleva a su irrelevancia jurídica en ese ámbito de identificación, como, en verdad, es.

Esta identidad sexual es la que, también, se ha formulado respecto de otra situación próxima: la transexualidad, hasta el punto de que, como se ha indicado, durante un largo tiempo ha actuado como un obstáculo a la hora de permitir, al menos inicialmente, el cambio de la constancia del sexo publicado. Pero, una vez que las normas positivas, de diversos ordenamientos, han dado entrada a la transexualidad, anticipadamente a la situación de intersexualidad, parece que la conclusión obligada de todo este proceso deba ser que desaparezca el sexo de los datos de identificación de la persona a la par que sí se atiende a la voluntad (autodeterminación) de cada uno con referencia a este extremo (la identidad sexual: física en alguno de sus aspectos).

En contraste a la identidad sexual, el término *identidad de género* que, como se relató *supra* empezó a emplearse por Money, Hampson y Hampson (44), precisamente a raíz de la práctica de la cirugía de reasignación, recomposición sexual en las personas intersexuales, tiene un contenido eminentemente cultural, social que hace que sea derivado y no originario. O sea, dicho de manera más simplificada, la identidad de género no obedece, de manera exclusiva, a los caracteres y datos físicos de la persona sino que comprende la manera en que ésta, durante su vida y sobre todo a partir de que tiene autonomía y conciencia de sí, se presenta en la sociedad. La identidad de género se refiere a la función y a las conductas, sentimientos y actitudes que la sociedad atribuye a lo masculino o a lo femenino, en cada período histórico (45) y que la persona

presenta o manifiesta. Término éste (género), sabido es, que ha alcanzado un auge importante, precisamente por su utilización por las doctrinas feministas. En todo caso, la noción de identidad de género incluye no sólo la percepción exterior, de los demás sino también y particularmente la manera en que la persona se muestra en la vida de relación, o sea su comportamiento, la función que asume y quiere (siente, pertenece a su convicción o ser) por la que es considerada por los demás. La transexualidad, como se ha explicado, ha alcanzado reconocimiento, allí en donde se ha admitido, en base a esta identidad, junto al principio de igualdad y al valor de la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad. También, esta constatación, sin duda alguna, avala la necesidad de replantearse la norma en lo que se refiere al tratamiento de la situación de intersexo. Para el ordenamiento español, que claramente declara y califica, se lee en la Exposición de Motivos de la *Ley 3/2007, de 15 de marzo (reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas)*, “La transexualidad (...) como un cambio de la identidad de género (...)”, desemboca en “ver corregida la inicial asignación registral de su sexo, asignación contradictoria con su identidad de género, así como a ostentar un nombre que no resulte discordante con su identidad”. Es decir, el resultado del proceso, haya habido o no intervención quirúrgica, es en cierto modo contradictorio ya que se modifica el dato identificador oficial que aparece referido al sexo físico, en un claro salto en el vacío, por la identidad de género demostrada (la disforia). Contradicción que se acrecienta, para este ordenamiento jurídico y todos aquellos en los que se ha seguido el mismo *iter* y razonamiento, para la otra situación, la de intersexualidad.

En efecto, la permisión del cambio del sexo oficialmente publicado se asienta en la voluntad y autodeterminación de la persona, unida a la comprobación médica y psicológica de la identidad de género o sexo que la norma denomina psicossocial (46) para justificar que la alteración

(44) MONEY, John, HAMPSON Joan G. y HAMPSON, John, op. cit., “Imprinting and the Establishment of Gender Role”, *Archives of Neurology and Psychiatry*, Vol. 77 N° 3, pp. 333-336.

(45) VALPUESTA FERNÁNDEZ, Rosario, op. cit., “Capítulo 11: La identidad sexual. La homosexualidad” en

Tratado de Derecho de la Persona Física, t. I, pp. 552 a 556; VALLS-LLOBET, Carme “Identidades sexuales en la ciencia y la salud”, en *Actas del IV Congreso Estatal Isonomía sobre Identidad de Género vs. Identidad Sexual*, Publicacions de la Universitat Jaume I. Servei de Comunicació i Publicacions, 2008, pp. 99.

(46) El artículo 4º de la Ley española 3/2007, titulado *Requisitos para acordar la rectificación*, dispone: “1. La

es de un dato registral (que, no debe olvidarse, se fundó en un dato fisiológico). No se permite, en ningún caso, situaciones de ambigüedad, el intersexo, que aún permanece oculto (47). Y es contradictorio, porque el mismo derecho que se reconoce a las personas transexuales a que no conste el sexo físico y a que no se obligue a la llevar a cabo la operación quirúrgica de asignación sexual asiste a las personas intersexuales.

Para dar por finalizado este breve ensayo, en el tema que nos ha ocupado, puede concluirse con un listado cuestiones a las que ha de dar respuesta el legislador del siglo XXI. Son las siguientes:

1ª. Debe admitirse oficialmente (legalmente) que existe la cualidad o condición de la persona intersex, que se sitúa junto a la división tradicional en dos sexos. Esto obliga decididamente a una toma de postura en la que ha de ponderar el valor real que el sexo tiene en las relaciones jurídicas, para el tráfico en general.

rectificación registral de la mención del sexo se acordará una vez que la persona solicitante acredite: a) Que le ha sido diagnosticada disforia de género. La acreditación del cumplimiento de este requisito se realizará mediante informe de médico o psicólogo clínico, colegiados en España o cuyos títulos hayan sido reconocidos u homologados en España, y que deberá hacer referencia: 1. A la existencia de disonancia entre el sexo morfológico o género fisiológico inicialmente inscrito y la identidad de género sentida por el solicitante o sexo psicosocial, así como la estabilidad y persistencia de esta disonancia. 2. A la ausencia de trastornos de personalidad que pudieran influir, de forma determinante, en la existencia de la disonancia reseñada en el punto anterior”.

(47) Vid, ESPÍN ALBA, Isabel, *Transexualidad y tutela civil de la persona*, Reus, S.A., Madrid 2008, en particular pp. 14 a 16, 22, 23, 104 a 110.

Siendo, como lo es, el sexo, indiferente para determinar la capacidad de las personas y su aptitud en las relaciones jurídicas debe desaparecer como dato oficial de identificación, lo que no supone que no se tenga en cuenta a la hora de asegurar el ejercicio de los derechos de toda persona.

2ª. Se ha de descartar el carácter patológico (médico, como enfermedad) que se le ha asignado y, sobre todo, se ha de eliminar la necesidad y urgencia de practicar una intervención quirúrgica a los pocos días del nacimiento de la persona, para reasignar / definir el sexo.

3ª. La dignidad de la persona, valor reconocido en todos los instrumentos internacionales, comporta el reconocimiento completo del derecho a la autodeterminación de la propia persona, a su autonomía. Es ésta quien debe decidir cuando tenga el suficiente conocimiento, sin que se pueda sustituir su voluntad (excepción hecha del caso de riesgo para la salud). Lo que lleva implícito admitir la capacidad para emitir la declaración de voluntad conforme a la capacidad natural (madurez de juicio) e implica, asimismo el respeto a la decisión de la persona de no decantarse por uno de los dos sexos, o sea que no se obligue a la reasignación sexual.

4ª. En general, obviamente, todo ello obliga a un profundo replanteamiento de las normas vigentes, en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos, del derecho de la persona, que no sólo alcanza a esta situación sino también a la transexualidad. Nueva formulación de las reglas, de los datos de identidad y a la admisión de la identidad de cada persona (sexual, de género). ♦

Ley uruguaya sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida e incidencia de la Ley de Defensa del Consumidor

POR MABEL RIVERO DE ARHANCET (1) Y BEATRIZ RAMOS CABANELLAS (2)

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes. III. Objeto de la ley. IV. Alcance de la ley. V. Capacidad. VI. Gestación subrogada. VII. Filiación. VIII. Fertilización de gametos o transferencia de embriones originados en una persona que hubiere fallecido. IX. Identidad del donante y Derecho del hijo al conocimiento de su origen biológico. X. Instituciones que realizan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Su deber de informar.

I. Introducción

Luego de un extenso debate parlamentario de más de quince años que comprendió el tratamiento de varios proyectos de ley, en noviembre de 2013 se sancionó en Uruguay la ley N° 19.167 denominada Ley de “Técnicas de Reproducción Humana Asistida” (en adelante “Ley TRHA”).

Más allá de ese debate, en la práctica, durante todos estos años esas técnicas fueron aplicadas, por lo que a la fecha hay decenas de niños nacidos por esa vía en nuestro país.

Si bien algunas técnicas se aplicaron sin la existencia de texto legal expreso, durante el proceso legislativo, el especialista en la materia Dr. Gerardo Bossano, hizo notar que en nuestro país ya con anterioridad a la ley existía la posibilidad de que los centros fueran auditados (3).

(1) Profesora emérita en la Universidad Católica del Uruguay, Profesora Titular de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay y Profesora Titular de Derecho Privado VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

(2) Profesora Titular de Derecho de Familia, Sociedad Conyugal y Sucesiones y Coordinadora Académica de Carrera en la Universidad Católica del Uruguay; Profesora Adj. Efectiva de Derecho Privado I y VI en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República.

(3) Poder Legislativo Uruguayo, Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública Carpeta N° 1025/2012; Distribuido N° 2205 de 2/7/2013.

La “Ley TRHA” consta de cinco capítulos que contienen treinta y dos artículos en los que se regulan diversos aspectos relacionados con la aplicación de dichas técnicas. El debate parlamentario de dicha ley ha sido muy profundo y extenso y es por ello que hemos asiduamente recurrido al mismo para realizar este trabajo.

Si bien la ley ya fue promulgada, aun no ha sido reglamentada (10 de enero 2014), por lo que el propósito de este trabajo es analizar aquellos temas que consideramos más relevantes y en particular el derecho del hijo al conocimiento de su origen biológico y el deber de informar que tienen las clínicas que prestan esos servicios.

Durante el proceso parlamentario de la “Ley TRHA” los legisladores refirieron a otras leyes por guardar relación con la misma, como fue el caso de la ley 19.175 sobre matrimonio igualitario. En esa instancia no se mencionó a la ley 17.250 de defensa del consumidor, la que a nuestro juicio, como veremos, tiene incidencia en esta temática.

Es evidente que para tener una idea completa de la aplicación de la ley en estudio es necesario aguardar a su reglamentación en la medida que la refiere en varios artículos a su necesaria reglamentación.

II. Antecedentes

Antes de sancionarse la “Ley TRHA”, nuestro parlamento se abocó al estudio de diversos proyectos, reconociendo como iniciativa primaria el

proyecto presentado en abril de 1996 en la Cámara de Senadores por el entonces Senador Dr. Alberto Cid (4).

En base a dicho proyecto, el 2 de julio de 2003 la Cámara de Senadores aprobó un proyecto que nunca llegó a constituirse en ley.

De acuerdo al articulado de este último, la utilización de las técnicas de reproducción humana tenían como fin favorecer la solución de los problemas reproductivos derivados de la esterilidad o de la infertilidad humana de las parejas heterosexuales estables para el caso de que no se dispusiese de otros medios terapéuticos eficaces para resolverlos o cuando los mismos hubieren fracasado.

Posteriormente y durante la presente legislación, el día 9 de octubre de 2012 la Cámara de Representantes sancionó otro proyecto de ley remitido por su Comisión de Salud Pública y Asistencia Social (5).

Antes de aprobar este proyecto, la Comisión referida recibió a múltiples organizaciones y actores relacionados con esta temática.

En este proyecto se previó que las técnicas de reproducción humana asistida fueran aplicables a mujeres solas o a parejas estériles unidas en matrimonio o unión concubinaria. Al respecto, surge del Informe de su Comisión de Salud Pública y Asistencia Social de fecha 5 de setiembre de 2012 "... se regulan las técnicas, con especial cuidado de no diseñar un marco demasiado estrecho que impida la aplicación de los avances tecnológicos, pero que dé garantías para la donación de gametos, así como para quienes tienen necesidad de realizarse técnicas para lograr un embarazo, sin discriminar por opción sexual" (6).

Sancionado, este proyecto pasó a consideración de la Cámara de Senadores en la que se le introdujeron diversas modificaciones sustanciales.

En efecto, en sesión de la Comisión de Salud Pública de la Cámara de Senadores (7) se acordó como método de trabajo encomendar a dos asesoras de los senadores la elaboración de un proyecto alternativo al sancionado por la Cámara de Representantes, que tuviera en cuenta la normativa proyectada respecto al denominado matrimonio igualitario.

En base a la discusión de ambos articulados y con las modificaciones introducidas durante el proceso parlamentario se aprobó finalmente el texto de la actual "Ley TRHA".

III. Objeto de la ley

De acuerdo al artículo 1° de la "Ley TRHA", el objeto de la misma es regular las técnicas de reproducción humana asistida científicamente acreditadas así como los requisitos que deben cumplir las instituciones públicas y privadas que las realicen.

La ley dispone que se entiende por TRHA el conjunto de tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación de gametos o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo.

Esta definición encuentra su origen en el glosario de la Organización Mundial de la Salud (8).

También se identifican en el artículo 1° distintas TRHA entre las que destacamos una excepción a la prohibida gestación subrogada.

Del texto legal surge que la enumeración de las distintas técnicas mencionadas no es taxativa, en la medida en la que se admite la aplicación de cualquier otra técnica no incluida siempre que fuera aprobada por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida.

En la discusión parlamentaria se hizo notar que dicha enumeración no debía impedir el progreso de la ciencia si posteriormente aparecieran otras TRHA (9).

(4) Poder Legislativo Uruguayo, Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública Carpeta N° 1025/2012; Distribuido N° 1722 de 16/10/2012.

(5) Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública Carpeta N° 1025/2012; Distribuido N° 1722 de 16/10/2012.

(6) Poder Legislativo Uruguayo, Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública Carpeta N° 1025/2012; Distribuido N° 1722 de 16/10/2012.

(7) Poder Legislativo Uruguayo, Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública, Distribuido 1967 de 12 de marzo 2013.

(8) Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública, Distribuido N° 2021 de 16/4/2013.

(9) Poder Legislativo Uruguayo, Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública Carpeta N° 1025/2012; Distribuido N° 2205 de 2/7/2013.

IV. Alcance de la ley

Como vimos con anterioridad, el alcance de la “Ley TRHA” es más amplio que el previsto en proyectos anteriores que no llegaron a convertirse en ley.

Así, en el proyecto sancionado por la Cámara de Senadores el día 2 de julio de 2003 se preveía que las técnicas fueran aplicables únicamente a las parejas heterosexuales estables.

Posteriormente, el proyecto sancionado por la Cámara de Representantes el día 9 de octubre de 2012, preveía que las técnicas fueran aplicables a mujeres solas y a parejas unidas por matrimonio o unión concubinaria.

La “Ley TRHU” en su artículo 2° dispone su alcance en los siguientes términos: “Las técnicas de reproducción humana asistida podrán aplicarse a toda persona como principal metodología terapéutica de la *infertilidad*, en la medida que se trate del procedimiento médico idóneo para concebir en el caso de parejas biológicamente impedidas para hacerlo, así como en el caso de mujeres con independencia de su estado civil, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley” (bastardilla nuestra)

Por su parte el artículo 6° define a la infertilidad (no esterilidad contemplada en proyecto anterior) de la siguiente forma: “A los efectos de la presente ley se define como infertilidad la incapacidad de haber logrado un embarazo por vía natural después de doce meses o más de relaciones sexuales”.

Por su parte, la Comisión de Salud Pública en su informe del 3 de setiembre de 2013 a la Cámara de Senadores, señala que las técnicas serán aplicables solamente a las parejas o mujeres solas que sean infértiles.

Si bien este informe limita la aplicación de la ley a las personas infértiles creemos que otra cosa puede surgir del artículo 2° de la ley en estudio.

En efecto, durante la discusión parlamentaria se planteó la duda de si las TRHA resultaban aplicables solamente a los casos de infertilidad y en respuesta el especialista Dr. Montes, expresó: “Entiendo que quedarían fuera de la cobertura del Sistema Nacional Integrado de Salud las mujeres solas y los homosexuales. Por la forma en que está

redactado esto quedarían fuera, ya que se habla siempre de infertilidad. Pero se les va a decir claramente que no son infértiles, que prueben con un hombre, lo cual es un contrasentido porque ya renunciaron a eso. Al analizar la situación me pongo más en la posición de abogado del diablo.” Y más adelante refiriéndose a la mujer sola agregó: “Es fértil, lo que ocurre es que generalmente se trata de mujeres mayores de 40 años o próximas a esta edad, profesionales, de nivel económico alto, que postergaron la maternidad y cuando se acuerdan del tema, sus chances son menores. No tienen pareja, es muy raro aquel caso de la mujer que perdió al hombre cuando tenía 38 años. Eso es excepcional; lo más frecuente es que no tenga pareja. Dicen los ingleses que una mujer de 38 ó 40 años no consigue un hombre para formar una pareja y una familia bajo ningún concepto. Entonces, es un taxímetro que se le va y, ante esto, ¿qué hace la mujer? Forma pareja disfuncionales. Por eso, nosotros aceptamos a mujeres solas. Durante veinte años no aceptamos a mujeres solas ni a homosexuales; hicimos un banco para problemas médicos, es decir, casos comprobados en el área médica, tanto de mujeres como de hombres. Los otros eran causas sociales. Pero analizando la literatura y cómo se orienta el mundo, los psicólogos nos decían que era mejor que la mujer solucionara su problema de la maternidad a través del banco, sin engaño de nadie y después tratara de conseguir su pareja, y no que formara una pareja disfuncional, porque se casa con un hombre para tener hijos, y después eso funciona horrible. Entonces nosotros cambiamos ese concepto. En el año 2000 empezamos a aceptar a las mujeres solas y a mujeres homosexuales y ello va en línea con lo que se está hablando acerca de los derechos en el Parlamento. Reitero que no se trata de mujeres infértiles.”

No hay que confundir el alcance subjetivo de la ley, esto es a quienes se aplica, con las situaciones que resultarán cubiertas por el Sistema Nacional Integrado de Salud o por el Fondo Nacional de Recursos. Esto último fue discutido y presumiblemente la cobertura que otorgará el sistema será definido por una reglamentación que a la fecha no ha sido dictada. Es más en las últimas horas ha trascendido en artículos de prensa (10) que de acuerdo a declaraciones de la Ministra de Salud

(10) Diario “El Observador” de fecha 12 de enero de 2014.

Pública la ley se aplicaría por etapas, cubriéndose en una primera etapa los tratamientos de baja complejidad.

Por nuestra parte entendemos que el artículo 2° de la “Ley TRHA” no permite una respuesta contundente y que el mismo debe interpretarse en forma armónica con lo dispuesto por el artículo 6° de la misma ley y por la ley N° 19.175 sobre matrimonio igualitario.

Interpretamos que de los artículos 2° y 6° de la “Ley TRHA” surge que las técnicas podrían aplicarse a Parejas y a Mujeres solas.

El texto legal habilita a aceptar, a nuestro entender, que las técnicas se apliquen a mujeres que integran parejas homosexuales lo que se ve reafirmado por el artículo 2° al referir a parejas biológicamente impedidas de concebir.

Entendemos que la “Ley TRHA” no habilita a que las técnicas se apliquen a parejas homosexuales integradas por hombres ya que el artículo 25 de la ley prohíbe a texto expreso la gestación subrogada admitiéndola excepcionalmente para el caso de una mujer que no pueda gestar su embarazo por enfermedad genética o adquirida.

Reiteramos una cosa es a quienes se pueden aplicar las técnicas y otra la cobertura estatal de las mismas.

Nuestra interpretación del texto legal se ve reafirmada por los conceptos vertidos en la discusión parlamentaria (11).

V. Capacidad

Como regla el legislador exige en el artículo 7° de la ley que las técnicas se apliquen a toda persona mayor de edad y menor de sesenta años, salvo que hubiera sido declarada “incapaz para ejercer la paternidad o maternidad”. Esta última terminología se originó en la discusión de si debía tratarse de incapacidad o discapacidad.

Como vemos el legislador optó por fijar una edad mínima (dieciocho años) y una edad máxima (sesenta años) para la aplicación de las TRHA.

El tema de las edades fue muy debatido por los legisladores ya que algunos entendían que no correspondía fijar edades máximas.

En el proyecto de la Cámara de Representantes de fecha 9 de octubre de 2012 únicamente se exigía en su artículo 5° la mayoría de edad de la mujer.

En la “Ley TRHA” las edades referidas (máxima y mínima) se aplican a todas las personas sin discriminar en cuanto al sexo.

Surge de la discusión parlamentaria que para fijar la edad máxima se tomó en cuenta el concepto “expectativa de vida”, entendiéndose que dicha expectativa deba ser como mínimo de dieciocho años, de forma tal que el niño que naciera por estas vías podría tener progenitores hasta sus dieciocho años de edad (12).

Por otra parte el artículo 5° de la ley, referido a procedimientos de reproducción humana asistida de alta y baja complejidad y su cobertura, dispone que los procedimientos de baja complejidad quedan comprendidos dentro de los programas integrales de asistencia que deben brindar las entidades públicas y privadas que integran el Sistema Nacional Integrado de Salud, y serán financiados por éste cuando la mujer no sea mayor de cuarenta años.

VI. Gestación subrogada

El artículo 25 de la “Ley TRHA”, (inserto en el Capítulo IV referido a Gestación Subrogada) dispone: “Serán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean éstos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a ésta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero.

Exceptúase de lo dispuesto precedentemente, únicamente la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio.

(11) Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública Carpeta N° 1025/2012; Distribuido N° 2205 de 2/7/2013.

(12) Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública Carpeta N° 1025/2012; Distribuido N° 2060 de 7/5/2013.

Entiéndese por embrión propio aquel que es formado como mínimo por un gameto de la pareja o en el caso de la mujer sola por su óvulo.

La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo.”

Por su parte, el artículo 26 dispone: “El acuerdo a que refiere el inciso segundo del artículo anterior deberá ser de naturaleza gratuita y suscripto por todas las partes intervinientes.”

A su vez el artículo 27 referido a filiación dispone: “En el caso previsto como excepción en el artículo 25 de la presente ley, la filiación del nacido corresponderá a quienes hayan solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

Finalmente, el artículo 28, artículo final del Capítulo IV referido, dispone: “La filiación materna estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada.

Surge de la discusión parlamentaria, que los artículos que integran el Capítulo IV mencionado, son el resultado del intercambio conceptual de los distintos legisladores y especialistas invitados, sobre la aceptación o rechazo de la llamada gestación subrogada.

Así, la senadora Moreira expresó (13) que a su entender, aun cuando no se tratara de un contrato oneroso, en realidad la denominada gestación subrogada encerraba un alquiler de vientre, situación a la que ella y organizaciones de mujeres rechazaban pues preveían los riesgos que trae dicha gestación.

De todos modos interrogó al Dr. Bossano en cuanto fue presidente de la Sociedad Uruguaya de Reproducción Humana, sobre los motivos por los cuales no se habían aceptado tales tipos de gestación: si se trataba de una dificultad para el tratamiento o si había una posición al respecto.

(13) Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública Carpeta N° 1025/2012; Distribuido N° 2205 de 2/7/2013.

El Dr. Bossano expresó (14) que “en este país no se puede dar con una facilidad importante. Desde el punto de vista personal no lo veo mal, y técnicamente es muy sencillo. Es una fertilización que se transfiere a un huevo adentro de un útero que está preparado para ello”.

De todos modos surge del cambio de opiniones entre el mencionado profesional y el Dr. Solari (Presidente de la Comisión de Salud), que aquel no estaba de acuerdo con la gestación subrogada por los conflictos filiatorios que podrían emerger de la misma. Así, determinar quién tuvo ese niño: quién lo generó como padre, quién lo tuvo como madre o la pareja que vino a obtener un bebé.

Concluye diciendo que “llega un momento en que hay cuatro paternidades y maternidades; es por esa razón que no todo se puede. Hay cosas que no se deben”.

Surge en definitiva que el Dr. Bossano admite que la técnica en cuanto tal puede ser aceptada, pero respecto al tema filiatorio expresa “no sé quién lo va a arreglar”.

El Dr. Solari por su parte reiteró su posición respecto al articulado en cuestión, señalando la prohibición generalizada de la subrogación de útero, pero con la única excepción de aplicarse en el caso de una mujer que por una enfermedad o sus secuelas —útero irradiado, agénesis de úteros— estuviera imposibilitada de llevar a cabo su propia gestación.

Plantea que en esas situaciones la mujer puede acordar con un familiar suyo o de su pareja (obviamente con una mujer) en segundo grado de consanguinidad que se utilice el útero de ese familiar para llevar adelante la gestación

Aclara que se estaría utilizando un óvulo de la mujer que tiene el útero imposibilitado, un espermatozoide de su pareja -o eventualmente de un banco- estando motivada la subrogación por la imposibilidad física, debiendo todo ello ser garantizado por un informe por parte del médico o equipo tratante, elevado a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida.

(14) Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública Carpeta N° 1025/2012; Distribuido N° 2205 de 2/7/2013.

El Dr. Solari remata su argumentación expresando que hasta ese momento quien pretendía tal tipo de subrogación debía hacerlo en el extranjero y ello mediante una cantidad de dinero importante, y que si se carecía del mismo no era posible obtener la posibilidad de acceder a dichas técnicas.

Posteriormente ingresa a la comisión como invitado especial, dada su experiencia en la temática, el Dr. Montes quien refiriéndose a la gestación subrogada expresa que tal como está prevista, la donación de gametos ahora se inserta en lo genético al disponerse que la única persona que pueda subrogar sea un pariente de primer o segundo grado. Entiende que quedaría excluida otra persona muy allegada a la mujer, tal vez una amiga de toda la vida, que a veces es mejor que un pariente, pero que la observación que hace es una observación menor.

Surge de las distintas intervenciones que el tema no fue aceptado por unanimidad, así entre otros el Senador Dr. Moreira expresó su rechazo a dicha subrogación.

Más allá de todo lo que surge específicamente respecto a dificultades y posiciones de los legisladores, podemos ver que en definitiva, la ley responde a distintas interrogantes:

1) En primer lugar se prohíbe la gestación subrogada.

2) Se admite la misma para el caso excepcional de que una mujer no pueda gestar su embarazo por enfermedad, requiriéndose el acuerdo con un familiar de segundo grado de consanguinidad o de su pareja para la implantación y gestación del embrión propio.

El embrión será propio cuando está formado como mínimo por un gameto de la pareja o por su propio óvulo si la enferma que lo requiere se trata de mujer sola.

Como vemos la ley excluye la posibilidad de que una pareja homosexual de varones recurra a la gestación subrogada ya que la misma sólo resulta aplicable a la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas

Podemos apreciar que el texto no prevé los requisitos para la conformación de dicho acuerdo, y

si es suficiente un simple acuerdo escrito o si debe serlo por documento público.

Surge del artículo 26 que el acuerdo debe ser escrito y suscripto por todas las partes intervinientes, lo que nos lleva a aceptar que si quien se encuentra en la situación excepcional prevista por el legislador es mujer casada, el acuerdo en principio debe ser también suscripto por su cónyuge.

VII. Filiación

La ley 19.175 (matrimonio igualitario) introdujo importantes modificaciones en los artículos 214 y siguientes del código civil uruguayo, normas que constituyen el núcleo neurálgico del derecho filiatorio y que ya fueron analizadas por las autoras de este trabajo en obra anterior (15).

Pensamos que las normas filiatorias que integran la “Ley TRHA” deben en lo posible, aplicarse en el marco del régimen filiatorio actual.

El tema es complejo y excede el objeto de este trabajo por lo que en el mismo nos limitaremos a referir únicamente las disposiciones previstas por la “Ley TRHA”, señalando la necesidad de introducir modificaciones en la normativa de estado civil en materia filiatoria.

En lo referido en general a la materia filiatoria, el principio es que el elemento clave está originado en la maternidad biológica.

Ello lo encontramos en las distintas normas reguladoras de la filiación, (codificadas o no) ya se trate de filiación matrimonial o de filiación extramatrimonial.

Ahora, el legislador, en la ley en estudio ha seguido igual criterio cuando se trata de filiación originada en las técnicas de reproducción humana, como surge del artículo 28 previamente señalado, al entender que la madre es quien da a luz a la criatura.

Pero tratándose de la gestación subrogada, y dadas las razones de aceptación de la misma, se entendió que la filiación del hijo nacido en las

(15) RIVERO DE ARHANCET, Mabel — RAMOS CABBANELLAS, Beatriz, “Nuevo Régimen Legal del Matrimonio - Matrimonio Igualitario” Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo.

situaciones previstas por el artículo 25, en tal caso la filiación correspondería a quienes hubieren solicitado y acordado la subrogación de la gestación.

Por lo tanto será la mujer enferma la madre de la criatura y su cónyuge que suscribió el acuerdo será el padre matrimonial del niño que nazca.

Al contrario, entendemos que si el cónyuge de la mujer que no puede gestar el embarazo no firma el acuerdo, en tal caso estará legitimado para impugnar una legitimidad aparente en caso de que hubiese estado inscripto por la madre como hijo de ambos.

Si bien la “Ley TRHA” no introdujo modificaciones en cuanto al rol fundamental de la madre que es quien lo da a luz, podemos entender que ha introducido cambios en cuanto al emplazamiento filiatorio del hijo. En efecto, de tratarse de una inseminación homóloga la paternidad del marido de la madre deja de ser una presunción (artículo 214 CC) y se transforma en una certeza.

De tratarse de una inseminación heteróloga nos encontraríamos frente a una ficción del legislador.

Esta diferencia puede ser de importancia en la medida que ello influirá en las vías impugnatorias.

Finalmente de tratarse de una maternidad subrogada cuando excepcionalmente se admite, a nuestro juicio existe una clara ficción legal.

Desde luego que la complejidad del derecho filiatorio así como la de las distintas situaciones a las que se recurra para la aplicación de las técnicas en estudio, llevan a la necesidad de analizar cada caso concreto.

También tendrá la calidad de hijo extramatrimonial el nacido en el caso de mujer sola que no puede gestar su embarazo y acuerda con su familiar la subrogación prevista por la ley.

Puede dar lugar a dudas el caso en que la mujer tenga pareja, como admite el legislador en el artículo 7º, y determinar si el hecho de que quien es su pareja firma el acuerdo, ello lleva implícito la aceptación de que el hombre (su pareja) es el padre de la criatura.

Creemos que no existe norma que claramente lleve a aceptar la paternidad del hombre en tal

caso, pero de todos modos ello debe llevarnos a un estudio en profundidad.

VIII. Fertilización de gametos o transferencia de embriones originados en una persona que hubiere fallecido.

Señala Sambrizzi (16) que el supuesto de la fecundación posmortem se presenta cuando una mujer fecunda su óvulo con semen de una persona fallecida. Y ello no es así en el caso de implantación en la mujer, de un embrión crioconservado obtenido antes del fallecimiento del varón por fecundación de un óvulo de aquella con semen de este último, por cuanto en tal caso la fecundación ya se había producido con anterioridad a la muerte.

La ley uruguaya tiene en cuenta ambas situaciones.

En efecto, el artículo 9º de la ley prevé la posibilidad de realizarse la fecundación de gametos o transferencia de embriones originados en una persona que hubiere fallecido, requiriéndose que previamente al fallecimiento éste hubiere otorgado su consentimiento, y dentro de los trescientos sesenta y cinco días posteriores a su fallecimiento.

Debemos interpretar el texto entendiendo que la fecundación de gametos o la transferencia de embriones debe tener lugar dentro de los trescientos sesenta y cinco días posteriores al fallecimiento.

Surge de las manifestaciones del especialista en la materia Dr. Montes sus dudas respecto a la inseminación post mortem, pues no veía claro el sentido del texto entonces en estudio y se preguntaba: “el paciente permite que el banco use su semen, pero ¿para quién? ¿para su mujer? ¿para su novia? o en general? ¿Quién reclama después eso? ¿Quién hace frente al pago de la anualidad del banco? Porque eso tiene un costo. Me parece que la idea de la inseminación post mortem va en contra de lo esperado. No es lógico que un hombre se haya muerto hace cuatro meses y después aparezca un hijo considero que esa situación no se contempla. Hay un tiempo legal de unos trescientos días, en que la situación se puede manejar, porque si ese hombre se muere, al mes siguiente

(16) SAMBRIZZI Eduardo A.; “La fecundación posmortem” en “Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012”, El Derecho, UCA, Buenos Aires.

se hace la inseminación, después se le adelanta el parto a la mujer y nace dentro de los trescientos días, entonces no hay ningún problema, pues ese es el plazo que establece la ley para que el hijo sea legítimo. Pero creo que la situación se complica con esta cuestión de la inseminación post mortem. ¿Qué sentido tiene?

El Presidente de la Comisión de Salud del Senado Dr. Solari respondió a las preguntas del Dr. Montes explicando que puede haber situaciones de parejas en que uno de los miembros, el hombre en particular puede tener una enfermedad terminal y ambos integrantes de la pareja quieren tener un hijo. Para esa situación está prevista la inseminación post mortem, requiriéndose una expresión de voluntad de ambos de que el semen o el embrión sea utilizado en el óvulo de la mujer.

En la medida en la que en nuestro ordenamiento jurídico se presume hijo del fallecido a quien nace dentro de los trescientos días de tal fallecimiento, (artículo 215 CC) entendemos que en la situación prevista en la ley en estudio, el hijo gozaría de filiación legítima

Por lo tanto la filiación del hijo que naciera estaría determinada por el nacimiento dentro de los plazos legales requeridos al respecto, y vemos que el texto legal prevé un plazo mayor a los trescientos días de gestación presumidos por la ley ya que requiere trescientos sesenta y cinco días para que ocurra la transferencia del embrión o la fertilización del gameto.

De todos modos debemos recordar que el Código de la Niñez y la Adolescencia quitó la naturaleza de presunción absoluta en lo referido a la duración de los plazos de gestación del hijo.

Más allá de lo expresado, mucho se ha discutido sobre la aceptación de tal tipo de fecundación, en la medida en la que en forma premeditada se acepta que nazca un niño sin padre.

IX. Identidad del donante y Derecho del hijo al conocimiento de su origen biológico

La "Ley TRHA" en su artículo 21 refiere a la identidad del donante y a lo que entendemos es el derecho del hijo al conocimiento de su origen biológico.

Respecto a este tema es interesante analizar la modificación que el mismo ha experimentado a lo largo de los diferentes proyectos aprobados en nuestro país hasta llegar a la ley en estudio.

En el proyecto aprobado por la Cámara de Senadores el día 2 de julio de 2003 el tema estuvo tratado en el artículo 5° titulado "Entrega en custodia". En la última parte de dicho artículo se disponía "La pareja receptora de los gametos tiene derecho a obtener información general sobre el fenotipo a recibir, que no incluya la identidad del mismo.

Sólo en circunstancias extraordinarias, que comporten un comprobado peligro para la salud sico-física grave del hijo, se podrá revelar la identidad del donante, siempre que ello sea indispensable para evitar ese peligro. Ese conocimiento tendrá carácter restringido, no implicará publicidad de la identidad ni producirá ninguno de los efectos jurídicos derivados de la filiación.

Igualmente el hijo nacido en virtud de estas técnicas, una vez cumplidos los dieciocho años de edad, podrá solicitar fundadamente se le informe de la identidad del dador. En este caso, y el previsto anteriormente, la petición respectiva se formulará ante Juez competente (artículo 11 del Código General del Proceso), el que determinará en definitiva si hay mérito para la misma. En todos los casos se procurará conservar, hasta lo estrictamente necesario, la reserva sobre la identidad de los dadores.

Las filiaciones comprobadas por efecto de la aplicación de este artículo no producen derechos civiles de clase alguna.

El dador deberá tener más de dieciocho años y ser civilmente capaz. En el estudio y evaluación del estado sico-físico del mismo se seguirá un protocolo, de carácter general, donde se incluirán sus características. Este estudio procurará descartar que padezca enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas.

Los Centros autorizados y el Registro Nacional adoptarán las medidas oportunas para que de un mismo origen no nazcan más de seis hijos, de acuerdo a lo que disponga la reglamentación."

Como se puede apreciar en el texto proyectado en el año 2003 era posible conocer la identidad del donante "... Sólo en circunstancias extraordinarias,

que comporten un comprobado peligro para la salud sicofísica grave del hijo...” Ello sin perjuicio de que al cumplir el hijo dieciocho años de edad pudiese solicitar fundamentadamente información respecto a la identidad del donante.

Es de entenderse que en este segundo caso las razones fundadas para conocer la identidad del donante no necesariamente debieran estar fundadas en el peligro para la salud.

Posteriormente en el proyecto de ley aprobado por la Cámara de Representantes en octubre de 2012 y bajo el título “Identidad del donante” se disponía: “Sólo en circunstancias extraordinarias, que comporten un comprobado y grave peligro para la salud psicofísica del hijo, se podrá revelar la identidad del donante, siempre que ello sea indispensable para evitar ese peligro. La reglamentación respectiva determinará detalladamente las situaciones a contemplar por esta excepción y el modo y requisitos de acreditar las mismas. Ese conocimiento tendrá carácter restringido, no implicará publicidad de la identidad ni producirá ninguno de los efectos jurídicos derivados de la filiación.”

Como vemos este texto es más restrictivo que el anterior en la medida que no se preveía la posibilidad de que el hijo al cumplir dieciocho años de edad pudiera solicitar en forma fundada, no necesariamente en razones de salud, conocer la identidad del donante.

Finalmente, la “Ley TRHA” en su artículo 21 y bajo el título “Identidad del donante” dispuso; “La identidad del donante será revelada previa resolución judicial cuando el nacido o sus descendientes así lo soliciten al Juez competente, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 22, 23 y 24 de la presente ley.

La información proporcionada no implicará en ningún caso la publicidad de la identidad de los donantes ni producirá ningún efecto jurídico en relación a la filiación.

Son jueces competentes los Jueces Letrados de Primera Instancia de Familia de Montevideo y los Jueces Letrados de Primera Instancia del interior del país con competencia de Familia.”

Del comparativo de los tres textos antes transcritos surge claramente que el del artículo 21 de

la “Ley TRHA” es el más amplio en la medida que no exige razones de peligro para la salud del hijo.

En consecuencia, del texto aprobado surge que la regla es el anonimato de la identidad del donante pero que ella puede ser revelada al hijo o a sus descendientes previa resolución judicial.

En el artículo 22° de la ley se consagra el secreto profesional y su alcance respecto a la información relativa a la donación de gametos.

En los artículos 23 y 24 de dicha ley se dispone acerca del procedimiento para conocer la identidad del donante y quienes están legitimados para ello.

La vía procesal correspondiente será el proceso voluntario (artículo 24) regulado por el Código General del Proceso y están legitimados para accionar tanto el nacido como sus descendientes (artículo 23). En el caso del nacido podrá accionar el mismo o sus representantes legales.

Este tema fue sumamente discutido en el debate parlamentario (17). Así, hubo quienes entendieron que la identidad del donante no debía quedar atada a la situación de grave peligro para la salud física del hijo, mientras que otros propusieron que el hijo tuviera derecho a conocer dicha identidad sin que tal conocimiento se viera limitado por razones de salud.

En este sentido es interesante tener presente que los representantes jurídicos del Ministerio de Salud Pública del Uruguay se manifestaron en el sentido de que se debía ser amplio en cuanto al derecho del hijo a conocer la identidad del donante, en función de lo previsto en el Código de la Niñez y la Adolescencia del Uruguay y a lo dispuesto en instrumentos internacionales como el Pacto de San José de Costa Rica y la Convención de los Derechos del Niño (18).

Si bien la ley uruguaya prevé la posibilidad de que el hijo o sus descendientes puedan conocer la identidad del donante solicitándolo judicialmente, la misma norma limita su derecho a la filiación en la medida que dispone que dicha información

(17) Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública, Distribuido N° 2120 de 28/5/2013.

(18) Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública, Distribuido N° 2073 de 14/5/2013.

no producirá ningún efecto jurídico en relación a la filiación.

En realidad más que negar efectos a la filiación se niega al hijo la posibilidad de que para él puedan coincidir su filiación biológica con la jurídica lo que puede dar lugar al desconocimiento de derechos cuyo tratamiento excede este trabajo y será desarrollado en trabajo posterior.

X. Instituciones que realizan las Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Su deber de informar

Durante todo el proceso parlamentario los legisladores reconocieron la complejidad científica de este tema y aprobaron el artículo 1° de la ley que acepta que las TRHA podrán ser aplicadas por instituciones públicas y privadas.

En el transcurso de la discusión parlamentaria algún legislador se preguntó si no habría llegado el momento de que esta actividad fuera realizada exclusivamente por el Banco de Órganos y Tejidos, regulado como ente público (19). Esta idea no prosperó y el presidente de la Comisión expresó: “El Estado no lo ha hecho hasta ahora y hace más de 25 años que se realiza fertilización humana asistida en el Uruguay sin haber tenido ninguna situación de manejo inadecuado -por lo menos que recuerde o conozca-, por tanto, no estaría de acuerdo que, mediante una ley, se creara ese monopolio”.

Ante la complejidad científica de estas técnicas es lógico pensar que aquellas personas que puedan pretender la aplicación de las mismas no estén capacitadas para comprender cabalmente su contenido y aplicación.

Ello lleva a la necesidad de que se les proporcione toda la información necesaria para adoptar la decisión que corresponda al caso.

Por esta razón entendemos de importancia analizar: 1) si en la “Ley TRHA” existen disposiciones que consagren el deber de informar, 2) si dicho deber surge exclusivamente de la ley en estudio o también otras normas regulan el mismo y 3) el alcance que tiene dicho deber.

(19) Cámara de Senadores, Comisión de Salud Pública, Distribuido N° 2096 de 21/5/2013.

En cuanto al *primer tema*, debe tenerse en cuenta que la ley citada en diversos artículos refiere al deber de proporcionar información.

Es así, que en el artículo 7° se señalan los requisitos para la realización de las técnicas y en su literal a) dispone que “... serán de aplicación a toda persona mayor de edad y menor de sesenta años, salvo que hubiere sido declarada incapaz para ejercer la paternidad o maternidad, *luego de ser previa y debidamente informada por el equipo médico tratante*” y exige en su literal d) “Consentimiento escrito por parte de ambos miembros de la pareja o de la mujer en su caso, para la realización de técnicas de reproducción humana asistida en un formulario que establezca la reglamentación, de acuerdo con el artículo 11 de la Ley N° 18.335, de 15 de agosto de 2008”.

Luego en el artículo 11° que refiere a las condiciones para la transferencia embrionaria en su último inciso dispone “... las pacientes deberán ser *previamente informadas* de las condiciones establecidas en este artículo y decidirán si quieren realizar el procedimiento bajo las mismas. De no aceptarlas, únicamente se podrá proceder a la fertilización de los ovocitos necesarios para un solo ciclo”.

A su vez el artículo 12° prevé la donación de gametos y dispone que “La donación se autorizará por escrito con expreso *consentimiento informado* del o la donante y será revocable cuando éstos necesiten para sí los gametos donados”.

También en el artículo 15° referido a información sobre fenotipo dispone “Los receptores de gametos o embriones tiene *derecho a obtener información general* sobre las características fenotípicas del donante.”

Como surge de los artículos mencionados en la “Ley TRHA” se consagra un *deber de informar* por parte de las Instituciones y un derecho de obtener información por parte de los receptores de gametos o embriones.

Como vimos, la ley en estudio en su artículo 6° literal d) dispone como requisito la existencia de consentimiento escrito de los integrantes de la pareja o la mujer sola de acuerdo a lo previsto por el artículo 11 de la ley 18.335 que regula los derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios de los servicios de salud.

El artículo 11 de dicha ley dispone: “Todo procedimiento de atención médica será acordado entre el paciente o su representante -luego de recibir información adecuada, suficiente y continua- y el profesional de salud.

El consentimiento informado del paciente a someterse a procedimientos diagnósticos o terapéuticos estará consignado en la historia clínica en forma expresa. Éste puede ser revocado en cualquier momento.

El paciente puede negarse a recibir atención médica y a que se le expliquen las consecuencias de la negativa para su salud.

Cuando mediaren razones de urgencia o emergencia o de notoria fuerza mayor que imposibiliten el acuerdo referido, o cuando las circunstancias no permitan demora por existir riesgo grave para la salud del paciente, o cuando se esté frente a patologías que impliquen riesgo cierto para la sociedad que integra, se podrán llevar adelante los procedimientos, de todo lo cual se dejará precisa constancia en la historia clínica.

En la atención de enfermos siquiátricos se aplicarán los criterios dispuestos en la ley N° 9581, de 8 de agosto de 1936, y las reglamentaciones que en materia de atención a la salud mental dicte el Ministerio de Salud Pública.”

En cuanto al *segundo tema*, esto es si dicho deber surge exclusivamente de la ley en estudio o además resultan aplicables otras normas, es importante recordar lo señalado por Larroumet (20) respecto a que el desarrollo de la obligación de informar reviste múltiples aspectos y sería simplista reducirla sistemáticamente, como a veces se hace, a los contratos de adhesión.

Las disposiciones antes referidas y otras, entre las que entendemos se encontraría la ley 17.250 de Defensa del Consumidor, podrían resultar aplicables respecto al deber de informar que tienen las instituciones públicas y privadas al que alude el artículo 1° de la “Ley TRHA”.

Tradicionalmente la concepción de un hijo generó la necesidad de recurrir a determinados instrumentos jurídicos para determinar su filia-

ción o para impugnarla. Así, en el caso de la concepción de un hijo por parte de una mujer casada el codificador uruguayo recurrió a la presunción legal para emplazar al hijo con relación al marido de la madre, lo que aun continua vigente.

En ese contexto no resulta necesario referir al deber de informar o a la publicidad, etc.

La fecundación por la TRHA provoca la necesidad en el campo del derecho de recurrir a otros instrumentos innecesarios para la concepción por vías naturales.

Desde luego que puede llamar la atención que una ley cuyo objeto es “regular las relaciones de consumo” pueda resultar aplicable a las situaciones previstas por la “Ley TRHA”, pero debemos comprender que la aplicación de la primera de las leyes citadas (ley de defensa del consumidor) es la consecuencia de las situaciones que regula la segunda.

En efecto, la ley N° 17.250 define a la relación de consumo como “... el vínculo que se establece entre el proveedor que, a título oneroso, provee un producto o presta un *servicio* y quien lo adquiere o utiliza como destinatario final...” (artículo 4°).

Por su parte, el artículo 5° define por *servicio* a “... cualquier actividad remunerada, suministrada en el mercado de consumo, con excepción de las que resultan de las relaciones laborales...”

De lo expuesto se podría extraer que, si por ejemplo una mujer requiere los servicios de una clínica, habilitada por el Ministerio de Salud Pública; para la aplicación de alguna de estas técnicas y paga la correspondiente remuneración por ello, estaríamos frente a una relación de consumo que se origina en la prestación de un servicio. Ese servicio es el que prestan las instituciones habilitadas para ello.

La aplicación de esta ley resulta de importancia en tanto contiene diversas disposiciones en materia de información, publicidad, etc. que tienden a equilibrar una relación que en general presenta notorios desequilibrios.

Desde luego que la aplicación de la ley de defensa del consumidor debería aplicarse, en caso de ser necesario, teniendo presente las particularidades del servicio de que se trata.

(20) LARROUMET, Christian “Droit Civil”, t. 3, Les obligations Le Contrat, 4^a Edition, Economica, Paris, 1998.

En cuanto al *tercer tema* que nos hemos planteado, esto es respecto al alcance que debe tener dicho deber entendemos que el mismo debe ser amplio.

Anteriormente hemos referido a la complejidad que entraña para cualquier persona, no especialista en la materia, entender cabalmente diversos aspectos relacionados con el mismo.

Por ello la información no debería limitarse a aspectos meramente formales. Esa información debe ser adecuada, suficiente y continua (ley 18.335) y además, clara, veraz y en idioma español, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6° literal "C" de la ley 17.250.

No olvidemos que el deber de informar está relacionado con el principio de buena fe.

En la aplicación de las TRHA hay, en general, un experto y un profano y entre ellos puede existir desigualdades de mucha entidad.

El deber de informar ha asumido mucha importancia en la etapa de las tratativas, esto es en la oferta del producto o servicio.

La ley uruguaya de defensa del consumidor regula en distintos capítulos la oferta en general, la oferta de productos y la oferta de servicios.

Respecto a la oferta de servicios en el artículo 20 de la ley 17.250 se dispone que la información debe proporcionarse sobre distintos rubros, de acuerdo a la naturaleza del servicio a prestar y además deberá brindarse por escrito con caracteres fácilmente legibles.

Entre los rubros que se debe informar, de acuerdo al artículo 20 de la ley 17.250, están la descripción del servicio a prestar, una descripción de los materiales, implementos y tecnología a aplicar, el precio así como los riesgos que el servicio pueda ocasionar para la salud o seguridad cuando se diera esta circunstancia. ♦

La discapacidad desde un enfoque público y privado

POR CARIDAD DEL CARMEN VALDÉS DÍAZ (1)

Sumario: I. La discapacidad desde los documentos jurídicos internacionales, la Constitución y las políticas públicas. I.1 La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. I.2 Enfoque de la protección a las personas discapacitadas en los textos constitucionales. El principio de Igualdad. I.3 Políticas públicas encaminadas a materializar la igualdad respecto a las personas con capacidades especiales.— II. La realización de actos jurídicos civiles por personas discapacitadas. II.1 Capacidad y discapacidad: ¿lucha de contrarios? II.2 Actos jurídicos civiles que pueden realizar por sí las personas con discapacidad. II.3 Actos jurídicos civiles que requieren complemento de la capacidad de obrar. II.4 Actos jurídicos civiles a través de representantes.— III. Particular incidencia de la discapacidad en materia de Propiedad Intelectual. III.1 Discapacidad y Derecho de autor.— IV. Derecho civil para una sociedad inteligente. Retos y perspectivas. Consideraciones finales.— V. Bibliografía.

I. La discapacidad desde los documentos jurídicos internacionales, la Constitución y las políticas públicas

I.1 La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, aprobada en Nueva York mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas el pasado 13 de diciembre de 2006, constituye el colofón de un largo proceso en el que intervinieron múltiples actores de la propia organización, su Relator Especial sobre Discapacidad, instituciones de derechos humanos de diferentes países, así como organizaciones no gubernamentales, especialmente las de personas con discapacidad y sus familias. Este instrumento internacional supone importantes consecuencias para las personas con discapacidad, entre las cuales se destaca la “visibilidad” de este grupo ciudadano dentro del sistema de protección de derechos humanos de Naciones Unidas, la asunción indubitada del fenómeno de la discapacidad como una cuestión de derechos

humanos, y el contar con una herramienta jurídica vinculante a la hora de hacer valer los derechos de estas personas. En particular, su artículo 12, al nos referiremos más adelante, ofrece un tratamiento hasta ahora nunca previsto en un cuerpo jurídico internacional sobre el ejercicio de la capacidad de las personas con discapacidad.

La aprobación de la *Convención* deja claro que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Que las personas con discapacidad no son “objeto” de políticas caritativas o asistenciales, sino que son “sujetos” de derechos humanos. Por tanto, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la “buena voluntad” de otras personas o de los Gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas son violatorias del goce y ejercicio de sus derechos humanos. A pesar de que las personas con discapacidad eran destinatarias, al igual que el resto de los seres humanos, de la protección establecida por otros tratados para la salvaguarda de sus derechos, en muchos casos dichas normas no se aplicaban, o se aplicaban de manera diferente —desventajosa— para este grupo social. Sumado a ello, hubo grandes deficiencias tanto por parte de los Gobiernos como por parte de los órganos de

(1) Facultad de Derecho. Universidad de La Habana.

supervisión de los Tratados, a la hora de supervisar su cumplimiento en relación con las personas con discapacidad. Estas insuficiencias fueron resaltadas por diversos informes elaborados en el marco de Naciones Unidas, que tuvieron amplia repercusión y resultan de gran interés.

Cabe señalar que, con anterioridad, existía un instrumento específico sobre los derechos de las personas con discapacidad, pero que no tenía rango de norma jurídicamente vinculante: las *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades de las Personas con Discapacidad*. Sin embargo, las personas con discapacidad eran de algún modo “invisibles” dentro del sistema de derechos humanos de la ONU, pues a diferencia de otros grupos, tales como mujeres, niños y niñas, la ausencia de un instrumento que fuera de obligado cumplimiento para los Estados, una vez que lo firman y ratifican, y de un Comité que velara por la protección de sus derechos de manera expresa, dejaba a esas personas en situación de desventaja y no se propiciaba su plena incorporación a la sociedad.

La aprobación de la *Convención* deja claro que la discapacidad es una cuestión de derechos humanos; que las personas con discapacidad no son “objeto” de políticas caritativas o asistenciales, sino que son “sujetos” de derechos humanos. Por tanto, las desventajas sociales que sufren no deben eliminarse como consecuencia de la “buena voluntad” de otras personas o de los Gobiernos, sino que deben eliminarse porque dichas desventajas son violatorias del goce y ejercicio de sus derechos humanos. Así, el propósito de la *Convención*, declarado en su primer artículo, es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.

Los principios de la *Convención* son, según el artículo 3º:

a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas;

b) La no discriminación;

c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad;

d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas;

e) La igualdad de oportunidades;

f) La accesibilidad;

g) La igualdad entre el hombre y la mujer;

h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.

La *Convención* tiene su fundamento ético - jurídico esencial en el derecho a la igualdad y no discriminación. Este derecho tiene una aplicación transversal en todos sus preceptos, reconociendo que las personas con discapacidad son iguales ante la ley y en virtud de ella, y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en los mismos términos que las demás personas, según postula expresamente el artículo 5º.

En estrecha relación con lo anterior, en la *Convención* también se postula como derecho humano de las personas con discapacidad la accesibilidad. A fin de que puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes deben adoptar medidas apropiadas para asegurar su acceso, 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 abiertas al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso en una serie de ámbitos.

Así, la *Convención* destaca que los Estados Partes deberán adoptar todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con los demás, de los siguientes derechos:

* A la vida. (Artículo 10).

* A la protección ante en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales. (Artículo 11).

* Al igual reconocimiento como persona ante la ley y de la capacidad jurídica en todos los aspectos de la vida. (Artículo 12).

* Al acceso a la justicia. (Artículo 13).

* A la libertad y seguridad de la persona, procurando que no se vean privadas de su libertad ilegal o arbitrariamente; y que la existencia de una discapacidad no justifique en ningún caso una privación de la libertad (Artículo 14).

* A la protección contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. (Artículo 15).

* A la protección contra la explotación, la violencia y el abuso, tanto en el seno del hogar como fuera de él. (Artículo 16).

* A la protección de la integridad personal, tanto física como mental. (Artículo 17).

* A la libertad de desplazamiento, a la libertad para elegir su residencia y a una nacionalidad. (Artículo 18).

* A vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad. (Artículo 19).

* A la movilidad personal con la mayor independencia posible. (Artículo 20).

* A la libertad de expresión y de opinión y acceso a la información. (Artículo 21).

* Al respeto de la privacidad y la protección contra las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, familia, hogar, correspondencia o cualquier otro tipo de comunicación, o de agresiones ilícitas contra su honor y su reputación. (Artículo 22).

* Al respeto del hogar y de la familia y a la igualdad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales. (Artículo 23).

* A la educación inclusiva a todos los niveles, así como a la enseñanza a lo largo de la vida. (Artículo 24).

* A gozar del más alto nivel posible de salud. (Artículo 25).

* A la habilitación y rehabilitación para lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. (Artículo 26).

* A tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un entorno laboral que sea abierto, inclusivo y accesible a las personas con discapacidad. (Artículo 28).

* A un nivel de vida adecuado y a la protección social, para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida. (Artículo 28).

* A participar en la vida política y pública. (Artículo 29).

* A participar en la vida cultural, las actividades recreativas, el esparcimiento y el deporte. (Artículo 30).

1.2 Enfoque de la protección a las personas discapacitadas en los textos constitucionales. El principio de Igualdad

Una de las manifestaciones más comunes del principio de igualdad, en su evolución de simple retórica liberal de considerar a todos iguales ante la ley a la visión más moderna y acabada de igualdad en la ley, sobre la base de la no discriminación por causa alguna, sin distinguir a las personas por razones económicas, sociales o políticas, es incluir en los textos constitucionales preceptos que consagren un trato igual a personas que se encuentren en la misma situación, evitando la extensión de aplicación igualitaria de la ley a personas que se encuentren en situaciones diversas, provocando con ello la llamada discriminación inversa o positiva.

Luego de la aprobación de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, la mayoría de las constituciones iberoamericanas han reformulado su articulado o han incluido en la nueva formulación del texto normativo preceptos amparadores encaminados a potenciar la protección de este importante grupo vulnerable, en razón de sus capacidades especiales.

Así, como afirma Pérez Gallardo, las constituciones tienden a regular como uno de los sujetos de especial protección al sector de las personas con discapacidad (2) y en este orden suelen adaptar la legislación ordinaria a los fines de dispensarles la salvaguarda formal de sus derechos.

Ya sea como principio o como derecho humano, la igualdad ha recibido tutela legislativa y especialmente constitucional. La Constitución cubana vigente, más que reconocer a la igualdad como un derecho, que podía ser disfrutado o limitado en su ejercicio, le dedicó un capítulo en especial a la igualdad como principio básico y fundante refiriendo de manera taxativa diversas formas de manifestación de esa igualdad, tanto en las rela-

ciones familiares (3), en cuestiones de género (4), en las relaciones políticas que establece el Estado (5), en la esfera laboral (6), o en la político electoral (7). Con la reforma constitucional de 1992, en materia de creencias religiosas el texto sufrió cambios en su letra y espíritu a fin de asegurar la libertad de credo y el derecho de los creyentes a participar en la vida política en condiciones de igualdad que los demás ciudadanos (8). Aun cuando no se refiere expresamente a los discapacitados, sí establece una línea directriz en función de proteger a aquel sector poblacional constituido por enfermos, o desvalidos, física o mentalmente, inaptos para desempeñar una actividad laboral, a cargo de la seguridad o de la asistencia social, según se prevé en sus artículos 47, 48 y 49. No obstante, la Constitución no está a tono con los tratados y convenciones internacionales que Cuba ha ratificado relativas a esta materia.

Como ya se apuntó, los textos normativos no se limitan a formular el derecho a la igualdad, sino que consagran el rechazo o la prohibición de discriminación, siendo los motivos más comunes de estas conductas el sexo, origen nacional y social, el color de la piel, la raza. De esta manera se consagra también en el texto constitucional cubano (9).

(2) Vid. PÉREZ GALLARDO, L. “La protección legal a los discapacitados en Cuba: una visión de lege data y de lege ferenda”, en PÉREZ DE VARGAS, J. (Coordinador), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 311 y ss. Apunta allí el citado autor numerosos ejemplos: la Constitución de Colombia de 1991 en su artículo 47 establece que “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestara la atención especializada que requieran”; la Constitución de Perú de 1993 en su artículo 7º establece que “La persona incapacitada para valor por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación y seguridad”, en el 16 enuncia que “Es deber del Estado de asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas”, y en el artículo 23, primer párrafo: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”; en tanto la Constitución de Venezuela de 1999 se proyecta en su artículo 81 al enunciar que “Toda persona con discapacidad o necesidades especiales tiene derecho al ejercicio pleno y autónomo de sus capacidades y a su integración familiar y comunitaria. El Estado, con la participación solidaria de las familias y la sociedad, les garantizará el respeto a su dignidad humana, la equiparación de oportunidades, condiciones laborales satisfactorias, y promueve su formación, capacitación y acceso al empleo acorde con sus condiciones, de conformidad con la ley. Se les reconoce a las personas sordas o mudas el derecho a expresarse y comunicarse a través de la lengua de señas”. Igualmente la Constitución española de 1978 se pronuncia en su artículo 49, según el cual “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

(3) Artículo 36: (El matrimonio) “Descansa en la igualdad absoluta de derechos y deberes de los cónyuges, los que deben atender al mantenimiento del hogar y a la formación integral de los hijos mediante el esfuerzo común, de modo que éste resulte compatible con el desarrollo de las actividades sociales de ambos”.

(4) Artículo 44: “La mujer y el hombre gozan de iguales derechos en lo económico, político, cultural, social y familiar”.

(5) Artículo 12: “la República de Cuba...funda sus relaciones internacionales en los principios de igualdad de derechos...”.

(6) Artículo 43: “... todos los ciudadanos perciben salario igual por trabajo igual”.

(7) Artículo 131: “Todos los ciudadanos, con capacidad legal para ello, tienen derecho a intervenir en la dirección del Estado, bien directamente o por intermedio de sus representantes elegidos..., y a participar, con ese propósito... en elecciones periódicas y referendos populares, que serán de voto libre, igual y secreto”. Artículo 134: “Los miembros de las Fuerzas Armadas Revolucionarias y demás institutos armados tienen derecho a elegir y a ser elegidos, igual que los demás ciudadanos”.

(8) Artículo 8º: “Las distintas creencias y religiones gozan de igual consideración”.

(9) Artículo 42: “La discriminación por motivo de raza, color de la piel, sexo, origen nacional, creencias religiosas

La no discriminación como expresión de realización de la igualdad requiere, además, de políticas de inclusión o incorporación, mediante el empleo de fórmulas genéricas, consensuadas, logradas a través de la participación popular directa en la promoción, discusión y aprobación de decisiones políticas o normativas jurídicas; necesita de la aceptación de las diferencias, y del derecho a ser diferente, reclama una educación consecuente con tales valores y principios. No obstante tales presupuestos, existen obstáculos que pueden y de hecho limitan el disfrute de determinados derechos; obstáculos que pueden ser objetivos, de condiciones reales, producto de decisiones, e incluso generadas por no haberse valorado la existencia de los diferentes, por haberse pensado en lo general. De ahí la necesidad de establecer políticas públicas encaminadas a materializar la igualdad respecto a las personas con capacidades o competencias especiales.

1.3 Políticas públicas encaminadas a materializar la igualdad respecto a las personas con capacidades especiales

Cada año, 10 millones de personas en el mundo sufren de algún tipo de discapacidad moderada o severa, y se calcula que en el año 2025 habrá en el mundo 800 millones de personas discapacitadas. Actualmente, suman 500 millones las personas con capacidades o competencias diferentes, de los cuales más de 60 millones se ubican en América Latina. (10) En Cuba, según estudios realizados en la primera etapa de la década de los años noventa, la tasa de personas con discapacidad es de aproximadamente un 7% de la población total (11).

Las personas que no pueden asegurarse total o parcialmente por sí mismas la satisfacción de las necesidades de un individuo normal y no logran integrarse a una vida social, como resultado de una deficiencia, sea congénita o no, en su capacidad física o mental, son, efectivamente, personas

y cualquier otra lesiva a la dignidad humana está proscrita y es sancionada por la ley”.

(10) Situación de los discapacitados en el Continente Americano, Resolución de la Organización de Estados Americanos, adoptada en la novena sesión plenaria celebrada el 9 de junio de 1995.

(11) Vid. Plan de Acción Nacional para la Atención a las Personas Discapacitadas, de Cuba, donde se ofrecen estos datos.

diferentes, pero esas diferencias no conducen inexorablemente a una incapacidad desde el punto de vista legal, ni siquiera a una restricción de su capacidad de obrar en todos los casos, si bien en algunos supuestos puede que esto ocurra. Conforman un grupo social necesitado de normas de carácter tuitivo que coadyuven a la realización de sus derechos, a la consecución de una vida decente y tan plena como sea posible, a lo que pueden y deben contribuir las políticas públicas.

Tanto las causas como las consecuencias de la discapacidad varían en todo el mundo, tales variaciones van a depender del contexto cultural que converge en cada región y también de las características socioeconómicas que presenten los diversos sectores del mundo (12).

(12) En el Derecho Comparado se define al discapacitado como “(...) toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educativa o laboral” (cfr. artículo 2º de la Ley Nº 2243/1981 de 16 de marzo, Sistema protección integral de las personas discapacitadas de la Argentina, en http://www.redconfluir.org.ar/juridico/leyes/122431_1.htm, consultada el 3 de marzo del 2005); “aquella que tiene una o más deficiencias evidenciadas con la pérdida significativa de alguna o algunas de sus funciones físicas, mentales o sensoriales, que impliquen la disminución o ausencia de la capacidad de realizar una actividad dentro de formas o márgenes considerados normales, limitándola en el desempeño de un rol, función o ejercicio de actividades y oportunidades para participar equitativamente dentro de la sociedad” (cfr. artículo 2º de la Ley Nº 27.050/1998 de 31 de diciembre del Perú, Ley general de la persona con discapacidad, en <http://www.cajpe.org.pe/rij/bases/legisla/peru/27050.htm>, consultada el 3 de marzo del 2005); la persona que padece “una deficiencia, pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica o anatómica, de carácter permanente, que tengan restringida total o parcialmente, por su situación de desventaja, la capacidad para realizar una actividad que se considere normal” (cfr. artículo 17 inciso a) de la Ley sobre discapacidades del Ecuador, Ley Nº /2001 de 15 de marzo en http://www.risolidaria.org.pe/docs/ficheros/200410070010_62_0.doc, consultada el 2 de marzo del 2005); o como “toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educativa o laboral” (cfr. artículo 2º de la Ley 16.095/1989 de 26 de octubre, que establece un sistema para asegurar la protección integral a los discapacitados de Uruguay, en <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/cinterfor/temas/youth/legisl/uru/iii/>, consultada el 2 de marzo del 2005). La definición de discapacidad en Chile, a partir de la Ley 19.284 de 14 de enero de 1994, de

El Doctor Armando VÁSQUEZ, asesor del Programa de Rehabilitación de la Organización Panamericana de la Salud, durante la conferencia *Nuevo enfoque de la discapacidad e instrumentos de evaluación, difusión del nuevo clasificador de funcionamiento y discapacidad (CIF)*, que dictó recientemente en la Facultad de Medicina de la Universidad de Chile, señaló que la problemática demanda nuevos enfoques que deben basarse en la equidad, lo cual implica dar una respuesta adecuada a las necesidades reales del grupo. “La sociedad está demandando cambios. Ha aumentado la corrupción, violencia, pobreza y el uso de drogas, que fomentan la desintegración social, por eso decimos que en el tema de discapacidad el enfoque debe ser transectorial, sobrepasando el área de la salud” (13). Añadió que es necesario

integración social de las personas con discapacidad, dice que: “se considera persona con discapacidad a toda aquella que, como consecuencia de una o más deficiencias físicas, psíquicas o sensoriales, congénitas o adquiridas, previsiblemente de carácter permanente y con independencia de la causa que las hubiera originado, vea obstaculizada, en a lo menos un tercio, su capacidad educativa, laboral o de integración social” (en <http://www.monografias.com/trabajos16/discapacidad-y-familia/discapacidad-y-familia.shtml>, consultada el 2 de febrero del 2005). En los EEUU la Ley para Personas con Discapacidades (ADA) incluye dentro de este rubro varios aspectos: La primera parte de la definición deja en claro que la ADA ampara a las personas con discapacidades que limiten sustancialmente alguna de las principales actividades vitales, tales como ver, oír, hablar, caminar, respirar, ejecutar tareas manuales, aprender, cuidarse a sí mismo y trabajar. Una persona que tiene epilepsia, parálisis, infección con el virus HIV, SIDA, deficiencia auditiva o visual significativa, retardo mental, o alguna discapacidad de aprendizaje específica, estará amparada, pero una persona con una afección menor que no fuera crónica, como por ejemplo una torcedura, una extremidad rota o la gripe, generalmente no estará amparada por esta ley. La segunda parte de la definición respecto a la protección de personas con antecedentes de alguna discapacidad se refiere, por ejemplo, a una persona que se haya recuperado de un cáncer o de una enfermedad mental. La tercera parte de la definición protege a las personas que se considera que tienen una discapacidad sustancialmente limitante, aunque no sufran de tal impedimento. Por ejemplo, esta disposición protege a una persona calificada con una desfiguración facial severa, para evitar que se le niegue empleo porque un empleador teme las “reacciones negativas” de los clientes o los compañeros de trabajo. Página de Acceso de la Sección de Derechos para Personas con Discapacidades. Página de Acceso de ADA, Revisado 5 Abril, 2005.

(13) Según lo refiere CODDOU, Cecilia, “Personas con discapacidad: el derecho a una vida digna” en [priorizar a los grupos más vulnerables, es decir, los niños abandonados y la tercera edad. “La discapacidad genera inseguridad personal, económica y laboral, implica muchas veces falta de acceso a los servicios básicos, maltrato y abuso, problemas escolares, discriminación, marginación y crisis de identidad personal y cultural. Nuestro objetivo, como modelo de atención, debe ser aquél que se sustenta en el paradigma de la inclusión y los derechos humanos. En otras palabras, tenemos que orientarnos hacia el respeto a la dignidad de las personas en que el individuo discapacitado es considerado un sujeto de acción y no un objeto susceptible de caridad” \(14\).](http://www.</p></div><div data-bbox=)

Tres enfoques para la atención de las personas con discapacidad conforman, esencialmente, las políticas públicas en Cuba sobre esta cuestión. El primero, de tipo *médico*, orientado a los procesos de tipo orgánico que pueden constituir la causa de aparición de la discapacidad, el tratamiento adecuado de la afección y las posibles vías de remediarla, si esto fuera posible. Así, comprende acciones como el diagnóstico, la prevención y la rehabilitación, orientadas todas a favorecer un mejor nivel de funcionamiento de la persona con discapacidad (15). Otro enfoque de tipo *educativo*, que comprende la determinación de

med.uchile.cl/noticias/archivo/2003/mayo/discapacidad.html, consultada el 2 de marzo del 2005.

(14) Ídem.

(15) Cuba posee un admirable sistema de salud pública que cuenta con programas de prevención, atención y rehabilitación para discapacidades a consecuencia de deficiencias psicológicas, intelectuales, auditivas y visuales. Existen además las bases para desarrollar plenamente la rehabilitación basada en la comunidad, pues cuenta con personal profesional y técnico altamente calificado en los tres niveles, el saber cómo aplicar los procedimientos técnicos de la rehabilitación, la existencia de un sistema de referencia y contra referencia, equipo multidisciplinario en la Atención Primaria de Salud, un sistema de salud (con casi el 99% de la población con cobertura del médico y enfermera de la familia), educación, deportes y cultura universales, gratuitos y accesibles y un sistema de seguridad y asistencia social que protege a toda población que la necesita. Se han creado también la Comisión para la Rehabilitación Comunitaria (RBC) que ejerce sus acciones con un enfoque integral para todas las discapacidades en los aspectos médicos, psicológicos, sociales, familiares, laborales y educativos, integrada al programa del médico de la familia. El objetivo general es rehabilitar a las personas con discapacidad en su propio entorno comunitario, con participación activa de la persona discapacitada, la familia, las asociaciones de discapacitados y la comunidad organizada.

las necesidades educativas especiales de estas personas, así como la puesta en marcha de las acciones que al respecto pueden llevarse a cabo para lograr el mayor grado de desarrollo de éstas, teniendo en cuenta, sobre todo, sus particularidades. Nuestro sistema de educación especial ha sido considerado de avanzada por múltiples organizaciones internacionales y puede exhibirse como un destacado logro humano, en aras de la integración del discapacitado a la sociedad (16). Y el tercero es *socio-jurídico*, vinculado con el empleo, la accesibilidad, la eliminación de barreras arquitectónicas, el uso de los recursos sociales y de la asistencia social, el reconocimiento de los derechos de los que son titulares y la tutela legal

(16) El subsistema de educación especial fue creado por Resolución Ministerial N° 247/1980, perfeccionado una década después, con expresión legal en la Resolución Ministerial N° 160/1991. El propio Ministerio de Educación por Resolución N° 126/1985 dispuso la aplicación a los niños de edad temprana y preescolar que presentaren insuficiencias, desviaciones o defectos en la audición, la visión, el lenguaje y el desarrollo intelectual, de un plan educativo que posibilitara la corrección y compensación de tales deficiencias y autorizó a las direcciones provinciales de Educación que tuvieran las condiciones creadas, a prestar la atención a los niños antes mencionados, mediante la creación de círculos infantiles especiales o salones especiales en los círculos infantiles y el trabajo de orientación a los padres. En 1986 se dicta por el propio Ministerio la Resolución N° 172 sobre creación e incorporación al Subsistema de Educación Especial de la atención de la enseñanza de los adultos con deficiencias auditivas en escuelas o aulas nocturnas. La Resolución N° 290/1990 estableció el plan de estudio experimental para el nivel medio básico de la educación de sordos e hipoacúsicos. Respecto de los limitados físico y motores, la Resolución N° 13/1985 dispuso que las direcciones provinciales y municipales de educación establecieran las coordinaciones pertinentes con la ACLIFIM en sus diferentes instancias para la localización y cualquier otro tipo de gestión necesaria a fin de que todos los menores con limitaciones físicas o motores que pudieran valerse por sí mismos ingresaren en los centros docentes correspondientes del Sistema Nacional de Educación aun cuando usaren aparatos ortopédicos, tuvieran tratamiento médico sistemático y requirieran de la ayuda de sus padres, del colectivo de trabajo de la escuela y de los propios estudiantes. Asimismo estableció de forma experimental que la atención pedagógica a los niños impedidos físicos o motores graves que no permitiera su asistencia a la escuela se brindare de forma individualizada en el propio lugar de residencia del menor por maestros y profesores ambulatorios, lo cual fue hecho extensivo a los adultos en iguales circunstancias conforme con la Resolución 276/1990 de 12 de junio.

del ejercicio de tales derechos en los distintos ámbitos de su vida: civil, familiar, laboral (17).

En el año 2001, se diseñó en Cuba el Plan de Acción Nacional para la Atención de las Personas con Discapacidad, en cumplimiento del Acuerdo No. 4048 de 5 de junio de ese propio año del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. Este Plan constituye un compromiso gubernamental en el contexto de la política social y contempla tanto las tareas que ya se encuentran en marcha como las que se irán desarrollando, dando prioridad a las que son de necesidad más inmediata en el campo de la salud, educación, empleo, seguridad y asistencia social, incorporándole elementos de

(17) En sede de política de empleo, se han dictado numerosas normas jurídicas que toman en consideración el propósito de la real inserción de las personas con discapacidad en el ámbito laboral, dentro de las que pueden mencionarse, por ejemplo, la Resolución N° 69/1996 de 9 de diciembre del Ministro de Finanzas y Precios, cuyo propósito fue estimular la colocación en puestos laborales a personas que padecen algún tipo de discapacidad; La Resolución N° 9/2005 de 11 de marzo del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social incluye a los discapacitados en los incisos b) y c) del artículo 10, entre los sujetos comprendidos para ejercer el trabajo por cuenta propia; la Resolución N° 22/2004 de 30 de junio del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social, en cuyo último de los POR CUANTOS se señala que con el objetivo de garantizar el pleno empleo de las personas con discapacidad y tomando en cuenta la experiencia acumulada, se hace necesario adecuar relaciones laborales para propiciar el empleo de estas personas sustentado en importantes principios (cfr. artículo 3°). En sentido general esta última norma propicia la integración socio laboral de las personas con discapacidad mediante la conciliación de una política nacional de habilitación y rehabilitación profesional con las necesidades de fuerza de trabajo en los territorios. Su ámbito de aplicación se extiende a las personas con discapacidad que manifiesten voluntariamente interés de incorporarse al empleo o se encuentren laborando. Enuncia los principios que informan el empleo de tales personas. Crea un Registro en el cual los discapacitados en edad laboral, declarados inválidos parcial o totalmente, que se encuentren trabajando o reubicados, podrán solicitar su reevaluación por las comisiones de peritaje médico una vez registrados, a los efectos de su reubicación conforme con sus capacidades funcionales. Se establece el contrato de trabajo de formación y desarrollo para personas con discapacidad y el adiestramiento laboral, previo al establecimiento de la relación laboral, que tendrá por fin su preparación para el desempeño de la ocupación o cargo de que se trate. Se crean los Centros de Entrenamientos Socio Laboral. Reconoce el tiempo de trabajo y descanso y la seguridad del trabajo, de modo que el puesto de trabajo en que se ubiquen discapacitados no afecte su salud e integridad física.

investigación, información e intercambio científico-técnico. Además del empeño gubernamental y social en general, en la realización efectiva de ese Plan jugará un importante papel el propio colectivo de personas con discapacidad, especialmente sus organizaciones, que son quienes más pueden hacer para que se cumplan los objetivos que se encarga de promover. El Consejo Nacional para la Atención a las Personas con Discapacidad (CONAPED) es el responsable de verificar su marcha y promover las coordinaciones necesarias para su aplicación. CONAPEP fue creado por Resolución N° 4/1996 de 2 de abril del Ministro de Trabajo y de Seguridad Social con el propósito de continuar promoviendo las medidas eficaces para la prevención de discapacidades y el logro de una integración plena en la vida social de los discapacitados (18).

II. La realización de actos jurídicos civiles por personas discapacitadas

II.1 Capacidad y discapacidad: ¿lucha de contrarios?

Desde el punto de vista semántico, es claro que capacidad y discapacidad aparecen como antónimos irreconciliables, como opuestos que indican extremos distintos: el tener o no tener capacidad, esto es, aptitud para la realización de determinados actos.

Para la Organización Mundial de la Salud, *discapacidad* implica toda restricción o ausencia (debido a una deficiencia) de la capacidad para realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano (19). Así, en términos médicos la capacidad

es aptitud, la discapacidad ineptitud. La persona puede carecer de aptitud para el movimiento, para la comunicación, para atender su propio cuidado, entre otras actividades.

Para la *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, “la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”, según establece el inciso e) de su Preámbulo. Asimismo, según su artículo 1º, entiende que “las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

De lo mencionado se desprende, por un lado la asunción del modelo social de discapacidad, al asumir que la discapacidad resulta de la interacción con barreras debidas a la actitud y al entorno. Y por otro, que la definición no es cerrada, sino que *incluye* a las personas mencionadas, lo que no significa que excluya a otras situaciones o personas que puedan estar protegidas por las legislaciones internas de los Estados.

La discapacidad puede provenir de diferentes causas, no importa su etiología, y abarca cualquier dificultad física, psíquica, sensorial o todas o varias de ellas combinadas, que hacen a la persona naturalmente incapaz para la realización de alguna actividad, de varias de ellas o de casi todas las que son comunes al resto de sus congéneres. Pero tal discapacidad natural, por supuesto, no afecta

(18) CONAPED está integrado por el Ministerio de Educación, Ministerio de Salud Pública, Ministerio de la Industria Ligera, Ministerio de Cultura, Instituto Nacional de Deportes, Educación Física y Recreación, Ministerio de Transporte, Ministerio de la Construcción, Instituto Cubano de Radio y Televisión, Ministerio de Justicia, el Ministerio de la Industria Sidero Mecánica y la Electrónica, Ministerio de Comunicaciones y la Informática, Ministerio de Comercio Interior, las Asociaciones de Personas Discapacitadas, la Central de Trabajadores de Cuba y especialistas de las organizaciones políticas y de masas existentes en Cuba.

(19) Así se entiende también en el Plan de Acción Nacional para la Atención a las Personas Discapacitadas, establecido en Cuba dentro de un marco intersectorial y multidisciplinario, vertebrado a nivel nacional, provincial, municipal y local, donde se distingue entre deficiencia,

discapacidad y minusvalía del siguiente modo: Deficiencia: Corresponde a la consecuencia inmediata del daño (accidente o enfermedad). Es toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica. Ejemplos: Hemiplejía: (Deficiencia músculo — esquelética) Afasia: (Deficiencia del Lenguaje) Discapacidad: Consecuencia funcional de una deficiencia a nivel de persona, que le dificulta la realización de actividades propias a cualquier sujeto normal en sus mismas condiciones Ejemplos: Discapacidad de la locomoción a causa de una deficiencia músculo - esquelética (amputación de miembros inferiores) Minusvalía: Es la consecuencia social, laboral, familiar, etc. que coloca a una persona portadora de una deficiencia y/o discapacidad en desventaja en relación a las otras personas de sus mismas características.

la capacidad jurídica *per se*, porque no niega la condición de persona del individuo afectado, que tiene personalidad y puede ser sujeto de derechos y obligaciones desde su nacimiento y hasta su muerte.

De modo que, en materia jurídica, especialmente en sede civil, capacidad y discapacidad no necesariamente son contrarios, la ineptitud física o psíquica no conlleva de forma ineluctable a la incapacidad, que sólo procedería cuando se pruebe que aquella, la discapacidad, priva a la persona de cabal juicio, de la posibilidad real de querer y entender, y de poder manifestar o expresar su voluntad adecuadamente, pues de lo contrario no tendría ésta significado jurídico: *voluntas in mente retentant voluntas non est*.

Sin embargo, pese a lo anterior, la concepción que se ha tenido sobre los discapacitados históricamente no ha sido congruente con su estado real. Por lo común, se han rechazado sus “deficiencias” y como resultado de ello no han integrado plenamente la sociedad, han sido apartados de ella, marginados u ocultados. Sin tomar en cuenta el carácter de su ineptitud, muchas veces se les ha impedido la realización de una serie de actos que no siempre estuvieron en correspondencia con aquella. Por regla general, se han considerado incapaces por su discapacidad, al menos en los casos en que ésta resulta evidente.

Ha primado en cuanto al tratamiento de la capacidad de estas personas el llamado modelo médico, partiendo de la consideración de que las personas “normales” poseen ciertas capacidades cognitivas —sentir, razonar, comunicarse de determinados modos o maneras consideradas apropiadas— que les convierten en “capaces” para tomar decisiones sobre su vida y sus derechos de un forma “correcta”, esto es, de manera libre, autónoma e independiente. Desde esta premisa, aquellas personas que no encajan en este patrón “estándar” abstracto e ideal —singularmente sujetos con discapacidades psíquicas, mentales, psicosociales, en ocasiones también sensoriales— son directa o indirectamente etiquetadas como “incapaces”. La respuesta que el modelo médico ofrece a las personas que tienen dificultades para adoptar sus propias decisiones según los anteriores parámetros de “normalidad” consiste en negarles esa posibilidad restringiendo, limitando e incluso anulando su capacidad jurídica, confi-

riendo ese derecho a un tercero que completa su limitada capacidad, sustituyendo a la persona con discapacidad en la adopción de las elecciones que no puede realizar por sí misma y en el ejercicio de los derechos con ellas vinculados, lo que configura el modelo de sustitución en la toma de decisiones, pieza imprescindible del tratamiento de la capacidad jurídica desde la óptica de ese enfoque (20).

Actualmente, se abre paso una nueva concepción sobre este particular conforme con el art. 12 de la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* (21). A tenor de ese precepto, se

(20) CUENCA GÓMEZ, Patricia, “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español”, trabajo presentado en la Comisión No. 1 del 1er. Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos humanos, celebrado en Buenos Aires, Argentina, 10 y 11 de junio de 2010, p. 7 (en soporte digital).

(21) Artículo 12: “Igual reconocimiento como persona ante la ley. 1. Los Estados Partes reafirman que las personas con discapacidad tienen derecho en todas partes al reconocimiento de su personalidad jurídica. 2. Los Estados Partes reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. 3. Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica: 4. Los Estados Partes asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas. 5. Sin perjuicio de lo dispuesto en el presente artículo, los Estados Partes tomarán todas las medidas que sean pertinentes y efectivas para garantizar el derecho de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, 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, y velarán por que las personas con discapacidad no sean privadas de sus bienes de manera arbitraria” (Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006).

da un giro copernicano en el tratamiento clásico de la capacidad, que permite valorar a los individuos bajo un prisma más justo, sobre la base del principio de igualdad y no discriminación.

II.2 Actos jurídicos civiles que pueden realizar por sí las personas discapacitadas

Desde el modelo social de discapacidad se pretende que las respuestas sociales frente al fenómeno mismo de la discapacidad, sean abordadas desde el respeto a la igual dignidad de todas las personas y fundadas en base a los derechos humanos. En este marco, se proclama la inclusión de la diferencia que implica la diversidad psico-social, como una parte más de la realidad humana. Así, la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* no se limita a proclamar el reconocimiento de la condición de persona con personalidad y capacidad plena, sino que impone a los Estados signatarios la obligación de propiciar medidas que faciliten a las personas con discapacidad el acceso al apoyo que necesitan para el efectivo ejercicio de su capacidad y medidas de salvaguardia que coadyuven al respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, velando porque no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona. Cabe aquí hablar de discriminar, pero en el sentido de separar, distinguir, diferenciar una cosa de otra y no en su acepción secundaria, hoy tan en boga: dar trato de inferioridad a una persona o colectividad por motivos raciales, religiosos, políticos, etc.

El régimen de graduación de la capacidad del menor, cada vez más acogido por las legislaciones (22), es un ejemplo de buena “discriminación” en el sentido arriba apuntado. Se asemeja más a lo que naturalmente ocurre en la realidad que el Derecho regula, por lo que se tiende a reconocer el paulatino incremento de las aptitudes de quienes no han alcanzado la mayoría de edad. En esta

(22) Como ejemplo pueden situarse el Código Civil de Brasil, artículos 3º, 4º y 5º, en MORAES MELLO, Cleyson y Thelma ARAÚJO ESTEVES FRAGA, et al., *O novo Código Civil comentado. Doctrina. Jurisprudencia. Direito Comparado*, Freitas Bastos, Río de Janeiro, 2003 y el Código Civil argentino, artículos 54 y 55, en LEIVA FERNÁNDEZ, Luis F. P., *Código Civil. Comentado y Anotado, La Ley*, Buenos Aires, 2006.

línea, ofrece un valioso criterio Mesa Marrero (23) al señalar que “... no parece razonable calificar la situación del menor de edad en términos absolutos, esto es, prescindiendo de la aptitud natural que progresivamente el menor adquiere y desarrolla a lo largo de esa etapa. Este planteamiento nos lleva a entender que la posición jurídica de la persona durante la minoría de edad no puede ser, por razones obvias, idéntica, de modo que tanto la capacidad de actuación que se le reconozca como las restricciones que se establecen a su capacidad de obrar deben valorarse en función de la aptitud natural del menor.”

Por razón de la edad, el Código Civil cubano establece tres estadios en cuanto al ejercicio de la capacidad: plena capacidad, a partir de los dieciocho años cumplidos; capacidad restringida, entre los diez años cumplidos y los dieciocho; incapacidad total, los menores de diez años (24). La persona que padece alguna discapacidad que no le priva de discernimiento (25) ni le impide manifestar inequívocamente su voluntad, transita por las anteriores gradaciones de la edad, en cuanto al ejercicio de la capacidad, igual que cualquier otra persona “normal”.

Afectan también el ejercicio de los derechos, según nuestra principal Ley civil, las enfermedades físicas o mentales que padezca la persona. Si la discapacidad está asociada a alguna o algunas de ellas, tendrá restringida su capacidad de obrar, pero sólo en esos casos, pues debe recordarse que la regla general es la presunción de capacidad plena. Algunas pueden disminuir las condiciones de entendimiento y voluntad, más no anularlas,

(23) MESA MARRERO, Carolina, “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho Sucesorio”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 43, julio-septiembre de 2002, p. 160, cit. pos. SÁNCHEZ BERGARA, Sheila, *Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentifictio activa*, Trabajo de Diploma, bajo la dirección de Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005, p. 22.

(24) Cfr. Artículos 29, 30 y 31 del Código Civil cubano, Ley No. 59 de 1987.

(25) El vocablo “discernir” tiene su origen en el prefijo “dis” y el verbo latino “cernire, un verbo de raíz agrícola que originalmente describía la acción de tamizar el grano para apartarlo de la paja, y con el tiempo adquirió el sentido de “divisar”, de “distinguir con inteligencia”, y “manifestarse” algo.” Vid. RABINOVICH - BERKMAN, Ricardo, *Derecho Civil. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 569-570.

y permiten, por tanto, la realización de ciertos actos en correspondencia con la patología que el individuo presente. Si la enfermedad física o mental priva de raciocinio y enerva su posibilidad real de elegir un comportamiento asumiendo sus consecuencias, deberá ser declarado judicialmente incapacitado y no podrá ejercitar por sí sus derechos y obligaciones.

Una persona con discapacidades físicas, psíquicas o sensoriales puede ejercitar *per se* los derechos sobre bienes de los que resulte titular; podrá, como propietaria, usar y disfrutar bienes, administrarlos, disponer de ellos *inter vivos* y *mortis causa*. Todo ello, claro está, con las restricciones que imponga de hecho su propia discapacidad natural, pero no como resultado de una merma de su capacidad de obrar establecida por el ordenamiento jurídico.

Particularmente en cuanto a los actos de disposición relacionados con el patrimonio, debe tenerse en cuenta el tipo de discapacidad física que aqueja a la persona, así como el modo y grado (26) en que ésta incide en su capacidad negocial, esto es, si puede o no, a pesar de la discapacidad, formarse una libre voluntad interna y comunicarla de modo inequívoco. Así, habrá de dilucidarse si pueden contratar, testar o aceptar herencias los que padecen de afecciones físicas que inmovilizan sus miembros o cuyos miembros han sido amputados pero se mantienen con posibilidad de hablar, los que padecen de afectaciones mentales o psíquicas, los afectados en la visión, el oído o el habla, de forma exclusiva o combinada cada una de estas modalidades. A nuestro juicio, podrán hacerlo si mantienen a pesar de su afección su capacidad jurídica, lo cual siempre se presume.

El artículo 50 del Código Civil cubano brinda cobertura a toda persona con competencias especiales para realizar actos jurídicos respecto a los cuales no tenga un impedimento en razón de la discapacidad física, psíquica o sensorial padecida. El precepto establece en su primer apartado que

(26) En Cuba no existe norma legal que fije grados de discapacidad o minusvalía vinculados al ejercicio de la capacidad, como ocurre en España, v. gr., donde la Ley 41/2003, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad establece ciertos baremos o porcentajes según la discapacidad que se padece, si física o psíquica, y el grado de minusvalía padecida, en correspondencia con el cual podría resultar o no titular de un patrimonio protegido.

los actos jurídicos expresos pueden realizarse oralmente o por escrito, de modo que si la discapacidad afecta el habla, pero la persona puede expresarse por escrito, no existirá dificultad alguna para dar a conocer su voluntad, y ya hemos dicho que en nuestro país existen escuelas especiales para atender las deficiencias de estas personas que necesitan atenciones pedagógicas especiales que reducen al mínimo la posibilidad de que no sepan leer y escribir. Si la discapacidad afecta la posibilidad física de escribir pero se mantiene el lenguaje oral, podrá exteriorizarse la voluntad de esta forma.

El apartado segundo del propio artículo 50 extiende incluso las posibilidades de actuación de las personas con discapacidades, pues se dispone en él que los actos jurídicos tácitos o los realizados por los que padezcan de alguna limitación que les impida expresar su voluntad oralmente o por escrito, pueden realizarse de cualquier otro modo comprensible, directamente o mediante intérprete. Se ofrecen de esta manera amplias posibilidades en cuanto a la forma de los actos jurídicos, y con esta norma de alcance general, se deja expedita la vía de exteriorizar una voluntad, v. gr. a través del lenguaje de las señas, o por el sistema Braille. Lo importante es que se comprenda el alcance de esa voluntad exteriorizada, aún y cuando no pueda ser expresada a través de la grafía (discapacitados físicos-motores) o del lenguaje oral (mudos). Cuando sea necesario el recurso del intérprete, ya de un sordomudo o de un sordociego, por ejemplo, éste tendrá la misión de hacerse entender frente a terceros, no versados en este particular lenguaje, de modo que no exista valladar que impida a la persona con tal discapacidad intervenir como cualquier otra en el tráfico jurídico.

El Código Civil, en este caso, ni siquiera exige que se acredite ante el funcionario correspondiente, como pudiera ser un notario, la titulación que habilita a quien se dice conocedor del lenguaje de señas, para el ejercicio de su función. Es suficiente que demuestre en la *praxis* sus conocimientos y los despliegue con eficiencia, permitiendo la comunicación de la persona con discapacidad con quien o quienes intervendrían en el acto jurídico a concertar, incluido, por supuesto, el funcionario autorizante. Se deja la forma del acto jurídico a las posibilidades de actuación del sujeto, según sus potencialidades y posibilidades

reales, quien elegirá la vía mejor y más idónea para darse a entender, según se colige de la redacción del precepto apuntado, de acuerdo a sus particulares circunstancias, aun cuando existirán determinados actos donde la imposición legal de una determinada forma requerirá de un análisis casuístico más detallado.

En el caso de los derechos personales, la persona con discapacidad puede concurrir como compareciente ante el registrador del estado civil a los fines de declarar o promover asuntos relacionados con los hechos o actos del estado civil de las personas. Los discapacitados sensoriales podrán hacerlo por medio de un testigo “idóneo”, además de los que la ley exige para el acto en cuestión, como sería el caso del matrimonio ante funcionario registral, en que la ley exige la presencia de dos testigos (*cf.* artículo 59 inciso i), 6 *in fine* de la Ley del Registro del Estado Civil y artículo 114, tercer párrafo, del Reglamento de la Ley). El artículo 70 del nombrado Reglamento habilita esta actuación registral, exigiendo tan solo que lo relativo a la presencia del testigo de asistencia se haga constar en el asiento o documento que se trate. Igualmente debe hacerse constar el auxilio en la lectura o en la firma que reciba el compareciente impedido de hacerlo por sí.

En sede de Derecho de Familia, ningún impedimento físico es causa de limitación del derecho a formalizar matrimonio, salvo las cautelas que en el orden de las formalidades toma en consideración el legislador. En el acto mismo de formalización se tomarán las precauciones que ya se han señalado, desempeñando un papel significativo la figura del intérprete como testigo “idóneo”.

A pesar de lo anterior y aun cuando el sexo no constituye causa limitativa de la capacidad de obrar en nuestros días, no debe olvidarse que en el contexto social y familiar las mujeres siguen sufriendo muchas veces una “protección discriminatoria”, especialmente aquellas que padecen alguna discapacidad. El entorno familiar sigue oponiendo una fuerte resistencia para reconocer su papel de esposas y madres, aunque paradójicamente muchas mujeres con discapacidad representadas en el imaginario social como personas débiles y dependientes, se convierten en cuidadoras de madres y padres ancianos, de sobrinos y otros familiares. Por otra parte, el personal médico desaconseja de forma sistemática los embarazos por

considerarlos “de alto riesgo” ocultando su desconocimiento profesional para tratar una mujer con discapacidad en esa situación, temor que se manifiesta también en el momento del parto con la práctica generalizada de cesáreas, en la mayoría de los casos innecesarias (27).

La posibilidad de formar una familia no se plantea como algo libremente elegido, ya que se da por supuesto que las mujeres con discapacidad no pueden tener pareja y formar una familia, en cualquiera de sus modalidades posibles, pues no cumplen con el estereotipo ideal de mujer que impera en la actualidad. Igual línea de pensamiento y acción se reitera cuando estas mujeres pretenden participar en programas de fertilidad o deciden adoptar. Con todo ello se advierte una vez más que la problemática que presenta la discapacidad no se fundamenta en la discapacidad como tal, sino que emerge desde la relación discapacidad - sociedad, arrojando un resultado con fuertes características de exclusión y desintegración social, lo cual afecta a la familia involucrada.

En Cuba, la Federación de Mujeres cubanas promueve el trabajo social en función de lograr la plena igualdad de la mujer en todos los órdenes, particular que ya se ha logrado en el orden normativo. Especial atención se brinda a la mujer con discapacidad y su familia, desarrollando un trabajo diferenciado con las mujeres asociadas a la Asociación Cubana de limitados Físicos Motores (ACLIFIM); Asociación Nacional de Sordos de Cuba (ANSOC) y la Asociación Nacional de Ciegos (ANCI), fortaleciendo las relaciones e intercambios con cada una de las Asociaciones e incrementando la incorporación y participación activa de las mujeres con competencias diferentes a las actividades de la organización. A través de las Casas de Orientación a la Mujer y la Familia se desarrollan programas de orientación y educación a madres, padres, y familiares de niños y jóvenes con discapacidad y se propicia la incorporación de estas féminas con discapacidades a cursos que las adiestren en oficios que le permitan su superación e incorporación al trabajo. Las principales acciones en este sentido han ido dirigidas a buscar mayor participación de estas mujeres en la vida social

(27) Vid. Manifiesto de las Mujeres con Discapacidad, “Por nosotras y nuestras familias” http://www.imagina.org/archivos/MANIFIESTO%20Mujeres_2004.doc (Consultado 2 de marzo del 2005).

y comunitaria, propiciar la superación cultural de las mismas y su acceso al empleo, la incorporación consciente de las jóvenes y mujeres no afiliadas a la Organización y la detección y contribución a la solución de los problemas sociales que las afectan.

Tampoco en el orden del ejercicio de la patria potestad, de la tutela o de la adopción, existen limitaciones a las personas con discapacidad, si bien la declaración judicial de incapacidad es motivo de suspensión de la patria potestad, según se dispone en el artículo 94 del Código de Familia cubano.

El artículo 27 del Decreto-Ley 234/2003 (28), permite a los padres con hijos que padecen alguna discapacidad acogerse a una licencia no retribuida a partir del primer año de vida del niño o niña y hasta que éste cumpla los tres años, lo cual facilita el seguimiento de la conducta y comportamiento del menor durante estos primeros años de vida, sin que pierda la posibilidad de reincorporarse a su centro laboral. El alcance de esta norma se extiende también a los padres adoptivos y los parientes obligados a dar alimentos conforme con el Código de Familia y, según el inciso d) de su Disposición Transitoria Primera, se le atribuye carácter retroactivo dado el beneficio que entraña, por lo que a su tenor resultaron protegidos también los progenitores de aquellos menores con discapacidad que a la entrada en vigor de la norma aún no habían arribado a los tres años de edad.

II.3 Actos jurídicos civiles que requieren complemento de la capacidad de obrar

El texto sustantivo civil en su artículo 30 reconoce la capacidad restringida, categoría en la que puede estar inmersa la persona con discapacidad y que permite graduar el ejercicio de la capacidad, de modo que conforme lo aprecie el órgano judicial, se le restringiría la esfera de actuación según el grado de madurez y las posibilidades físicas y sensoriales que el individuo tiene para encarar los actos de la vida. Empero, a los efectos del ejercicio de la capacidad lo que importa no es la declaración de restricción, que no cuenta con

mecanismo establecido en nuestro ordenamiento legal, sino el grado de minusvalía que padezca el sujeto discapacitado, no existiendo tampoco preceptiva jurídica que establezca gradaciones para su apreciación.

El inciso a) del artículo 30 del Código Civil cubano concede al menor que ha cumplido diez años capacidad suficiente para disponer del estipendio que le ha sido asignado y, cuando alcance la edad laboral, de la retribución por su trabajo. No hay dudas en cuanto a esa capacidad parcial que puede ejercer respecto a tales actos, pero, ¿acaso son los únicos que pueden estar encaminados a satisfacer sus necesidades normales de la vida diaria, como en general les autoriza para actuar el enunciado que encabeza el precepto? Al no establecer el propio Código pautas que permitan determinar qué actos calificarían como tales, habría que deducir tal condición de un razonamiento aplicado a cada caso concreto, pues no son iguales las necesidades de todos los sujetos ni se proveen o satisfacen del mismo modo. Actos de administración o disposición de los bienes que se posean, por ejemplo, podrán ser en algunos supuestos imprescindibles para la manutención elemental del individuo que los ejecuta y, en otros supuestos, no lo serán. Tomando en cuenta lo que supongo fueron principios inspiradores para el legislador de 1987 en cuanto a la progresiva capacidad del menor, considero que debe interpretarse el enunciado general del artículo 30 en sentido positivo, esto es, entender que tienen capacidad suficiente para realizar *todos* los actos que de un modo u otro contribuyan a satisfacer sus propias necesidades cotidianas, incluyendo las que no son de carácter patrimonial, y que las restricciones recaen sobre otros actos distintos, en los cuales necesitaría apoyo para el ejercicio de la capacidad a través de la institución de guarda que corresponda.

Tampoco ofrece el precepto herramientas útiles para determinar el significado exacto de “enfermedad o retraso mental”, supuestos del inciso b), dejando ello a los aplicadores del Derecho, quienes tendrán que auxiliarse de los dictámenes periciales correspondientes en el proceso promovido a los fines de restringir la capacidad de obrar del sujeto. Desacertada es también la redacción del inciso c), de ese artículo 30, pues coloca en la órbita de la capacidad restringida a “los que por impedimento físico no pueden expresar su voluntad de modo inequívoco”. Si en razón del

(28) Artículo 27.- “La madre o padre trabajadores de un menor de edad que presenta una discapacidad física, mental o sensorial, amparada por dictamen médico que determine requiera una atención especial, puede acogerse a una licencia no retribuida a partir del primer año de vida del niño o niña y hasta que cumpla los tres años”.

impedimento físico que padece el discapacitado éste no puede expresar su voluntad inequívocamente y si la voluntad es el nervio central de cualquier acto jurídico, quien esté impedido de trasladarla del plano mental o subjetivo al externo o material, no estará en condiciones de ejercer por sí derechos y deberes jurídicos. Es dudoso, por otra parte, que un impedimento físico por sí sólo, no asociado a ninguna deficiencia orgánica o sensorial, pueda impedir exteriorizar la voluntad, por lo que el precepto se aleja de la realidad y resulta incongruente. Si el impedimento físico no afecta la posibilidad de manifestar de cualquier forma la voluntad sin equívoco, entonces la persona es plenamente capaz.

¿Cómo pueden intervenir los discapacitados en situación de capacidad restringida en actos jurídicos que excedan el ámbito de la simple satisfacción de las necesidades de la vida diaria? No existe en el orden adjetivo ningún proceso para la declaración de esa situación ni para dotar a la persona que se encuentra en ella de un régimen adecuado de protección o guarda. En el ámbito judicial cubano, los supuestos previstos por nuestro Código sustantivo en su artículo 30 o se incapacitan de forma absoluta o se mantienen totalmente capaces, haciendo perder virtualidad a la norma e impidiendo que se cumplan los objetivos de esta institución. Es evidente la necesidad de restablecer la figura de la curatela como institución de guarda a las personas discapacitadas en situación de capacidad restringida, a más de otros sujetos como los menores contemplados en el inciso a) del propio artículo 30 del Código Civil.

En el Proyecto de Código de Familia que desde hace más de una década existe en nuestro país, se retoma la figura, estableciendo en su artículo 237: *“La curatela es la autoridad que se confiere, con carácter transitorio, a una persona mayor de edad para que complemente la capacidad de obrar de otra persona, en aquellos actos que la ley lo requiere, por razón de:*

- 1) *edad;*
- 2) *capacidad restringida, excepto los menores de edad sujetos a patria potestad o tutela;*
- 3) *prodigalidad;*
- 4) *intereses contrapuestos.”*

II.4 Actos jurídicos civiles a través de representantes

Los niños y niñas que padecen alguna discapacidad, no tendrán la posibilidad de ejercitar sus derechos por sí mismos, pero ello no significa una discriminación por razón de la deficiencia que les aqueje, sino simplemente un tratamiento igual por razón de la edad. En el artículo 7º de la *Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad* se establece que los Estados Partes tomarán todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales *en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas, garantizando además que los niños y las niñas con discapacidad tengan derecho a expresar su opinión libremente sobre todas las cuestiones que les afecten, opinión que recibirá la debida consideración teniendo en cuenta su edad y madurez, en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas.*

El menor de edad con discapacidad estará sujeto a patria potestad y serán sus padres los encargados de ejercitar sus derechos y representarlo en los actos jurídicos que procedan. Para la mejor protección de los hijos y evitar la promoción del expediente de tutela ante los tribunales, se prevé actualmente la posibilidad de prorrogar la patria potestad de los padres en casos de discapacitados severos antes de que estos arriben a la mayoría de edad. La figura no está regulada en nuestro vigente Código de Familia, pero se prevé también su inclusión en el Proyecto actual que se pretende lo sustituya. Si el menor discapacitado no está sujeto a patria potestad, será a través del tutor designado por el tribunal competente, en virtud del Título IV del Código de Familia, que podrá intervenir en la realización de actos jurídicos.

En el caso de las personas con discapacidad, mayores de edad, incapacitados de obrar por sentencia judicial, estarán sujetos también a la tutela como institución de guarda y podrán ejercitar sus derechos a través del tutor.

La tutela y otras formas de guarda legal que pueden alcanzar a personas con discapacidades, han adquirido gran importancia en el tráfico jurídico contemporáneo dada la comprensión más o menos generalizada de la necesidad de proporcionar adecuada protección y atención a

las personas incapacitadas. Así, vienen recibiendo singular protagonismo las que se han denominado disposiciones y estipulaciones respecto a la propia incapacidad, destacando la doctrina (29) su indubitable trascendencia social y la multiplicidad de razones que permiten aconsejar que una persona, antes de llegar a la incapacidad para autogobernarse y comunicarse, pueda prever aspectos variados de su existencia, utilizando, entre otras, la vía de la autodelación de la tutela o autotutela.

La autonomía de la voluntad en el ejercicio de los derechos subjetivos para la protección de la propia persona, han servido de basamento teórico a los mecanismos que, de *lege ferenda*, se han invocado para atender la cobertura de la autotutela. Así, el derecho a la libertad personal, como derecho fundamental y como derecho inherente a la personalidad, incluye la posibilidad de disponer de la propia persona, sin más limitaciones que aquellas que respondan a las necesidades ontológicas, éticas y sociales. Como expresión concreta de ese derecho, nada obsta para que una persona en previsión de su propia incapacidad, que pueda sobrevenir en el futuro, estando en su cabal juicio designe a quien considera debe ser su tutor e, incluso, nombre sustitutos para el caso de que esa persona designada no pueda o no quiera asumir la guarda tutelar, si bien este negocio unilateral de naturaleza no recepticia, tendrá una eficacia supeditada a la decisión judicial, pues en última instancia es el juez quien vigila y resuelve todo lo concerniente a la institución tutelar en las legislaciones, como la nuestra, que reconocen una tutela bajo control judicial.

Aunque no existe una prohibición expresa en nuestro ordenamiento jurídico respecto a esta particular forma de delación de la tutela, tampoco

(29) Pueden señalarse, entre otros autores, RIVAS MARTÍNEZ, J. J., “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad” en Ponencias presentadas por el Notariado español — VII Jornada Notarial Iberoamericana, Veracruz, México, Colegios Notariales de España, 1998; RIVERA ÁLVAREZ, J. M., “Una perspectiva civil de las últimas reformas planteadas en materia de discapacidad” en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, España, No. 50, pp. 91-118; TALANA DE BRANDI, Nelly y LLORENS, L. R., Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad, Astrea, Buenos Aires, 1996; PÉREZ GALLARDO, L. B., “De la autonomía de la voluntad y de sus límites,” Ponencia presentada en la III Convención Latinoamericana de Derecho, Universidad de Antioquia, Colombia, en LexSUM, Facultad de Derecho, U.H.

existen las que la refrendan, siendo necesario un cauce legal idóneo para estos imperativos actuales. La figura ha sido prevista en el proyecto de Código de Familia, aunque no de forma acabada y congruente. No se incluye, por ejemplo, en el orden prelatorio de delación de la tutela en primer lugar, al propio incapacitado, a tono con la posibilidad de autodelación de la tutela que reconoce, no se hace referencia al documento que puede servirle de expresión formal, no se regula la posibilidad de excluir parientes del posible incapacitado del cargo de tutor (la llamada autotutela negativa o de exclusión), no se pronuncia en cuanto al registro de la institución.

El mencionado Proyecto de Código de Familia establece también otra figura de protección de posible aplicación al discapacitado: la guarda de hecho, que servirá para regularizar la situación de personas que atienden a discapacitados sin que se las haya deferido la tutela, interviniendo en su interés, aunque no en su nombre, en actos jurídicos que les beneficien (30).

Esta última figura, tiene su antecedente en nuestro medio en la asistencia social a domicilio que regula la Ley de Seguridad Social, Ley No. 24 de 28 de agosto de 1979, que consiste en brindar atención y cuidados básicos de carácter personal, doméstico y social en su propio domicilio a aquellas personas cuya discapacidad le impide un desempeño normal en las actividades de su vida diaria. A través de los servicios que debe prestar el asistente social a domicilio, que recibe por ello un salario en correspondencia al tiempo de servicio que requiera el beneficiario de acuerdo al grado de dependencia y severidad de su discapacidad, salario que corre a cargo del presupuesto de Asistencia Social, se logra que personas de avanzada edad o discapacitadas que no tienen suficiente garantía para su cuidado, reciban protección en

(30) Vid. ROGEL VIDE, Carlos, “Sobre la guarda de hecho” en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, octubre-diciembre, 2000. Afirma este autor que: “La guarda de hecho —en efecto— es una situación, una relación jurídica informal todo lo irregular que se quiera, mas nunca un hecho jurídicamente irrelevante, como parecen pensar algunos que se dejan confundir por el aparejado a la guarda, sin entender que, bien visto ello, no implica guarda fáctica como contrapuesta a jurídica sino, por el contrario, guarda efectivamente ejercida y asumida de hecho, realmente, aun al margen de las formalidades legales”.

su propio medio, mantengan un vínculo social y afectivo y alcancen una vida más plena.

En general, debe recordarse que en el mundo de hoy las personas con discapacidad han pasado de ser “un objeto de protección” cuya voluntad debe ser completamente reemplazada, a ser “un sujeto pleno de derecho”, que debe ejercer su capacidad natural siendo apoyado y asistido en aquellos actos para los que no tiene la “capacidad suficiente”. Como dispone el mencionado artículo 12 de la *Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, los Estados signatarios deben asegurar medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica que proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos, de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos.

III. Particular incidencia de la discapacidad en materia de Propiedad Intelectual

III.1 Discapacidad y Derecho de autor

Recientemente, en junio del presente año 2013, se celebró en Marrakech la Conferencia Diplomática sobre la conclusión de un tratado que facilite a las personas con discapacidad visual y a las personas con dificultad para acceder al texto impreso, el acceso a las obras publicadas.

En dicho tratado se recuerdan los principios de no discriminación, de igualdad de oportunidades, de accesibilidad y de participación e inclusión plena y efectiva en la sociedad, proclamados en la Declaración Universal de Derechos Humanos y en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y los desafíos perjudiciales para el desarrollo integral de las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, que limitan su libertad de expresión, incluida la libertad de recabar, recibir y difundir información e ideas de toda índole en pie de igualdad con otras, mediante toda forma de comunicación de su elección, así como su goce del derecho a la educación, y la oportunidad de llevar a cabo investigaciones, recalcando la importancia de la protección del derecho de autor como incentivo y recompensa para las creaciones literarias y artísticas y la de incrementar las oportunidades de todas las personas, incluidas las personas con discapacidad

visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso, de participar en la vida cultural de la comunidad, gozar de las artes y compartir el avance científico y sus beneficios.

Teniendo en cuenta que la mayoría de las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso vive en países en desarrollo y en países menos adelantados, se establece la necesidad de ampliar el número de obras en formato accesible y de mejorar la distribución de dichas obras, así como fortalecer la incidencia positiva de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en la vida de las personas con discapacidad visual o con otras dificultades para acceder al texto impreso mediante la mejora del marco jurídico a escala internacional.

Por otra parte, la persona con discapacidades físicas, sensoriales y aún psíquicas, puede ser autora, pues para poseer tal condición basta el acto de creación. Para ser autor, por tanto, basta crear, sin que se exija capacidad específica para la realización de este acto, pues en muchas ocasiones la incapacidad de obrar no coincide con la ineptitud de la mente para la creación de una obra del ingenio. Así, afirma Ascarelli (31) que el Derecho va a tutelar la misma obra en cuanto objetivamente presente en ella determinados caracteres, al margen del *iter* psicológico requerido para su formación.

Pero distinta de la capacidad para la creación es la capacidad para hacer valer el derecho del autor y transmitir facultades integrantes del mismo a otros. No debe establecerse ninguna distinción de edad o relativa a otra condición física, psíquica o sensorial en lo que atañe a la capacidad creadora del autor, existiendo la posibilidad de crear obras intelectuales en cualquier edad o estado de la persona, pero en cuanto a la capacidad de obrar deben considerarse otros particulares. Sin embargo, nuestra Ley de Derecho de autor, Ley 14/77, no dedica ningún precepto a la capacidad del autor, ni alude en ningún artículo a supuestos de ejercicio del derecho de autor en caso de creadores menores de edad o incapacitados, por lo que habrá de regirse ésta por lo preceptuado, con carácter general, por el Código Civil.

(31) ASCARELLI, T., Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales, trad. por E. VERDERA y L. SUÁREZ LLANOS, Bosch, Barcelona, 1970, p. 654.

Dada la especial naturaleza del Derecho de autor, el ejercicio de las facultades morales y patrimoniales que lo integran se encuentra estrechamente vinculado. Así, aunque nada dice nuestra Ley al respecto, debe entenderse que las facultades morales, por su carácter personal, deben ser ejercitadas por el propio autor, aún en aquellos casos de autores menores de edad, tengan o no alguna discapacidad; no podrá, a nuestro juicio, sustituir su voluntad en este caso el representante legal, pues ello atentaría contra la propia esencia protectora de la institución de la representación en su vertiente legal. Si un autor menor de edad decide hacer salir de su esfera íntima la obra que ha creado, por ejemplo, de la que se siente plenamente satisfecho y su representante legal coincide con tal criterio, pienso que para poder realizar la divulgación efectiva de la obra podría concurrir como parte a un contrato de explotación económica de aquella, pero al no poder otorgar personalmente su consentimiento en dicho contrato, so pena de nulidad según lo preceptuado por el artículo 67, inciso b) del Código Civil, su representante legal actuará en su nombre, en aplicación del artículo 32 del propio texto legal.

Si, por el contrario, un autor menor de edad, tenga o no discapacidad, considera que su obra no debe ser divulgada, mientras que su representante legal considera que es positivo y conveniente que sea conocida por el público, la situación es diferente. Se produce aquí un conflicto de intereses que la doctrina se inclina mayoritariamente por resolver a favor del menor que tiene la condición de autor (32). Es adecuado este criterio, pues al ser la facultad de decidir la divulgación de carácter personal, es intransmisible e inalienable, la voluntad del autor, aunque menor de edad, no puede ser sustituida por la de su representante legal y tomada la decisión de no divulgar por parte de aquel, no cabe pensar en la posibilidad de concertar contrato alguno relativo a la reproducción de la obra u otra forma de explotación económica de la misma.

Puede producirse también otra situación diferente, cuando el autor menor de edad desea divulgar su obra pero su representante legal se opone a ello. El conflicto planteado en este caso resulta de

(32) Vid. PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Derecho de Autor: La Facultad de Decidir la Divulgación*, Civitas, Madrid, 1996, pp. 116 y 117.

solución más difícil y controvertida que en los supuestos anteriores, pues se podría considerar que el representante toma en cuenta razones que tienden a salvaguardar los intereses del menor como base para su negativa a la divulgación de la obra de éste y, en tal sentido su actuación sería entendida dentro de los límites que la ley establece para el ejercicio de su representación (33). Ni siquiera en tales casos, para otros (34), sería admisible la intervención judicial para solucionar tal conflicto, pues esta intromisión sólo estaría justificada cuando entren en juego razones económicas, pero no cuando se mezclen con aquellas razones de índole personal o moral, como las que tienen que ver con la fama o el buen nombre del autor.

En nuestro caso, ante la ausencia de preceptos especiales al respecto, tendríamos que acudir a lo previsto por el Código Civil para aquellos supuestos en que existen conflictos de intereses entre el menor y su representante legal. A tales efectos, el artículo 60 dispone que siempre que el representante legal tenga un interés opuesto a su representado, corresponde al fiscal la representación de este último (35). Vale señalar que consideramos que esa intervención del fiscal sería procedente en caso de manifestarse el conflicto de intereses con ambos padres cuando ejercen conjuntamente la patria potestad, pues si sólo se presenta con uno de los progenitores, representará directamente al hijo aquél de entre ellos que no se oponga a la decisión de divulgación tomada por el menor de edad. Tal representación del padre o del fiscal estaría dirigida a lograr la divulgación efectiva de la obra a través del correspondiente contrato con el utilizador, o sea, a la prestación del consentimiento para la formalización de dicho contrato, no a la decisión de divulgar que como facultad moral previa corresponde sólo al autor, aún menor de edad y sin plena capacidad

(33) DESBOIS, H., *Le Droit d'auteur en France*, 13^a ed., Dalloz, Paris, 1978, p. 619.

(34) Vid. CARRELLI, G., *L'autore minorene*, "Il Diritto di Autore", Roma, 1938.

(35) Sobre la intervención del fiscal en aquellos casos en que existen conflictos de intereses entre el menor y sus representantes en ocasión del ejercicio de la patria potestad, Vid. RODRÍGUEZ HERNÁNDEZ, Venus y Aniuska CAPOTE ARIAS, *Los conflictos de intereses y el acto jurídico consigo mismo*, Trabajo de Diploma bajo la tutoría de los profesores Leonardo B. PÉREZ GALLARDO y Caridad del C. VALDÉS DÍAZ, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, julio 2001, pp. 15 a 39.

de obrar, incluso con discapacidades, como ya se ha apuntado (36).

En cuanto a la situación del autor con limitaciones en el ejercicio de su capacidad o incapacitado totalmente de obrar por razón de enfermedad física o mental, se entiende que son válidas las consideraciones anteriores respecto a las obras que creen luego de la correspondiente sentencia judicial que declare su situación y determine el régimen de protección a que quedará sometido. En cualquier caso, como regla, sólo a él corresponde decidir si su obra debe o no ser divulgada, y para la divulgación efectiva de la misma transmitirá sus facultades patrimoniales a través de su representante legal, que será el encargado de otorgar materialmente el consentimiento en el correspondiente contrato con el utilizador. En caso de conflicto de intereses como los descritos en supuestos de menores, cabe seguir la misma línea arriba apuntada.

Sin embargo, en el caso de un autor afectado por sentencia judicial que declare su incapacidad parcial o total, por demás discapacitado, puede darse la situación adicional de que hubiera creado obras antes de la firmeza de dicha resolución judicial, respecto a las cuales haya decidido la divulgación, e incluso puede haber concertado contratos para hacer efectiva dicha divulgación antes o durante la tramitación procesal de su incapacidad. ¿Serían válidos dichos contratos? Se considera que el consentimiento otorgado por el incapaz antes de la firmeza de la sentencia que lo inhabilita para el ejercicio de su capacidad cumple los requisitos legales exigidos para que sea efectivo, y en tal sentido no cabría la declaración de nulidad de los contratos concertados por éste durante esa etapa,

(36) Es necesario destacar que algunas leyes sobre derecho de autor exigen obligatoriamente el consentimiento personal del autor, aún cuando se trate de un menor o incapacitado, para la conformación de los contratos a través de los cuales se transmitan facultades relativas a la explotación económica de obras por ellos creadas. En tal sentido, resultaba emblemática la ley francesa de 1957, que en su artículo 53 disponía: "Será obligatorio el consentimiento personal del autor dado por escrito. Sin perjuicio de las disposiciones que rigen los contratos celebrados por los menores y los sujetos a interdicción, el consentimiento se exigirá aún cuando se trate de un autor legalmente incapacitado, salvo si este se encuentra en la imposibilidad física de otorgar su consentimiento. Las disposiciones del párrafo anterior no serán aplicables cuando el contrato de edición esté suscrito por los derechohabientes del autor."

aunque pienso que si el representante legal del incapacitado aprecia la existencia de vicios en el consentimiento, puede impugnar el negocio como parte interesada e instar su anulación al órgano jurisdiccional, en virtud de lo previsto por los artículos 69 y siguientes del Código Civil cubano.

Puede también darse la situación de personas cuya deficiencia o enfermedad, además de persistente, es insalvable, sin que exista la posibilidad de que sigan creando obras, pero que antes de la incapacitación plena habían realizado creaciones aún no divulgadas y sin que se conozca cual era su intención respecto a ellas ni estar en condiciones, aunque vivas, de poder dar a conocer si desean o no que dichas obras salgan de su esfera íntima. Aunque la facultad de decidir la divulgación es de carácter personal y sólo corresponde al autor, considero que en casos como estos debe atenuarse el carácter absoluto de este derecho, pues lo contrario podría traer graves perjuicios al propio creador, que no podría obtener beneficio económico alguno por la explotación de su obra, estando posiblemente necesitado de realizar significativos desembolsos por razón de su estado de salud. También la sociedad podría verse afectada al no poder disfrutar la obra, lo que puede considerarse en determinados supuestos como un daño causado al desarrollo cultural.

Se considera que en esos casos excepcionales, puede admitirse que sean los representantes legales los que tomen la oportuna decisión, con la debida autorización judicial, siempre que el incapaz no se hubiera manifestado en contra de ello antes de la causa que provocara su estado actual, de forma similar a como ocurre en el caso de obras póstumas, que pueden los herederos divulgar si no existe oposición que hubiera manifestado en vida el autor.

IV. Derecho civil para una sociedad inteligente. Retos y perspectivas. Consideraciones finales

Si sólo son inteligentes las sociedades justas, al decir de Marina (37), el Derecho Civil que construimos desde el presente y para el futuro debe contribuir a la justicia para evitar el fracaso de la inteligencia colectiva. "Somos híbridos de neurología y cultura", añade el citado autor, y destaca

(37) MARINA, J. A., op. cit., p. 159.

que la interacción continua de los hombres es el fundamento de la inteligencia social.

En esa interacción participan personas con competencias diferentes, que por sus características no siempre logran ser tomadas en cuenta y ejercer los derechos que les corresponden como seres humanos. “La enfermedad o la limitación no pertenecen a la biología, sino que a la relación desde la cual el ser humano considera que un organismo, un sistema u otro ser humano, no satisfacen cierto conjunto de expectativas”, afirma el destacado biólogo y filósofo chileno Humberto Maturana (38). Si queremos una sociedad justa, debemos lograr la integración a ella de todas las personas, con independencia de sus aptitudes físicas, psíquicas o sensoriales, que sólo diferencian a unas personas de otras pero que no restan el sentido de lo humano de cada ser.

Para conseguirlo, resultan claves, pero insuficientes si se trabajan separadamente, las políticas que comprometan al poder público en la realización de programas y obras a favor de los más desvalidos de la sociedad, y por otra parte, el sistema normativo que coadyuve al ejercicio de sus derechos. Un eje central que debe manejar cada política sobre discapacidad, es la prioridad porque la sociedad, con la educación y culturización suficiente, se convierta en una sociedad sin características de discriminación. Los esfuerzos se orientan hacia la creación de una sociedad justa que sea integradora de diferencias.

El reto es ser una sociedad universalmente inteligente, la perspectiva es ir logrando metas menos ambiciosas, pero que exigen un “uso público de la inteligencia personal”, en función de evitar fracasos operativos. En este sentido, el Derecho Civil y de Familia deben establecer los mecanismos más adecuados para permitir que las personas con discapacidad puedan tener a su alcance múltiples variantes como expresión de su autonomía privada, para realizar con eficacia todo tipo de acto jurídico, civil y familiar, sin carecer de la necesaria protección. Las instituciones de guarda que normalmente acompañan a las restricciones en el ejercicio de la capacidad deben atemperarse a la realidad, pero también a nuestras aspiraciones para hacer efectivo el apoyo que

requieren los discapacitados por cualquier causa, en busca de su real integración.

El decir definitivamente “adiós” a la discriminación, marginación u olvido que sufren las personas con discapacidad no es tarea que puede acometer el Derecho Civil aisladamente; debe insertarse, por el contrario, en el complejo entarimado social que pretende resolver tales conflictos de forma inteligente, es decir, justa, para lograr la felicidad de cada persona y de toda la colectividad. Pero sin el marco jurídico apropiado que este sector del Derecho proporciona, teniendo como centro de atención a la persona y su dignidad humana, tampoco podría lograrse. Por eso, si lo trasladamos metafórica y gráficamente a la música, pudiéramos decir que las políticas públicas conforman el violín, mientras que las normas civiles y familiares son el arco que se desliza sobre sus cuerdas para obtener las notas exactas que queremos escuchar. No dejemos mudo al violín creando una nueva discapacidad, hasta los sordos quieren escuchar su música...

V. Bibliografía

1. Fuentes doctrinales

ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil. Introducción y Parte General*, t. I, Volumen Segundo, Bosch, Barcelona, 1996; CÁRDENAS GONZÁLEZ, Fernando A., *Incapacidad. Disposiciones para nuevos horizontes de la autonomía de la voluntad*, Porrúa, México D.F., 2006; CASTIELLA RODRÍGUEZ, José J., “La persona, el estado civil y el registro civil. Primera Parte. La persona en general”, en Juan F. Delgado de Miguel, (Coordinador), *et al., Instituciones de Derecho Privado*, tomo I, volumen 2, ECivitas, Madrid, 2003; CIFUENTES, Santos y Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ, *Código Civil Comentado y Anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006; CLEMENTE DÍAZ, Tirso, *Derecho Civil Parte General*, tomo I (primera parte), EMPES, La Habana, 1983; CUENCA GÓMEZ, Patricia, “La igualdad en la capacidad jurídica de las personas con discapacidad: algunas implicaciones del art. 12 de la CIDPD en el Ordenamiento jurídico español”, trabajo presentado en la Comisión No 1 del 1er. Congreso Internacional sobre Discapacidad y Derechos humanos, celebrado en Buenos Aires, Argentina, 10 y 11 de junio de 2010 (en soporte digital); DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Compendio de Derecho Civil*, tomo I, volumen I, 3ª edición, Instituto de Estu-

(38) Vid. MATURANA, H., *El sentido de lo humano*, Novena edición, Dolmen, Santiago de Chile, 1997.

dios Políticos, Madrid, 1966; DÍEZ-PICAZO, Luis y Antonio GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, tomo I - Introducción. *Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*, 8ª edición Tecnos, 1994; DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, Ernesto, *Derecho Romano*, tomo I, 2ª parte, ENPES, La Habana, 1987 y t. II, parte 1, 2ª edición, Félix Varela, La Habana, 2006; ESPINOZA ESPINOZA, Juan, *Derecho de las personas*, 5ª edición, Editorial Rhodas, Lima, 2006; GARCÍA VALDECASAS, Guillermo, *Parte General del Derecho Civil Español*, Civitas, Madrid, 1983; GHERSI, Carlos A., *Derecho Civil. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 1999; GÓMEZ TRETÓ, Raúl, *Las tendencias del Derecho civil cubano. El nuevo Código Civil*, material inédito; JIMÉNEZ SALINAS, Juan C., “La Autotutela como forma de protección a la dependencia”, en PROVEA Fundació Pro Velle-sa Autònoma, 2008; MARINA, Jesús A., *La inteligencia fracasada. Teoría y práctica de la estupidez*, Anagrama, Barcelona, 2004; MATURANA, Humberto, *El sentido de lo humano*, Novena edición, Dolmen, Santiago de Chile, 1997; MENDIZÁBAL OSES, Luís, *Derecho de menores*, Bosch, Barcelona, 1977; MESA MARRERO, Carolina, “Régimen jurídico de los menores e incapaces en el Derecho Sucesorio”, en *Revista Jurídica del Notariado*, No. 43, julio-septiembre de 2002; MORAES MELLO, Cleyson y Thelma ARAÚJO ESTEVES FRAGA, *et al.*, *O novo Código Civil comentado. Doutrina. Jurisprudencia. Direito Comparado*, Freitas Bastos, Río de Janeiro, 2003; MORENO NÁPOLES, Raúl J., “Análisis crítico de la actividad notarial en la previsión de la propia incapacidad: la autotutela”, *Tesis en opción al grado de Especialista en Derecho Notarial*, bajo la dirección de Caridad del C. Valdés Díaz, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2007; PEREÑA VICENTE, Monserrat, “La Autotutela: ¿Desjudicialización de la Tutela?”, ponencia presentada en el III Encuentro Justicia y Derecho, Tribunal Supremo de la República de Cuba, La Habana, 24 al 26 de mayo del 2006; PÉREZ DE VARGAS MUÑOZ, José (Coordinador), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2006; PUIG BRUTAU, José, *Compendio de Derecho Civil*, volumen 1, Bosch, Barcelona, 1987; RABINOVICH - BERKMAN, Ricardo, *Derecho Civil. Parte General*, Astrea, Buenos Aires, 2000; RIVAS MARTÍNEZ, Juan José, “Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad” en *Ponencias presentadas por el Notariado español — VII Jornada Notarial Iberoamericana*, Veracruz, México, Colegios No-

tales de España, 1998; ROGEL VIDE, Carlos, “Sobre la guarda de hecho” en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, octubre-diciembre, 2000; ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios de Derecho civil. Persona y Familia*, REUS, Madrid, 2008; SÁNCHEZ BERGARA, Sheila, “Discapacidad, capacidad restringida e incapacidad en el ámbito de la testamentificta activa”, *Trabajo de Diploma*, bajo la dirección de LEONARDO B. PÉREZ GALLARDO, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2005; TAIANA DE BRANDI, Nelly y Luis Rogelio LLORENS, *Disposiciones y estipulaciones para la propia incapacidad*, Astrea, Buenos Aires, 1996; VALDÉS DÍAZ, Caridad del C. (Coordinadora) *et al.*, *Derecho Civil. Parte General*, Félix Varela, La Habana, 2001.

2. Fuentes legales

Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, aprobados mediante resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 13 de diciembre de 2006 (en soporte digital); *Constitución de la República de Cuba* con las reformas de 1992, en Gaceta Oficial Extraordinaria N° 7 del 1 de agosto de 1992; *Código Civil de la República de Cuba*, Ley N° 59/1987 de 16 de julio, anotado y concordado con los ordenamientos cubano y español por Ángel ACEDO PENCO y Leonardo B. PÉREZ GALLARDO, Dykinson, Madrid, 2005; Divulgación del MINJUS, La Habana, 1988; *Código Civil del Reino de España* de 6 de octubre de 1888, 24ª edición, Tecnos, Madrid, 2005; *Anteproyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, agosto de 1979; *Anteproyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, febrero de 1981; *Anteproyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, febrero de 1982; *Anteproyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, enero de 1983; *Anteproyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, septiembre de 1985; *Proyecto del Código Civil cubano*, Comisión de Asuntos Jurídicos y Constitucionales de la Asamblea Nacional del Poder Popular, mayo de 1986; *Código*

de Familia, Ley 1289/1975, de 14 de febrero, impreso en el Combinado del Periódico Granma, con la colaboración del MINJUS, el TSP, la FGR y la ONBC, 2004; *Código Penal*, Ley 62/1987, de 29 de diciembre; *Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral*, Ley N° 7/1977 de 19 de agosto; Ley N° 50/1984 de 28 de diciembre *De las Notarías Estatales*, editada por el MINJUS,

mayo de 1986 y su *Reglamento* contenido en la Resolución 70/1992 de 9 de junio del Ministro de Justicia; Ley N° 51/1985 de 15 de julio, *Ley del Registro del Estado Civil* y su *Reglamento*, contenido en la Resolución N° 157 de 25 de diciembre de 1985 del Ministro de Justicia, Ministerio de Justicia, 1986; *Proyecto de Código de Familia*, versión digital de mayo del 2008. ◆

.....
Persona / Comentarios Jurisprudenciales
.....

OBRAS SOCIALES

Niño afiliado que padece retraso madurativo. Cobertura de tratamientos médicos. Equinoterapia. Procedencia de su cobertura integral.

***Hechos:** La madre de un niño que padece un retraso madurativo global promovió acción de amparo contra una obra social provincial a fin de obtener la cobertura integral de los tratamientos de fonoaudiología, equinoterapia, fisioterapia, natación terapéutica y de los aranceles de una maestra de educación especial. La sentencia le hizo lugar. La Cámara la confirmó.*

El tratamiento de equinoterapia requerido por un menor discapacitado debe ser cubierto integralmente por la obra social provincial a la que está afiliado, pues se encuentra comprometido

el derecho a la protección integral de su salud y el hecho de que se trate de una práctica que se encuentra en estado de investigación no implica que no resulte favorable para la rehabilitación de aquél.

CJ Salta, 15/10/2013. - G. L. M. E. e. r. d. s. h. G. D. Á. c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/ amparo - recurso de apelación.

[Cita on line: AR/JUR/69394/2013]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

En sentido contrario. Entre otros: Cámara Federal de Apelaciones de Salta, "Chesa, Jose Luis c. Obra Social Union Personal s/ amparo", 19/06/2012, LLNOA 2012 (octubre), 1013, AR/JUR/32295/2012.

Obra Social Provincial, Discapacidad y Derecho a la Salud

POR OSCAR ERNESTO GARAY
Y GUILLERMO JAIMARENA BRION

Sumario: 1. Introducción. — 2. Acerca de la Obras Social Provincial (OSP) de la Provincia de Salta (IPS). — 3. La elección por parte de la amparista de especialistas ajenos a la cartilla de la O.S.P. — 4. Aplicación de las leyes nacionales 23.660, 23.661 y 24.901 a las OSP. — 5. Colofón.

1. Introducción

La realidad fáctica llega a los estrados judiciales en busca de justicia. Entre medio, la persona humana portadora de dignidad y titular del derecho humano a la salud y la obra social provincial (OSP - IPS) de Salta obligada a brindar el servicio de salud requerido.

En el contexto fáctico, por un lado, la persona humana afectada por una severa discapacidad, reclama por el derecho humano a la salud, ante

la entidad de la seguridad social obligada a brindarle las prestaciones médico sociales correspondientes. El IPS, en el caso, no brinda las prestaciones de salud adecuadas, argumentando cuestiones formales.

En el ámbito judicial, a través de la acción de amparo, se dirime el derecho a la salud del menor afectado por una importante discapacidad y el derecho del IPS que manifiesta no estar obligado a cumplimentar las prestaciones reclamadas por el amparista.

Estamos introduciéndonos en las circunstancias de hecho y de derecho que surgen del fallo "Gallo Larrain, Mirta Elizabeth en Representación de Hijo García, Diego Álvaro VS Instituto Provincial de Salta - Amparo - Recurso de Apelación" (Fallado por la Corte de Justicia de la Provincia de Salta, Expediente N° 36.343/13, Registro: Tomo 181:823/838, de fecha 15 de octubre de 2013).

Conforme surge del escrito sentencial, tenemos los siguientes aspectos a considerar como antecedentes en el presente comentario.

a) Hechos. La actora en representación de su hijo menor promovió una acción de amparo contra el Instituto Provincial de Salud de Salta a fin de que se le otorgue la cobertura total de las terapias y



COSTAS

A la vencida.

Salta, 15 de octubre 15 de 2013.

Considerando: 1º) Que contra la sentencia de fs. 220/230 que hizo lugar a la demanda y ordenó al Instituto Provincial de Salud de Salta brindar la cobertura integral (100 % de los costos) de los tratamientos de fonoaudiología, equinoterapia psicopedagógica, fisioterapia, maestra de educación especial a valores de los aranceles vigentes del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las personas con discapacidad, de conformidad a lo establecido por la Ley Nacional 24.901 y la Resolución n° 2032/12 del Ministerio de Salud de la Nación, como así también de natación terapéutica a valor de \$250, por el plazo de un año, luego de lo cual se deberá evaluar a la luz de los informes rendidos por los profesionales a cargo de su

actividades que detalla y con los profesionales que propone a fin de tratar la discapacidad del niño.

b) Sentencia. La sentencia hizo lugar a la demanda y ordenó al Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) a brindar la cobertura integral (al 100% de los costos) de los tratamientos de fonoaudiología, equinoterapia psicopedagógica, fisioterapia, maestra de educación especial a valores de los aranceles del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las personas con discapacidad (Ley Nac. 24.901 y Res. 2032/12 MSN), como así también natación terapéutica, por el plazo de un año, luego de lo cual se deberá evaluar la conveniencia y alcances de su continuidad.

Dicha decisión fue impugnada por el IPS, cuyo recurso de apelación fue rechazado por la Suprema Corte de Justicia de Salta.

Si bien el fallo en análisis aborda diversas cuestiones como i) la naturaleza jurídica del Instituto Provincial de Salud de Salta; ii) la elección de especialistas por parte de la amparista ajenos a la cartilla de la O.S.P; iii) el carácter — experimental o no— del tratamiento de equinoterapia; iv) la aplicación de las leyes nacionales 23.660, 23.661 y 24.901 a una OSP; v) la aptitud del amparo estando pendiente la vía administrativa; y, vi) la protección

atención, la conveniencia y alcances de su continuidad, interpuso recurso de apelación el demandado a fs. 234.

Para resolver como lo hizo, el juez “a quo” consideró en lo esencial, que el derecho a la salud sintetiza un derecho de naturaleza prestacional, pues conlleva una actuación afirmativa o positiva por parte del poder estatal en una dirección dada. Sostuvo que nuestra Constitución Nacional contiene en el art. 75 inc. 23 un mandato a favor de la protección de las personas discapacitadas, en orden a la realización de acciones positivas para facilitar el mayor nivel de integración social que puedan alcanzar conforme a su situación y que el Congreso Nacional sancionó en agosto de 2000 la Ley 25280 por la que se aprobó la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Señaló que esta última norma prevé expresamente la obligación de los Estados Parte de trabajar prioritariamente en la detección temprana e intervención, tratamiento, rehabilitación, educación, formación ocupacional y el suministro de servicios globales

provincial, nacional e internacional de la salud como derecho humano fundamental, el propósito de nuestro trabajo es profundizar el análisis de los precedentes puntos i), ii) y iv). En ese cometido, vamos a valernos de importante doctrina judicial (jurisprudencia).

2. Acerca de la Obras Social Provincial (OSP) de la Provincia de Salta (IPS)

Surge de la lectura de la parte considerativa del fallo que el juez “a quo” consideró que el IPS es una entidad autárquica con personería jurídica, individual, administrativa, económica y financiera y que su objeto es la preservación de la salud de sus afiliados y beneficiarios, para lo cual debe destinar prioritariamente sus recursos; descripción que haya parangón legal en los arts. 1º y 2º de la Ley Provincial 7127.

Atento a que no se ha abordado suficientemente lo relacionado con las obras sociales provinciales, a continuación damos algunas precisiones al respecto.

Las obras sociales provinciales (OSP) son entes de la seguridad social; sus fuentes históricas son el estado de bienestar y el constitucionalismo social. Encuentran fundamento legal en el art. 14 bis. de

para asegurar un nivel óptimo de independencia y de calidad de vida para las personas con discapacidad.

Consideró que a nivel infraconstitucional se han dictado diversas normas, la Ley 24.901 y sus Decretos Reglamentarios sobre Sistema de Prestaciones Básicas en Habilitación y Rehabilitación Integral a favor de las Personas con Discapacidad, cuya misión es prestar una cobertura integral para su rehabilitación que garantice el adecuado nivel de calidad y un uso eficiente de los recursos existentes, con vistas a la realización independiente y a su integración plena en la vida social.

Expuso que el Instituto Provincial de Salud de Salta es una entidad autárquica con personería jurídica, individual, administrativa, económica y financiera y que su objeto es la preservación de la salud de sus afiliados y beneficiarios, para lo cual debe destinar prioritariamente sus recursos. Indicó que esta obra social tiene incluidos en calidad de afiliados forzosos a funcionarios y personal dependiente y en actividad de los tres poderes de la Provincia, del Ministerio Público, de los organismos descentralizados, entes autárquicos,

empresas y sociedades del Estado, paraestatales y municipales y la consideró como de mayor potencial humano con el consiguiente manejo de ingentes recursos.

Analizó que el menor D.A.G. cuenta con certificado de discapacidad otorgado por la Junta Evaluadora de Discapacidad de Salta y que los profesionales a cargo de las diversas terapias empleadas en su tratamiento cuentan con un alto grado de especialización. Indicó que en el presente proceso se llevó a cabo una audiencia, en la cual, contando con la presencia de los médicos y especialistas a cargo de las distintas terapias practicadas en la recuperación del niño, el demandado centró la oposición a la pretensión de la práctica de equinoterapia y que en cuanto a las restantes sólo respecto al hecho de que no son prestadores del Instituto Provincial de Salud y al valor de la consulta, limitando el reconocimiento de la prestación a los valores del nomenclador provincial.

Se refirió a los beneficios que ofrece el tratamiento de equinoterapia y que en autos ha sido puesto de resalto en los informes presentados por la licenciada Sirena Cávolo, quien ha destacado los avances tanto a nivel

nuestra Carta Magna y en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Las dos grandes fracciones del instituto “obras sociales” en la Argentina son las obras sociales nacionales y las obras sociales provinciales.

— Las Obras Sociales Provinciales son “entes autárquicos, que se sustentan en la filosofía de la seguridad social, los que tienen la finalidad de brindar servicios de salud y sociales a sus afiliados / beneficiarios forzosos, las que son financiadas mediante el aporte y la contribución obligatorios, de los trabajadores / empleados públicos y del Estado empleador”. Explicamos brevemente dicho concepto.

— Las O.S.P. funcionan con autarquía administrativa, esto es, se bastan a sí mismas administrativa y financieramente (tienen su propio presupuesto y los recursos que le asigna la ley de creación); integran la administración pública; dictan sus propias normas jurídicas (necesarias para llevar adelante su actividad), sin perjuicio del control administrativo que el Estado Provincial ejerce sobre ellas, y satisfacen un bien de interés público: la prestación del servicio de salud a sus beneficiarios.

A diferencia de las Obras Sociales Nacionales que son vigiladas, controladas, por la Superintendencia de Servicios de Salud (SSSalud, Decr. 1615/1996); las O.S.P. no tienen una normativa uniforme que las obligue, ni un organismo de cúpula al estilo de la Superintendencia de Servicios de Salud de la Nación que fiscalice el funcionamiento administrativo y el régimen de gastos de los recursos financieros.

— Las OSP prestan el servicio de salud a sus beneficiarios. El objeto de estas organizaciones de la seguridad social es el de prestar servicios de salud (y sociales) a sus afiliados - beneficiarios (y sus respectivos grupos familiares), ya sea directamente (a través de su propia capacidad instalada) o por medio de terceros (efectores). El contexto cultural y jurídico mundial (surgimiento del estado de bienestar —las constituciones sociales— el Estado social) y las condiciones locales (el acceso del peronismo al poder, más las demandas sociales y de salud de los gremios), fueron la fuente que originó el surgimiento de las obras sociales (1). Éstas, desde las primeras que se crearon por ley, tuvieron por objeto central de su

(1) Los antecedentes de las obras sociales fueron el mutualismo y el cooperativismo; los que se desarrollaron en la Argentina a fines del Siglo XIX y a principios del S. XX.

físico, psíquico, social, educativo y emotivo. Consideró que no es posible argumentar que por ser una técnica de carácter experimental deba ser desechada como terapia idónea para procurar el aprendizaje del menor, si es que el médico tratante aconseja su realización, tal como ocurre en el caso.

Analizó que los valores de las prestaciones médicas aparecen como razonables en tanto toman como parámetro la actualización de los aranceles del Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las Personas con Discapacidad dispuesta por Resolución del Ministerio de Salud de la Nación n° 2032/2011, que fijó el valor de la consulta por la ley de discapacidad en la suma de \$102,83 por hora.

Al expresar agravios el apelante (fs. 240/243 y vta.), manifiesta que se probó en autos que no existió urgencia, por cuanto el proceso fue iniciado el 22 de agosto de 2012 pero que desde el 24 de octubre al 18 de diciembre la causa estuvo paralizada por licencia del señor juez, lo que -afirma- fue consentido por la amparista. Señala que la citación a la Mutual A.T.S.A. resulta necesaria,

toda vez que el afiliado abona mensualmente una cuota y que dicha entidad debe hacerse cargo del pago del coseguro, o sea del 20% de las prestaciones.

Expresa que lo establecido por la Ley 23661 no rige para el Instituto Provincial de Salud, toda vez que regula únicamente a las Obras Sociales comprendidas en la Ley 23.660 y que su parte se encuentra regida por la Ley 7127 y su Decreto Reglamentario n° 3402. Señala que no motivó la presentación de esta acción y que la amparista no agotó la instancia administrativa, por cuanto su pedido fue presentado ante la Obra Social y sin obtener respuesta alguna inició la presente acción. Aduce que no le fueron solicitadas las prestaciones de psicopedagogía, natación terapéutica, y fonaudiología cuya prestación se reclama en la demanda.

Indica que siempre ha brindado la cobertura de las prestaciones necesarias para la patología del menor, pero que se lo ha condenado a cubrir el 100 % de ellas reconociendo la elección efectuada por la propia amparista, quien además de no efectuar los pedidos correspondientes -sostiene- jamás consultó el padrón

regulación, la prestación de los servicios de salud a los trabajadores (afiliados - beneficiarios) de la actividad. Queda claro que las prestaciones que brindan las O.S.P. son las médicos asistenciales necesarias para resguardar a sus beneficiarios de los estados de enfermedad o patológicos que los afecte (2).

— Los afiliados - beneficiarios de las O.S.P. son los empleados públicos (y sus grupos familiares) del Estado provincial. Las leyes de creación de las obras sociales provinciales determinan que los beneficiarios forzosos de los entes que se crean son los empleados de la administración pública. Ello implica: i) la obligatoriedad de todo trabajador — empleado público de la administración pública provincial de afiliarse a la O.S.P. de la jurisdicción (obligatoriedad se opone a opción); ii) a partir que adquiere el carácter de afiliado, la norma adjudica al empleado público el carácter de cotizante, por lo que debe ingresar al fondo común de la obra social un porcentaje de su

remuneración en calidad de aporte; iii) luego, consecuentemente, el empleado público / afiliado reviste en sí la figura de beneficiario, con lo cual adquiere el derecho a las prestaciones médicas (y sociales) que brinda la O.S.P. En general, las obras sociales provinciales reconocen como beneficiarios a los empleados de la administración pública provincial.

— La financiación del sistema de Obras Sociales Provinciales (OSP). Cuando las prestaciones de la seguridad social (sociales, de salud) son a cargo del Estado, estamos ante la asistencia social. Cuando en el financiamiento concurren el trabajador y el empleador (seguro de salud), se lo llama contributivo. En el caso de las OSP, a la carga económica en cabeza de los empleados públicos se la llama Aporte y la parte monetaria a cargo del Estado se la llama Contribución. Lo regulado en las leyes de obras sociales en torno a los aportes y contribuciones, es una clara proyección de los principios de solidaridad y justicia social (3).

(2) Sin perjuicio de abundar más adelante en el texto, hay que decir que no existe/n (una) norma/s que apruebe/n el conjunto de prestaciones médicas básicas esenciales que debieran ser garantizadas por estos entes, lo que equivale a decir que cada O.S.P. define y fija los propios parámetros prestacionales en la materia.

(3) CNEsp. Civ. y Com., Sala II. 15/4/85, DT, XLIX; CNAT, Sala II, feb. de 1975, TSS, I 680; ST Entre Ríos, Sala Penal Trabajo, 18/2/85, "Tranviarios Automotor c/Nicci, Marcelo y Cia. Soc.", TSS, XII 590.

de prestadores de la Obra Social. Afirma que la actora no acompañó ante el Instituto Provincial de Salud facturas por las prácticas realizadas solicitando su reintegro, con lo que no ha logrado demostrar arbitrariedad de su parte.

Expresa que se probó que la práctica de equinoterapia no se encuentra incluida en el menú prestacional provincial ni en el Programa Médico Obligatorio y que dicho tratamiento está en estado de investigación por lo que no puede ser obligado a su reconocimiento. Entiende que en materia de discapacidad rige la Ley Provincial 7600, dictada conforme Ley 24.901 y en virtud de las facultades no delegadas por la Provincia de Salta al Gobierno Federal y que por ello la Obra Social siempre reconoció lo que solicitó la accionante, conforme la reglamentación vigente y Resolución n° 78/10 que establece el nomenclador para personas con discapacidad mediante un sistema de prestaciones básicas.

A fs. 256/258 la actora contesta agravios y solicita se rechace el recurso de apelación interpuesto, por los motivos que allí expone.

A fs. 270/273 vta. obra dictamen de la Sra. Asesora General de Incapaces, a fs. 275/277 del Sr. Fiscal ante la Corte N° 1 y a fs. 278 se llaman autos para resolver.

2º) Que es necesario examinar en primer lugar, en relación a que la actora entiende que el memorial fue presentado fuera de término, que por decreto de fs. 236 se concedió el recurso de apelación interpuesto y se ordenó poner los autos a la oficina a disposición del apelante por el término de cinco días a efectos de que formule memorial, providencia que fue notificada por nota el 17 de enero de 2013 (v. fs. 239). Realizando el cómputo pertinente, el plazo para presentar memorial vencía el 25 de enero a hs. 10 y éste fue presentado ese día a hs. 9:35, tal como consta en el cargo de recepción de fs. 243 vta., es decir dentro del término fijado para ello, por lo que no asiste razón a la accionante para afirmar que la presentación del memorial sea extemporánea.

3º) Que en análisis de los agravios del apelante, resulta valioso señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido —en doctrina que es aplicable

La Obra Social de la Provincia de Salta reúne las características señaladas en los párrafos antecedentes.

3. La elección por parte de la amparista de especialistas ajenos a la cartilla de la O.S.P.

Si bien tanto la patología como la necesidad de los tratamientos requeridos no fueron negadas por el IPS, en cambio, dicha OSP cuestionó que se haya reconocido a los profesionales propuestos por la amparista y que jamás se haya consultado el padrón de prestadores de la obra social.

Sobre el particular es preciso recordar que si bien el artículo 6° de la Ley 24.901 faculta a las obras sociales nacionales a brindar las prestaciones a sus afiliados discapacitados mediante servicios propios o contratados, el propio artículo 39 inciso a) de la misma norma habilita la atención a cargo de especialistas que no pertenezcan a su cuerpo de profesionales y deban intervenir imprescindiblemente por las características específicas de la patología.

Con anterioridad al caso anotado y en lo que respecta a la elección de profesionales ajenos a la cartilla de la OSP, la Corte de Justicia de la Provincia de Salta se expidió en un caso donde la

esposa de un paciente discapacitado que padece demencia promovió acción de amparo contra el Instituto Provincial de Salud de Salta, a fin de obtener la cobertura de un acompañante terapéutico y de la práctica domiciliaria de sesiones de fisioterapia. La sentencia rechazó la pretensión.

La Cámara revocó el pronunciamiento y el Tribunal Superior Provincial consideró que “El Instituto Provincial de Salud de Salta debe cubrir en su totalidad las sesiones de fisioterapia domiciliaria y el acompañante terapéutico requeridos por un afiliado discapacitado, pues dichas prestaciones están incluidas en el art. 39, inc. d), de la Ley 24.901, la cual es aplicable, aun ante la falta de adhesión provincial, atento el carácter operativo de las normas constitucionales y convencionales que dan especial jerarquía al derecho a la salud y a la vida” (4).

4. Aplicación de las leyes nacionales 23.660, 23.661 y 24.901 a las OSP

En el fallo anotado surge como materia de agravio por parte del IPS que “...lo establecido por

(4) Corte de Justicia de la Provincia de Salta; M.,M.P. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) s/amparo - 21/03/2013 - LLNOA 2013 (agosto), 765.

al caso porque, como en el amparo de Salta, la cuestión relativa a la intervención de terceros no está prevista expresamente en la Ley 16.986— que si bien en principio la intervención de terceros es de interpretación restrictiva en la acción de amparo, a fin de no entorpecer la marcha de este rápido y comprimido proceso (Fallos: 311:2725; 318:539; 322:3122, entre otros), esa postura rigurosa debe ceder en los supuestos en que la intervención del tercero resulte necesaria para la integración de la litis, por la presencia de una comunidad de controversia con las partes originarias, poniendo a cargo de quien la solicita la demostración de tales extremos (Fallos: 313:1053; 316:772; 318:2551).

4º) Que el apelante no ha demostrado las circunstancias señaladas, ha expresado en sus agravios que considera necesario se cite al proceso a la Mutual A.T.S.A con el fundamento de que la afiliada abona mensualmente una cuota a dicha entidad y que por ese motivo debe hacerse cargo del pago del coseguro, o sea del 20 % de las prestaciones que se reclaman.

la Ley 23.661 no rige para el Instituto Provincial de Salud, toda vez que regula únicamente a las obras sociales comprendidas en la Ley 23.660 y que su parte se encuentra regida por la Ley 7127 y su Decreto reglamentario n° 3402...”

Es preciso recordar que los artículos 48 a 50 de la Ley Nacional 23.661 prevén expresamente la posibilidad de adhesión de las Provincias al Sistema Nacional del Seguro de Salud. Ahora bien, y pese a que las jurisdicciones provinciales no han adherido al seguro de salud, la jurisprudencia les ha ido imponiendo obligatoriamente la aplicación del sistema de las leyes nacionales 23.660 y 23.661, asimilándolas a una Obra Social Nacional. Veamos los siguientes casos de jurisprudencia.

— Aplicación de las leyes 23.660 y 23.661 a los Institutos Provinciales de Salud.

“La empleada pública promovió acción de amparo a fin de obtener la cobertura integral del tratamiento por esclerosis múltiple. El Tribunal de Alzada hizo lugar a la acción promovida, ordenando al Instituto de Previsión y Seguridad Social provincial y al Gobierno provincial que brinden cobertura integral del tratamiento de la enfermedad que padece aquella, toda vez que resultan obligatorias para la provincia, sin necesidad de adhesión posterior, las reglas de la ley 23.660 y 23.661 que prescriben la cobertura de

De esa manera, las razones invocadas por el demandado no resultan suficientes para interrumpir la marcha de este urgente y expedito proceso y de hacer lugar a lo solicitado se colocaría a la salud del menor, bien supremo a proteger, en un estado de riesgo, vulnerando de ese modo un derecho constitucional.

5º) Que a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita o implícitamente allí consagrados. La viabilidad de esta acción requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerarquía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima, y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (cfr. esta Corte, Tomo 61:917; 64:137; 65:629; 127: 315, entre otros).

un 100% de los medicamentos de alto costo y baja incidencia—Programa Médico Obligatorio— (5).

“Cabe condenar al Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia de Tucumán a otorgar la cobertura integral y la provisión efectiva del medicamento que la hija del menor del actor necesita para continuar el tratamiento médico adecuado a la patología que padece —en el caso, síndrome de Turner—, pues el Subsidio de Salud que aquella entidad forma, es una auténtica obra social—art. 1º, inc. H) de la Ley 23.660— a la que se le aplica el Programa Médico Obligatorio de Emergencia —Resoluciones N° 939/00, 1/01, 45/01 y 202/02 del Ministerio de Salud de la Nación— que contempla la cobertura total de la droga requerida” (6).

“La Obra Social creada por la Provincia de Tucumán para sus empleados públicos, con afiliación obligatoria, se encuentra regulada por la Ley 23.660, dado que se trata de una materia de legislación de fondo, y en consecuencia, aquélla

(5) Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo de Tucumán, sala I; Bustos, María I. c. Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia de Tucumán y otro; 27/10/2004; LLNOA 2006 (noviembre), 1232.

(6) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I de procedimientos constitucionales y penal; Bianco, Analía Verónica c. I.O.S.P.E.R. s/ acción de amparo y ejecución; 15/04/2011; La Ley Online.

Así, constituye el amparo un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave sólo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de una vulneración de garantías constitucionales, pues, la razón de ser de la acción de amparo no es someter a la vigilancia judicial el desempeño de los funcionarios y organismos administrativos, ni el contralor del acierto o error con que ellos cumplen la función que la ley les encomienda, sino proveer el remedio adecuado contra la arbitraria violación de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (cfr. doctrina de la CSJN en Fallos, 305:2237; 306:788, entre muchos otros).

Es así que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Carta Magna frente a una transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que

exige urgentes remedios (D.J. Tomo 1985-II, pág. 452; esta Corte, Tomo 112:451, entre otros).

6°) Que en la especie, la actora en representación de su hijo menor, D.A.G., promueve acción de amparo con el objeto de que se le otorgue la cobertura total de las terapias y actividades que detalla y con los profesionales que propone a fin de tratar la discapacidad del niño.

No se encuentra controvertido en autos que la accionante es afiliada forzosa del Instituto Provincial de Salud de Salta, como así tampoco la discapacidad del menor, quien de acuerdo al informe médico que obra a fs. 3/5 presenta encefalopatía crónica no evolutiva post-natal hipertónica moderada, sino todo lo contrario, el demandado afirma brindar la cobertura necesaria para su salud a valores según nomenclador prestacional.

7°) Que la pendencia de la vía administrativa que se aduce y la circunstancia de que no se haya solicitado al Instituto Provincial de Salud la cobertura de algunas prestaciones que con esta acción se reclaman, o que

queda aprehendida dentro del Programa Médico Obligatorio” (7).

“Corresponde hacer lugar a la acción de amparo incoada por empleada pública afiliada al Instituto de Previsión y Seguridad Social provincial, ordenando a dicho ente y al Gobierno provincial que brinden cobertura integral del tratamiento de la enfermedad que padece —en el caso esclerosis múltiple—, toda vez que resultan obligatorias para la provincia, sin necesidad de adhesión posterior, a las reglas de las Leyes 23.660 y 23.661 que prescriben la cobertura de un 100% de los medicamentos de alto costo y baja incidencia — Programa Médico Obligatorio—” (8).

— Aplicación de la Ley 24.901 a los Institutos Provinciales de Salud.

Desde el punto de vista legal la aplicación de la Ley 24.901 al IPS se encuentra expresamente regulada por la Ley provincial 7600 (B.O. 17/12/2009) y su modificatoria N° 7614 (B.O.

11/06/2010). Por ella se instituye un Sistema de Prestaciones Básicas de Atención Integral a favor de las personas con discapacidad, contemplando acciones de prevención, asistencia, promoción y protección, con el objeto de brindarles una cobertura integral a sus necesidades y requerimientos según Ley 24.901 (art. 1°).

Además, prescribe que el Instituto Provincial de Salud de Salta está obligado a brindar las prestaciones básicas de atención integral de acuerdo a un nomenclador especial que establezca con sus prestadores, respetando las prestaciones básicas determinadas según Ley 24.901 (art. 2°).

Por último, el art. 3° faculta al Poder Ejecutivo Provincial a celebrar convenios necesarios con el Instituto Provincial de Salud de Salta o con otros organismos gubernamentales y no gubernamentales, a nivel municipal, provincial, nacional o internacional con el fin de alcanzar los objetivos de la Ley 24.901.

Ahora bien, resulta dable destacar que la Corte de Justicia Provincial, sin perder de vista la remisión expresa que efectúa la norma provincial a la Ley Nacional 24.901, se apoyó en este punto en la jurisprudencia de la CSJN y consideró “Que independientemente de la mención que en su articulado efectúa la Ley Provincial de Discapacidad 7600 y su modificatoria 7164 respecto a la aplicación de las prescripciones dispuestas por la

(7) Cám. Contenciosoadministrativo de Tucumán, Sala I, 22/03/2006, Tale, Hernán R. y otra c. c/Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán, LLNOA, 2006 (junio), 574.

(8) Cám. Contenciosoadministrativo de Tucumán, Sala I, 27/10/2004, Bustos, María I. c/Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otro, LLNOA, 2006 (noviembre), 1232.

no se hayan presentado para su reintegro facturas de lo abonado, carecen de entidad en el caso como para decidir el rechazo de la acción, pues se advierte de lo manifestado por la Obra Social en el proceso, que persiste con el criterio de negar la cobertura total que se solicita, lo que demuestra la ineficacia del planteo en sede administrativa en una cuestión que involucra el derecho a la salud y que por lo tanto no admite dilaciones. Igual razonamiento cabe para lo afirmado por el demandado al sostener que no se probó una actitud arbitraria e ilegítima de su parte.

Tampoco merece análisis en la especie los agravios expuestos acerca de que lo establecido por la Ley 23661 no rige para el Instituto Provincial de Salud y que no se encuentra comprendido en la Ley 23.660 sino en lo dispuesto por la Ley 7127 y su Decreto Reglamentario n° 3402, pues más allá de ello no puede soslayarse que en el “sub *judice*” existe un interés superior que no se puede desamparar, que es la salud del niño, la que de resolver la cuestión de manera inversa podría resultar afectada con consecuencias indeseables e irreparables.

Ley 24.901, cabe tener presente que —como lo dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación— en relación a la aplicación de la Ley 24901 de discapacidad, el carácter operativo de las normas de la Constitución Nacional y de los tratados con rango constitucional, tornan tales disposiciones aplicables al caso por la jerarquía del derecho a la vida y a la salud. Sobre el particular, coincidentemente, el Alto Tribunal Federal ha dicho que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de la discapacitada a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (CSJN, Fallos: 327:2127)

En el mismo sentido la jurisprudencia provincial se viene expidiendo en forma paulatina y uniforme en torno a la aplicación de la Ley Nacional 24901 a los Institutos Provinciales de Salud. A continuación pasamos revista a algunos de los pronunciamientos provinciales en esta temática:

“La madre de un menor que padece Síndrome de Down inició acción de amparo contra el Instituto de la Obra Social de la Provincia de Entre Ríos, a fin de que le otorgue la cobertura integral mensual de la rehabilitación prescripta por el

8º) Que cabe puntualizar, que a pesar de la inexistencia de normas referidas de manera sistemática a la salud, su reconocimiento y protección surge de varias disposiciones de la Constitución Nacional, en particular de los arts. 41, 42, 75 incs. 19 y 23. A su vez, la Constitución de la Provincia, en sus arts. 32, 33, 36, 38, 39, 41 y 42, contiene preceptos concretos y claros referidos a la protección del derecho a la vida y a la atención de la salud.

Por lo demás, la salud como valor y derecho humano fundamental, encuentra reconocimiento y protección en diversos instrumentos comunitarios e internacionales, que gozan de jerarquía constitucional en virtud de lo preceptuado por el art. 75 ap. 22 de la C.N., entre los que cabe mencionar la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU de 1948, arts. 3º y 25 inc. 2º; Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10 inc. 3º y 12; y la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 4º, 5º y 2º; entre otros.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que el derecho a la vida es el primer derecho natural

médico pediatra tratante y 40 viajes mensuales desde su domicilio hasta el lugar donde realiza las terapias. La Cámara rechazó la acción. La sentencia fue apelada y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos la revocó, en base a los siguientes argumentos: Debe admitirse la acción de amparo tendiente a que el Instituto de la Obra Social de la Provincia de Entre Ríos le otorgue a un afiliado discapacitado menor de edad la cobertura integral de la rehabilitación prescripta por el médico tratante y de los viajes que debe hacer desde su domicilio al lugar donde realiza sus terapias, en tanto dicho organismo no puede oponerse a su otorgamiento con fundamento en que tales requerimientos no han sido justificados, pues por más facultades delegadas que ostente el Directorio para determinar la proporción y forma en que se otorgan los beneficios, —Dec. Ley 5326— no puede desconocer los derechos consagrados en la Ley 24.091, a la cual adhirió la Provincia mediante la Ley N° 9891, y menos aún si se repara en el carácter progresivo de la consagración del derecho fundamental a la salud, reconocido de modo amplio en la reforma a la Carta Magna provincial” (9).

(9) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I de procedimientos constitucionales y

de la persona humana, preexistente a toda legislación positiva, y que resulta reconocido y garantizado por la Constitución Nacional y las leyes, y que el derecho a la salud, que no es un derecho teórico sino que debe ser examinado en estrecho contacto con los problemas que emergen de la realidad social, penetra inevitablemente tanto en las relaciones privadas como en las semipúblicas (cfr. Fallos, 324:754, del voto de los Dres. Fayt y Belluscio). También ha dicho que el hombre es eje y centro del sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (Fallos: 316:479).

En igual orden de consideraciones, y con particular referencia al caso de autos, el interés de un menor debe ser tutelado por sobre otras consideraciones por todos los departamentos de gobierno (art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño). Esta norma expresamente dispone que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades ad-

ministrativas, o los órganos legislativos, debe atenderse en forma primordial al interés superior del menor (esta Corte, Tomo 99:185, entre otros).

Por ello, “el derecho a la preservación de la salud, es una obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepa- ga” (CSJN, Fallos: 321:1684; 323:1339).

9º) Que esta Corte tiene dicho que la proclamación del derecho a la salud parte de concebir al hombre como unidad biológica, psicológica y cultural, en relación con su medio social, y esto implica proteger y garantizar el equilibrio físico, psíquico y emocional de las personas, según la Organización Mundial de la Salud. La protección que garantizan las normas y preceptos constitucionales no puede estar condicionada a la inclusión o no de los tratamientos en los programas médicos, cuando la salud y la vida de las personas se encuentran en peligro. Ello es así, porque el ejercicio

“Debe condenarse al Instituto de Previsión y Seguridad Social de la Provincia de Tucumán y al gobierno de dicha provincia a solventar los medicamentos prescriptos al actor, quien reviste el carácter de discapacitado —en el caso padece la enfermedad de Wilson y se le practico un trasplante hepático— pues, la ley 24.901 establece el derecho de los discapacitados a gozar de una rehabilitación integral, la cual abarca la provisión de medicamentos para afrontar el tratamiento de la patología que éstos padecen” (10).

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos del discapacitado a los beneficiarios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (Corte Suprema de Justicia de la Nación, causa Segarra Marcelo Fernando c/ Instituto de Obra Social del Ejército

s/ sumarísimo”, del 18.6.08). Es que, encontrándose involucrado el derecho a la salud y a la vida de una persona, los fundamentos de ese decisorio pueden ser reproducidos al caso bajo examen, en donde la demandada invoca la falta de adhesión al sistema legal (leyes 23.660 y 23.661) para no cubrir prestaciones de salud que resultan indispensables para el adecuado tratamiento del paciente afiliado (ponderando, a tal efecto, los términos de las prescripciones de los médicos tratantes).

Condena al Instituto Provincial de Salud de Salta. Aplicación Ley 24.901. “El Instituto Provincial de Salud de Salta debe cubrir en su totalidad las sesiones de fisioterapia domiciliaria y el acompañante terapéutico requeridos por un afiliado discapacitado, pues dichas prestaciones están incluidas en el art. 39, inc. d), de la Ley 24.901, la cual es aplicable, aun ante la falta de adhesión provincial, atento el carácter operativo de las normas constitucionales y convencionales que dan especial jerarquía al derecho a la salud y a la vida” (11).

“La situación del accionante encuentra protección especial en las disposiciones de la ley 24.901,

penal; Bianco, Analía Verónica c. I.O.S.P.E.R. s/ acción de amparo y ejecución; 15/04/2011; La Ley Online.

(10) Cám. Contenciosoadministrativo de Tucumán, Sala I, 20/05/2005, Manca, Héctor R. c/ Instituto de Previsión y Seguridad Social de Tucumán y otro, La Ley Online.

(11) Corte de Justicia de la Provincia de Salta; M., M.P. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (I.P.S.) s/ amparo - 21/03/2013 - LLNOA 2013 (agosto), 765.

de los derechos constitucionales reconocidos, entre ellos el de preservación de la salud, no necesita justificación alguna, sino por el contrario, es la restricción que se haga de ellos la que debe ser justificada (Tomo 91:603; 125:1027).

Por su parte, la Ley 7127 que crea el Instituto Provincial de Salud de Salta, como una entidad autárquica con personería jurídica, individualidad administrativa, económica y financiera, y capacidad como sujeto de derecho (art. 1º), establece en su art. 2º, que el objeto de esa entidad autárquica será la preservación de la salud de sus afiliados y beneficiarios, destinando prioritariamente sus recursos a esas prestaciones, como así también, a aquellas contingencias sociales que pongan en riesgo la integridad psicofísica de sus afiliados, a través de prestaciones de salud equitativamente integrales, solidarias, financieras, técnicamente eficientes y razonablemente equilibradas, que respondan al mejor nivel de calidad disponible y garanticen a los beneficiarios la obtención del mismo tipo y nivel de prestaciones, eliminando toda forma de discriminación en base a un criterio de justicia social.

en tanto establecen que “las entidades enunciadas en el art. 1º de la ley 23.660 tendrán a su cargo con carácter obligatorio, la cobertura total de las prestaciones básicas (...) que necesiten las personas con discapacidad afiliadas a las mismas” (esta Corte, Tomo 127:315; 161:319)” (12).

“Debe admitirse la acción de amparo tendiente a que el Instituto de la Obra Social de la Provincia de Entre Ríos le otorgue a un afiliado discapacitado menor de edad la cobertura integral de la rehabilitación prescripta por el médico tratante y de los viajes que debe hacer desde su domicilio al lugar donde realiza sus terapias, en tanto dicho organismo no puede oponerse a su otorgamiento con fundamento en que tales requerimientos no han sido justificados, pues por más facultades delegadas que ostente el Directorio para determinar la proporción y forma en que se otorgan los beneficios, —Dec. Ley 5326— no puede desconocer los derechos consagrados en la Ley 24.091, a la cual adhirió la Provincia mediante la Ley N° 9891, y menos aún si se repara en el carácter progresivo de la consagración del derecho fundamental a la

10) Que en ese contexto se observa que se encuentra comprometido el derecho del hijo de la accionante a la protección integral de su salud. En efecto, tanto la patología que padece como la necesidad de los tratamientos que se requieren no han sido negados por el demandado, quien cuestiona que se haya reconocido a los profesionales propuestos por la amparista y que jamás se haya consultado el padrón de prestadores de la obra social, como así también la práctica de equinoterapia y propone brindar a la actora una cobertura de gastos que no condice con la protección constitucional del derecho que se reclama.

11) Que es importante lo expresado por el Dr. Miguel Benegas en su informe que obra a fs. 3/5, en el que señala que el paciente presenta un retraso madurativo global, con trastornos en la postura y movimiento y retraso en la aparición del lenguaje por una lesión cerebelosa que interfiere en el crecimiento, desarrollo y maduración. Aclara que si bien la lesión no es evolutiva, lo que si va a evolucionar son las secuelas si no recibe un adecuado y permanente apoyo de rehabilitación terapéutico a largo plazo en las diferentes áreas com-

salud, reconocido de modo amplio en la reforma a la Carta Magna provincial” (13).

“La madre de un menor discapacitado inició una acción de amparo contra la provincia de Entre Ríos y la obra social provincial a fin de obtener la cobertura de los gastos de transporte especial que requiere su hijo para realizar rehabilitación. El aquo rechazó la pretensión. La sentencia fue apelada y el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos la admitió, con fundamento en que la obra social de la Provincia de Entre Ríos debe otorgar la cobertura integral de transporte que requiere un afiliado discapacitado para realizar rehabilitación, pues la ley 24.901 en su artículo 13º, a la cual se adhirió la provincia mediante la ley 9891, prevé la cobertura de un transporte especial cuando el caso lo amerita, y se acreditó que el beneficiario vive en una zona rural y que las líneas de colectivo no tienen un recorrido que pueda combinar los puntos en los que se encuentran las instituciones a las que debe desplazarse” (14).

(13) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I de procedimientos constitucionales y penal; Bianco, Analía Verónica c. I.O.S.P.E.R. s/ acción de amparo y ejecución; 15/04/2011; La Ley Online.

(14) Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Entre Ríos, sala I de procedimientos constitucionales y pe-

(12) Corte de Justicia de la Provincia de Salta, sala de feria; Herrera, Miguel Ángel c. Instituto Provincial de Salud de Salta s/amparo; 03/12/2012; LLNOA 2013 (abril), 281.

prometidas en el niño para lograr el mejor desarrollo posible; destaca la mejoría que tuvo el paciente con las terapias que se le practicaron, a las que menciona en detalle y entre ellas a la equinoterapia psicopedagógica, como terapia para afianzar procesos cognitivos a través del contacto directo con caballos adiestrados.

Al respecto, también resultan importantes los informes de la Licenciada L.C. que obran a fs. 14/17 y fs. 171/181, en donde señala los beneficios de esta terapia, entre ellos, que permite estimular el equilibrio y desarrollo de todos los sentidos, recuperar la psicomotricidad y el tacto de la persona, favoreciendo y mejorando su autoestima. Explica, además, entre otros beneficios, que permite superar las dificultades de aprendizaje y discapacidades físicas, psicomotoras, y psicopedagógicas y destaca concretamente la evolución que tuvo el menor D.A.G. con este tratamiento, sobre lo cual el apelante no ha demostrado lo contrario, por lo que no se puede considerar que por ser una práctica que se encuentra en estado de investigación no resulte favorable para la rehabilitación del niño.

12) Que independientemente de la mención que en su articulado efectúa la Ley Provincial de Discapacidad 7600 y su modificatoria 7614 respecto a la aplicación de las prescripciones dispuestas por la Ley 24.901, cabe tener presente que —como lo dijo la Corte Suprema de Justicia de la Nación— en relación a la aplicación de la Ley 24.901 de discapacidad, el carácter operativo de las normas de la Constitución Nacional y de los tratados con rango constitucional, tornan tales disposiciones aplicables al caso por la jerarquía del derecho a la vida y a la salud. Sobre

el particular, coincidentemente, el Alto Tribunal Federal ha dicho que la no adhesión por parte de la demandada al sistema de las leyes 23.660, 23.661 y 24.901 no determina que le resulte ajena la carga de adoptar las medidas razonables a su alcance para lograr la realización plena de los derechos de la discapacitada a los beneficios de la seguridad social, con el alcance integral que estatuye la normativa tutelar en la materia (CSJN, Fallos: 327:2127).

13) Que en orden al agravio del apelante acerca de que el tribunal de grado lo ha considerado como la Obra Social de mayor potencial humano con el consiguiente manejo de ingentes recursos, respecto de lo cual ha señalado que éstos no son tan ingentes y que deben ser correctamente administrados, aludiendo a que es un porcentaje reducido el que realiza los aportes correspondientes, cabe señalar que no puede con esos fundamentos eludir ligeramente sus obligaciones constitucionales, pues se encuentra en riesgo un derecho constitucionalmente protegido como el de la preservación de la salud, cuya restricción debe ser debidamente justificada.

14) Que en suma, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto por el demandado a fs. 234 y confirmar la sentencia de fs. 220/230. Con costas.

Por ello, la Corte de Justicia, resuelve: I. Rechazar el recurso de apelación de fs. 234 y, en su mérito, confirmar la sentencia de fs. 220/230. Con costas. II. Mandar que se registre y notifique. — *Guillermo A. Posadas.* — *Guillermo A. Catalano.* — *Guillermo Félix Díaz.* — *Abel Cornejo.* — *Gustavo A. Ferraris.* — *Susana Graciela Kauffman de Martinelli.* — *Sergio Fabián Vittar.*

“Los afiliados a la obra social provincial no pueden estar en peores condiciones que quienes carecen de obra social. Si bien aún no ha operado la adhesión que la Provincia de San Juan ha realizado respecto de la ley 24.901, debe condenarse al Estado Provincial a cubrir los gastos de internación y medicamentos reclamados, por un afiliado discapacitado, a la obra social provincial desde que, el art. 24 de la ley 7850 de la Provincia de San Juan comprende como beneficiarios a las personas con capacidades especiales excluidas del sistema de seguridad social, y por ende los afiliados a la obra social provincial deben considerarse incluidos, porque no pueden estar en peores condiciones que quienes carecen de obra social” (15).

nal; Hillairet (5), Telma Inés c. IOSPER y otro; 23/03/2011; DJ 14/09/2011, 58.

(15) Corte de Justicia de la Provincia de San Juan, sala II; V., I. Y. c. Provincia de San Juan (Obra Social Pcia.);

5. Colofón

Como se aprecia del relato volcado en los puntos anteriores, hemos acordado con la sentencia de marras, la cual se ajusta al derecho vigente y a los valores que emanan del derecho internacional de los derechos humanos. Fallo que respeta los derechos a la dignidad y a la salud del amparista —persona afectada en su salud por la discapacidad que lo afecta—. La obra social provincial, por su lado, asienta sus argumentos jurídicos (por una cuestión de caja), en aspectos formales que lesionan el valor justicia. En respaldo de la opinión doctrinaria que sustentamos, trajimos a colación importantes precedentes jurisprudenciales. ♦

26/02/2010; DFyP 2010 (julio), 287 con nota de Juan Carlos Pandiella; DFyP 2010 (junio), 294 con nota de María Isabel Benavente

CONTRATO DE MEDICINA PREPAGA

Modificación unilateral del contrato por parte de la prestadora del servicio. Reducción del plazo para notificar al usuario. Resoluciones 9/04 de la Secretaría de Coordinación Técnica y su modificatoria 175/07 de la Secretaría de Comercio Interior. Sentencia que determina la razonabilidad de la resolución. Rechazo de la impugnación.

Hechos: Una asociación de usuarios y consumidores entabló demanda para que sea declarada la inconstitucionalidad de las Resoluciones 9/04 de la Secretaría de Coordinación Técnica y su modificatoria 175/07 de la Secretaría de Comercio Interior, en cuanto permiten que el prestador del servicio de medicina prepaga pueda modificar unilateralmente las condiciones de un contrato en ejecución, aumentar el precio del servicio o rescindirlo, previa notificación al usuario con una antelación de 30 días. En ambas

instancias fue desestimada la acción en tanto los magistrados intervinientes consideraron que las resoluciones impugnadas no eran irrazonables. La actora interpuso recurso extraordinario. La Corte Suprema de Justicia de la Nación confirmó la decisión.

- 1.— Si la modificación unilateral del contrato de servicio de medicina prepaga, que permite la Resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior reúne las condiciones fijadas en la normativa —Anexo 1 de la Res. 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica—, el hecho de que se haya reducido el plazo en que debe ser notificado el usuario, no se exhibe per se como una cláusula abusiva ni constituye una irrazonable restricción de los derechos que consagran los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, pues no puede predicarse en abstracto y para todo supuesto, la insuficiencia o ineptitud de ese plazo para admitir la modificación introducida o, en su caso, ejercer la opción de rescindir el contrato.

Las sentencias: la motivación y las expresiones “*obiter dictum*”

POR MARCELO ENRIQUE LUFT

Sumario: I. Los hechos. — II. Antecedentes y Fuentes de los derechos de los consumidores y usuarios. — III. La relación de consumo y los principios aplicables. — IV. Cláusulas abusivas. — V. El *obiter* de la Corte respecto del *obiter* de la Cámara. — VI. Algunas precisiones acerca del *holding* y las expresiones *obiter dicta*. — VII. A modo de corolario. La declaración de inconstitucionalidad como *última ratio*.

I. Los hechos

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al confirmar el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, desestimó —en lo que

constituyó el *holding* del caso— la demanda entablada por la Unión de Usuarios y Consumidores para que se declarara la inconstitucionalidad de las resoluciones 9/04 de la Secretaría de Coordinación Técnica (SCT) y su modificatoria 175/07 de la Secretaría de Comercio Interior (SCI), en cuanto permiten que el prestador del servicio de medicina prepaga pueda unilateralmente modificar las condiciones de un contrato en ejecución, aumentar el precio del servicio o rescindirlo, previa notificación al usuario con una antelación de 30 días (1).

Para resolver en el sentido indicado, el Alto Tribunal entendió que mientras la modificación unilateral del contrato reúne las condiciones fijadas en el Anexo 1 de la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, el hecho de que se haya reducido el plazo en que debe ser notificado aquel cambio —de sesenta días a un término no menor a los treinta días—, no se exhibe *per se* como una cláusula abusiva ni constituye una irrazonable restricción de los derechos que consagran los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, pues no puede predicarse en abstracto y para todo supuesto, la insuficiencia o ineptitud de aquel pla-

(1) “Unión de Usuarios y Consumidores c/ Estado Nacional -SCI- resol. 175/07 -SCT- resol. 9/04 y otros/proceso de conocimiento”, sentencia del 1º de octubre de 2013.

2.— Los agravios de la asociación de consumidores que impugnó la facultad de las prestadoras de medicina prepaga de modificar unilateralmente el contrato, en relación al racionio efectuatado en un considerando del fallo recurrido acerca de los derechos que ante una alteración contractual les asistiría en forma individual a los consumidores y a las asociaciones que los protegen, deben ser rechazados, pues aun cuando pueda considerarse erróneo el razonamiento —porque dejaría vacío de contenido la protección que brinda el art. 43 de la Constitución Nacional—, fue una expresión obiter dicta que no constituyó la motivación que sirvió de base a lo decidido, ni podría impedir en el futuro el acceso a la justicia.

CS, 01/10/2013. - Unión de Usuarios y Consumidores c. Estado Nacional -SCI- resol. 175/07 -SCT- resol. 9/04 y otro.

[Cita on line: AR/JUR/62590/2013]

zo para admitir la modificación introducida o, en su caso, ejercer la opción de rescindir el contrato.

Por último, tampoco consideró aceptable la alegada violación al principio constitucional de igualdad invocado por la Unión de Usuarios y Consumidores, por cuanto no efectuó un mínimo desarrollo argumental que permita sustentar su agravio, en los términos que lo exige la jurisprudencia del Máximo Tribunal.

II. Antecedentes y Fuentes de los derechos de los consumidores y usuarios

La incorporación por la reforma constitucional de 1994 del art. 42 (2) en el Capítulo Segundo de

(2) Art. 42. Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno. Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios. La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regula-



COSTAS

Sin costas, en atención a que la demandada no ha contestado el traslado del recurso extraordinario.

(RECURSO EXTRAORDINARIO) S.C. U.55, L.XLV.

Dictamen de la Procuración General de la Nación:

Suprema Corte:

— I —

A fs. 158/163, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III), al confirmar el pronunciamiento de primera instancia, desestimó la demanda entablada por Unión de Usuarios y Consumidores. En consecuencia, rechazó el pedido de esta última para que se declarara la inconstitucionalidad de las resoluciones 9/04 de la Secretaría de Coordinación Técnica (SCT) y su modificatoria

los “*Nuevos Derechos y Garantías*” a la Ley Fundamental importó la consagración de los derechos de los consumidores y usuarios en nuestro país en el máximo escalafón posible. No obstante, debe destacarse que los derechos de los consumidores venían siendo protegidos por la jurisprudencia con bastante antelación a la reforma constitucional referida a través del establecimiento de principios y pautas que luego fueron incorporados de manera expresa en el ordenamiento jurídico (3). Así, ha expresado la jurisprudencia que “*tratándose de un contrato de adhesión, las cláusulas imprecisas, dudosas, abusivas, deben interpretarse en contra de quien las redactó*” (4). Luego, esta tendencia

torios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control.

(3) LUFT, Marcelo Enrique. “Cláusulas abusivas en los contratos de medicina prepaga. El incremento de la cuota en razón de la edad”, Revista de Familia y de las Personas, La Ley, diciembre 2011, p. 253 y ss. Ver en este sentido el aporte de WAJNTRAUB, Javier en “Los derechos de los consumidores”. Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, obra dirigida por Daniel Sabsay y Coordinada por Pablo Manili. 1ª ed., Buenos Aires, Hammurabi, 2010.

(4) Jurisprudencia de la CNCiv., Sala A, del 25/6/86 (ED, 120-123), citada en la obra referida anteriormente.

175/07 de la Secretaría de Comercio Interior (SCI), en cuanto permiten —a criterio de la asociación y en lo que aquí interesa— que el prestador del servicio de medicina prepaga pueda unilateralmente modificar las condiciones de un contrato en ejecución, aumentar el precio del servicio o rescindirlo, previa notificación al usuario con una antelación de 30 días.

Los magistrados, para resolver de aquel modo, entendieron que las resoluciones impugnadas no eran irrazonables si se ponderaban los recaudos: impuestos en ellas como límites a la posibilidad de introducir modificaciones al contrato.

Por otra parte, si bien admitieron que la reducción del plazo —de 60 a 30 días de antelación para notificar los cambios a los usuarios y consumidores— existe, al igual que el innegable hecho de que estos últimos contarían con menos tiempo para decidir frente a la modificación adoptada por el proveedor del servicio, consideraron que ello era insuficiente para concluir en la existencia de un gravamen o perjuicio que tornara a la resolución SCT/9/04 en inconstitucional. Ello por cuanto —según

estimaron— del propio texto de la citada resolución surgen las condiciones para introducir las modificaciones del contrato, impidiéndole al prestador que, mediante tales cambios, altere su objeto, afecte el equilibrio de la relación de las partes o provoque un desmedro en la calidad de los servicios comprometidos al contratar.

Por lo expuesto, sostuvieron que la regulación en sí no presentaba los vicios atribuidos por la actora, siempre que las posibles modificaciones se ajustaran a los recaudos indicados y previstos en las resoluciones en cuestión, caso contrario, frente a cada supuesto en particular, debía ser el usuario perjudicado quien tenía que acudir a la justicia a fin de plantear la nulidad del acto provocador del daño.

En el considerando V, señalaron que la eventual existencia de consecuencias negativas o perjudiciales para los consumidores ante una probable modificación tendría que analizarse particularmente en cada caso, ya que más allá de verificarse si tal cambio cumple con los recaudos antes referidos, también deben evaluarse

se vio claramente validada con la sanción en 1993 de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor en la cual se estableció un verdadero catálogo de derechos para esta categoría de sujetos.

Ahora, si bien la protección de los derechos de los consumidores y usuarios no presentaba en este sentido ningún obstáculo para su enclave en la constitución histórica de 1853/60 pues gran parte de la doctrina los consideraba como uno de los derechos no enumerados (art. 33, CN), encuadrados en el ámbito de la salud y la dignidad de la persona, y que en consecuencia se corresponden con los derechos que emergen de las dos coordenadas allí establecidas —el “*principio de soberanía del pueblo*” y la “*forma republicana de gobierno*”—, a nadie se le escapa la trascendencia de su incorporación expresa en la Carta Magna.

Esta norma ha reconocido expresamente una de las categorías jurídicas más avanzadas del constitucionalismo moderno, en sintonía con los llamados “*derechos humanos de tercera generación*”. Para la elaboración de la misma se tuvieron en cuenta las Directrices de la ONU del año 1985 (5) que enumera una serie de derechos

que les corresponde a los consumidores y usuarios de bienes y servicios “*en la relación de consumo*” y que están contenidas en el primer párrafo del art. 42 de la Ley Fundamental.

El segundo párrafo establece una obligación de amplio alcance: la de “*proveer*” a la protección de esos derechos por parte de las “*autoridades*”. Esto implica que el deber constitucional recae sobre “*todas*” las autoridades públicas, tanto del plano de las competencias como de las jerarquías. En este sentido, cabe destacar la obligación por parte del Estado de promover la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios como una forma de incentivar la participación popular y el control social en este rubro.

El último párrafo de la cláusula constitucional es de carácter programático, por cuanto deriva a una legislación posterior el establecimiento

en razón de la edad”, Revista de Familia y de las Personas, La Ley, diciembre 2011, p. 253 y ss. En igual sentido LÓPEZ ALFONSÍN, Marcelo A. “Los Mecanismos de Protección de los Consumidores y Usuarios”, Tratado de Derecho Procesal Constitucional (Argentino, Comparado y Transnacional). 1ª ed., Buenos Aires, La Ley, 2010. TAMBUSSI, Carlos E. “El consumidor como derecho Humano”, Ed. Universidad, Bs. As., junio de 2009.

(5) LUFT, Marcelo Enrique. “Cláusulas abusivas en los contratos de medicina prepaga. El incremento de la cuota

la actitud de cada usuario y la afectación que le pudiera provocar a su patrimonio esa hipotética modificación.

— II —

Disconforme, la actora interpuso el recurso extraordinario de fs. 166/486, el cual fue concedido en lo relativo a la aplicación del art. 43 de la Ley Fundamental por haberse interpretado (considerando V de la sentencia, fs. 161/163) en sentido adverso al sostenido por el apelante para sustentar su legitimación y denegado en lo principal que se decidió, por remitir a cuestiones de hecho referidas a las posibles modificaciones en la prestación de los servicios de medicina prepaga (fs. 191), sobre lo cual no se dedujo la respectiva queja. En ese sentido la jurisdicción de la Corte ha quedado limitada en la medida en que la concedió la Cámara.

Se agravia porque la resolución que impugna establece para las prestadoras del mencionado servicio un plazo de 30 días para poner en conocimiento de sus usuarios la modificación de cualquier condición contractual, el cual constituye un término mucho más

breve que el de 60 días previsto para los servicios de telefonía móvil y bancarios, pese a que en estos últimos no se encuentran comprometidos derechos como la vida, la salud o la dignidad.

Alega, en ese sentido, que resulta muy difícil para el usuario de la empresa de medicina prepaga adoptar la decisión de cambiar de prestador en el escaso plazo de 30 días, o de terminar un tratamiento médico en curso, limitando su posibilidad de elegir.

Aduce que no corresponde que se adopten medidas que tiendan a limitar los derechos constitucionales, toda vez que en caso de duda debe estarse a la protección del administrado, máxime cuando se trata de un usuario y consumidor cuyos derechos están garantizados en los arts. 42 de la Constitución Nacional y 3° de la ley 24.240.

Sostiene que el criterio de la Cámara en orden a que debe evaluarse individualmente el daño en cada supuesto colisiona con la jurisprudencia de la Corte en el caso “Halabi”, ya que —a su entender— no es necesario

de procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos.

III. La relación de consumo y los principios aplicables

Nuestro régimen legal califica al consumidor en función del destino que le asigna a los bienes y servicios que dispone, por lo que *“resulta indistinto que el uso o la utilización de bienes y servicios se efectúe a título personal o familiar”* (6), siempre que sea para su uso privado. De esta manera, el art. 1° de la ley 24.240 define al sujeto protegido como toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa actuando *“como destinatario final o de su grupo familiar o social”*.

Por su parte, el art. 2° dispone que el proveedor *“es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y*

servicios, destinados a consumidores o usuarios”, aclarando adecuadamente la norma que *“todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley”*.

La relación jurídica de consumo es una definición normativa y su extensión surgirá de los límites que la legislación le establezca a sus elementos: sujetos, objeto, fuentes. Coincidimos en que debe definirse la relación de consumo *“de modo que abarque todas las situaciones en que el sujeto es protegido: antes, durante y después de contratar... siendo la relación de consumo el elemento que decide el ámbito de aplicación del derecho del consumidor”* por lo que debe comprender *“todas las situaciones posibles”* (7).

De esta manera, una noción acotada de la relación de consumo no dejaría sin poder considerar estos supuestos expresamente contemplados por la legislación. Además, teniendo su fundamento principal en la normativa constitucional, esta amplitud de criterio es la que mejor se adecua a

(6) STIGLITZ, “Defensa del consumidor y contratación bancaria y financiera”, en Derecho del consumidor, Gabriel A. Stiglitz (dir.), n° 9, 1998, p. 4.

(7) LUFT, Marcelo Enrique. “Cláusulas abusivas en los contratos de medicina prepaga. El incremento de la cuota en razón de la edad.”, Revista de Familia y de las Personas, La Ley, diciembre 2011, p. 253 y ss. LORENZETTI, Consumidores (ed. 2003), p. 74.

evaluar los efectos dañosos de una norma inconstitucional cuando afecta a una colectividad de sujetos.

Considera que en este caso la violación al derecho surge del mismo acto que repercute negativamente en el de la colectividad de usuarios y consumidores, toda vez que se disminuyó a la mitad el plazo para notificar aumentos en los precios de servicios y otras modificaciones contractuales.

— III —

Ante todo es necesario destacar que en este proceso se reconoció legitimación a la actora para cuestionar las resoluciones SCT 9/04 y SCI 175/07 (v. sentencia de fs. 127/131, considerando IX y reiterado en el pronunciamiento de fs. 158/163, considerando V, segundo párrafo), sin que, por lo demás, se le negara la posibilidad de acceder a la justicia o a otra sede cuando ellas provocaran un perjuicio particularizado.

Cabe poner de manifiesto que V.E. ha sostenido reiteradamente que no es recurrible el contenido de una sentencia mientras de él no se derive una decisión que cause un gravamen actual y concreto (v. Fallos: 312:916). Estimo que esta es la situación del sub lite,

toda vez que la afirmación que efectúa la Cámara en el considerando V y que la actora cuestiona no le produce gravamen alguno.

En efecto, las manifestaciones de los jueces en el sentido de que frente a "...la posibilidad de que pudiesen presentarse cambios negativos o perjudiciales para el consumidor o usuario" "tendría que analizarse... en cada supuesto en particular, ya que más allá de verificarse si el cambio cumple con los recaudos antes referidos, también debería evaluarse la actitud de cada usuario y la afectación que le pudiera provocar a su patrimonio la hipotética modificación" (v. fs. 161), no causa a la recurrente un gravamen actual, el que se produciría en el supuesto de que se le negara legitimación para cuestionar modificaciones contractuales efectuadas en contravención a la resolución 9/04 y perjudicara intereses homogéneos de los usuarios. Tal circunstancia, evidentemente no existe en autos. En consecuencia, la citada afirmación contenida en la sentencia apelada, no es más que un obiter, es decir, un razonamiento que no es relevante para la solución del caso y que, por ello, carece de todo efecto negativo para aquélla.

Cabe agregar que, si bien es cierto que el tema puntual de la reducción del plazo de 60 a 30 días para dar

una correcta hermenéutica (8). Por ello, el objeto de la relación de consumo es el que se configura por la operación jurídica considerada o los bienes a los cuales se refiere, que son los productos y servicios, y particularmente en el caso analizado, el derecho a la salud.

Sin duda el mayor aporte de la ley 24.240 ha sido el principio "*pro consumidor*" declarado en el art. 3° que establece que "*en caso de duda, se estará siempre a la interpretación más favorable para el consumidor*"; principio enunciado por la Cámara para resolver en el sentido indicado. De este principio general protectorio derivan reglas particulares para su aplicación como la irrenunciabilidad de derechos, y el de indemnidad (el consumidor no debe sufrir perjuicios materiales ni morales en la relación de consumo). Los mismos cumplen una función fundadora de la norma, informar y propulsan al legislador, permitiendo llenar vacíos legislativos e inducen la interpretación en el sentido más favorable para el consumidor y la aplicación de la ley en igual sentido (9).

(8) Op. citada en segundo término en el ítem 3, p. 306.

(9) Op. citada en segundo término en el ítem 5, p. 231.

IV. Cláusulas abusivas

El conocimiento de este tópico quedaría trunco si nos limitáramos al realizar un análisis simplemente dogmático, pues perderíamos de vista la lógica del sistema económico y social, es decir, su significación epistemológica (10).

Las empresas tienen una lógica microeconómica y el sistema económico capitalista, por ende, también lo tiene y ambos son coincidentes, interconectados e imprescindibles entre sí: esa lógica es *maximizar constantemente la tasa de beneficio*.

La inercia del sistema necesita de esta lógica por dos razones: por un lado, es necesaria en las empresas una constante reinversión de parte de esas ganancias, para mantener el proceso tecnológico constantemente adecuado y ser competitivas respecto de las otras empresas en el mercado; y por otro, debe realizarse el proceso de acumulación capitalista que necesita consolidarse en cada acto

(10) GHERSI, Carlos Alberto. "Contratos civiles y comerciales. Parte general y especial", sexta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires, Astrea, 2006, Tomo 2, p. 28 y ss.

a conocer a los usuarios y consumidores las modificaciones contractuales no es meramente imaginaria sino real, la determinación de un plazo, cualquiera sea su duración, per se no beneficia ni perjudica, ya que estos efectos sólo pueden predicarse con relación a otro término, en el caso los efectos negativos o positivos sobre la prestación del servicio, y precisamente este aspecto fáctico fue el que tomó en cuenta la Cámara para resolver a fs. 158/163, materia que no puede examinarse en esta instancia, toda vez que la actora consintió la desestimación del recurso por arbitrariedad de la sentencia, sin que se dedujera la pertinente queja.

— IV —

Por lo expuesto, opino que el recurso extraordinario fue mal concedido por la Cámara y que corresponde confirmar la sentencia de fs. 158/163. Buenos Aires, 18 de noviembre de 2010.— *Laura M. Monti*.

Buenos Aires, 1° de octubre de 2013.

Vistos los autos: “Unión de Usuarios y Consumidores c. Estado Nacional —SCI— resol. 175/07 —SCT— resol. 9/04 y otro s/proceso de conocimiento”.

económico (contrato individual) y en la sistemática de la empresa como un todo económico.

Los consumidores (como masa) procuran con su acción establecer una menor situación ponderativa de riesgo y otras veces un concreto deterioro en la tasa de beneficio, cuando ésta intenta ser una sobreganancia, con lo cual la empresa considera que debe prevenirse de esta situación.

Estas dos lógicas (la de mantener la tasa de beneficio y la de previsión de riesgos) constituyen situaciones micro (empresa) y macroeconómicas (sistema) verificando una tensión permanente, que las empresas resuelven mediante la elaboración de los contratos de adhesión y de ciertas cláusulas que tienen como objetivo romper con esa situación de crisis (coyuntural-estructural) en su favor, y esto está entonces ínsito en la empresa y el sistema, siendo imposible de evitar.

Estas cláusulas, entonces, que los abogados denominamos *abusivas*, los economistas las denominan *maximizadoras de la tasa de beneficio* y los sociólogos, *cláusulas superadoras de crisis o de mantención de poder*.

Considerando:

1°) Que esta Corte adhiere a lo expresado en los apartados I y II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad.

2°) Que el recurso extraordinario deducido es formalmente admisible en cuanto se ha controvertido la interpretación de normas federales y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos que en aquéllas funda el apelante (art. 14, inciso 3°, de la ley 48).

3°) Que a los fines de resolver los planteos de la apelante resulta pertinente efectuar dos aclaraciones previas.

La primera de ellas, es que el juez de primera instancia consideró que la Unión de Usuarios y Consumidores se hallaba legitimada por las normas constitucionales y por la ley de defensa del consumidor para impugnar judicialmente las resoluciones cuestionadas y, en consecuencia, examinó la pretensión de fondo esgrimida por aquella asociación. Puesto que en este último aspecto, el pronunciamiento fue apelado por la parte

Su objetivo es claro: colocar a la empresa en mejor situación de poder así como en lo económico, y consolidar la maximización de su tasa de beneficio. En este doble sentido, aparecen como legítimas o legitimadas, si las consideramos como expresión del *interés* de una parte y dentro del sistema capitalista.

V. El *obiter* de la Corte respecto del *obiter* de la Cámara

A modo de *obiter dictum* la Corte Suprema Nacional efectuó dos aclaraciones previas en torno a la legitimación de la Unión de Usuarios y Consumidores para efectuar el planteo llegado a su conocimiento (11).

Señaló que la primera de ellas, fue que el juez de primera instancia había considerado que la Unión de Usuarios y Consumidores se hallaba legitimada por las normas constitucionales y por

(11) Para ampliar sobre la legitimación de las asociaciones de consumidores para estar en juicio ver: LUFT, Marcelo Enrique. “Asociaciones de consumidores y enfermedad celíaca: legitimación procesal”, Revista de Familia y de las Personas, La Ley, septiembre 2010, p. 241 y ss.

actora, y el recurso que había deducido la demandada fue declarado desierto —sin que ésta, por lo demás, contestara la expresión de agravios de la actora—, es nítido que el punto relativo a la legitimación procesal de la mencionada asociación no fue sometido a la decisión de la alzada (fs. 127/131, 139/151 y 153).

La segunda es que, así lo ha entendido el tribunal *a quo*. En efecto, según resulta de la lectura de la sentencia, la cámara abordó la cuestión de fondo debatida en el pleito, y rechazó los agravios de la actora dirigidos contra la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica y la resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior, pues, según lo expresó, las modificaciones que aquellas normas permiten introducir en los contratos de larga duración o de plazo indeterminado, están sujetas al cumplimiento de estrictas condiciones que, básicamente, impiden "...al prestador que mediante los cambios pudiere alterar el objeto del contrato, afectar el equilibrio en la relación de las partes o provocar un desmedro en la calidad de los servicios comprometidos al contratar...", a lo que añadió que la reducción del plazo para poner en conocimiento de los usuarios y consumidores los cambios contractuales

introducidos antes de su entrada en vigencia, por sí sola, tampoco podía ser concebida como una afectación de los derechos que a aquéllos les reconoce la Constitución Nacional (ver considerando IV, de la sentencia de fs. 158/163). Dicho examen solo pudo ser llevado a cabo por la alzada en tanto se aceptó —de modo implícito pero no por ello menos claro— que la actora estaba legitimada procesalmente para accionar, tal como había dispuesto el juez de la instancia anterior.

En consecuencia, lo expresado a continuación por el *a quo* en el considerando V de aquella sentencia ha sido a modo *obiter dictum*, no integra la unidad lógico jurídica que es la sentencia en tanto no constituye la motivación que ha servido de base a lo decidido en el pleito.

4°) Que, en cuanto a la impugnación constitucional del plazo fijado por la resolución 175/2007 (art. 10), corresponde señalar que —como lo indicaron los jueces de la causa— en tanto la modificación unilateral del contrato reúna las condiciones fijadas en el Anexo I de la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, el hecho de que se haya reducido el plazo en que debe ser notificado aquel cambio —de sesenta días

la ley de defensa del consumidor para impugnar judicialmente las resoluciones cuestionadas, razón por la cual examinó la pretensión de fondo esgrimida por aquella asociación. En consecuencia, consideró que el punto relativo a la legitimación procesal de la mencionada asociación no fue sometido a la decisión de la Cámara.

La segunda es que así lo entendió la Cámara por cuanto abordó la cuestión de fondo debatida en el pleito, y rechazó los agravios de la actora dirigidos contra la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica y la resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior, pues, según lo expresó, las modificaciones que aquellas normas permiten introducir en los contratos, de larga duración o de plazo indeterminado, están sujetas al cumplimiento de estrictas condiciones que, básicamente, impiden "...al prestador que mediante los cambios pudiere alterar el objeto del contrato, afectar el equilibrio en la relación de las partes o provocar un desmedro en la calidad de los servicios comprometidos al contratar...", a lo que añadió que la reducción del plazo para poner en conocimiento de los usuarios y consumidores los cambios contractuales introducidos antes de su entrada en vigencia, por sí sola, tampoco podía ser concebida como una afectación de los dere-

chos que a aquéllos les reconoce la Constitución Nacional. Así, entendió que dicho examen solo pudo ser llevado a cabo por la alzada en tanto se aceptó —de modo implícito pero no por ello menos claro— que la actora estaba legitimada procesalmente para accionar, tal como lo había dispuesto el juez de la instancia anterior.

En consecuencia, consideró que lo expresado por la Cámara lo fue a modo *obiter dictum*, ya que no integra la unidad lógico jurídica que es la sentencia en tanto no constituyó la motivación que ha servido de base a lo decidido en el pleito.

VI. Algunas precisiones acerca del *holding* y las expresiones *obiter dicta*

Las sentencias judiciales suelen contener fundamentos, y aún reglas, que no son esenciales para sostener la decisión. Son los *obiter dicta* los que, ausentes del fallo, no le quitan por ello consistencia jurídica. En cambio, el *holding* de la sentencia es la parte de ella que sostiene lo resuelto, que es indispensable para fundar la decisión. Como resulta obvio, el *holding* es el núcleo de la doctrina del caso, y su valor como precedente es mayor. Sin embargo, no siempre resulta sencillo, en una sentencia judicial, distinguir ambos elementos.

a un término no menor a los treinta días—, no se exhibe per se como una cláusula abusiva ni constituye una irrazonable restricción de los derechos que consagran los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, pues no puede predicarse en abstracto y para todo supuesto, la insuficiencia o ineptitud de aquel plazo para admitir la modificación introducida o, en su caso, ejercer la opción de rescindir el contrato.

Por último, tampoco resulta aceptable la alegada violación al principio constitucional de igualdad, en tanto el apelante no efectuó un mínimo desarrollo argumental que permita sustentar su agravio, en los términos que lo exige la jurisprudencia del Tribunal (doctrina de Fallos: 320:2145; 321:3542; 322:2701; 328:2829; 329:4349, entre muchos otros).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado en la presente, y se confirma la sentencia. Sin costas, en atención a que la demandada no ha contestado el traslado del recurso extraordinario corrido a fs. 188. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Ricardo Luis*

Lorenzetti.— *Elena I. Highton de Nolasco.*— *Enrique S. Petracchi* (según su voto).— *E. Raúl Zaffaroni.*— *Juan Carlos Maqueda.*

Voto del señor ministro doctor don *Enrique Santiago Petracchi*

Considerando:

1°) Que esta Corte adhiere a lo expresado en los apartados I y II del dictamen de la señora Procuradora Fiscal, a cuyos términos corresponde remitir por razones de brevedad.

2°) Que el recurso extraordinario deducido es formalmente admisible en cuanto se ha controvertido la interpretación de normas federales y la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa es contraria a los derechos que en aquéllas funda el apelante (art. 14, inciso 3°, de la ley 48).

3°) Que a los fines de resolver los planteos de la apelante resulta pertinente efectuar dos aclaraciones previas.

En ocasión los *dicta*—que tienen valor retórico— suelen contener metamensajes a distintos actores gubernamentales o sociales muy importantes y sustantivos. Por supuesto, el sentenciante no indica —ni debería hacerlo— cuál es el *holding* del caso y cuales los *dicta*, si los hubiera (12).

En efecto, también la Corte ha fijado pautas para el buen uso de sus precedentes, al explicar cómo deben entenderse las expresiones generales vertidas en sus sentencias, estableciendo que no cabe acordar carácter obligatorio para casos sucesivos a los términos generales contenidos en el fallo. Así en la resolución tomada en el expediente “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo” (Fallos: 33:162) sostuvo que: “*Cualquiera sea la generalidad de los conceptos empleados por el Tribunal en esos fallos, ellos no pueden entenderse sino con relación a las circunstancias del caso que los motivó, siendo, como es, una máxima de derecho, que las expresiones generales empleadas en las decisiones judiciales deben tomarse siempre en conexión con el caso en el cual se usan...*”.

Este distinguo responde a la diferencia entre las expresiones generales u *obiter dicta* y aquellas otras que conforman el argumento central que sustenta la decisión. Las primeras, de acuerdo con “Municipalidad de la Capital c/ Isabel A. Elortondo”, no pueden ser utilizadas para obligarla en otras decisiones (13).

En el caso en estudio, la impugnación constitucional constituyó el *holding* del caso, mientras que lo atinente a la legitimación de la asociación para estar en juicio analizada por la Cámara como así también lo expresado por la Corte al respecto, constituyeron *obiter dicta*, es decir, una serie de argumentaciones que no eran esenciales para dilucidar la cuestión debatida en la controversia.

VII. A modo de corolario. La declaración de inconstitucionalidad como *última ratio*

Recordemos que en el caso en estudio, la Corte Suprema desestimó el planteo de inconstitucionalidad porque “*mientras la modificación unilateral del contrato reúna las condiciones fijadas en*

(12) En este sentido: GELLI, María Angélica. “Constitución de la Nación Argentina. Comentada y Concordada”, Segunda Edición ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 286.

(13) CSJN, A. 891. XLIV. RECURSO DE HECHO “Arriola, Sebastián y otros s/ causa n° 9080”, sentencia del 25 de agosto de 2009.

La primera de ellas, es que el juez de primera instancia consideró que la Unión de Usuarios y Consumidores se hallaba legitimada por las normas constitucionales y por la ley de defensa del consumidor para impugnar judicialmente las resoluciones cuestionadas y, en consecuencia, examinó la pretensión de fondo esgrimida por aquella asociación. Puesto que en este último aspecto, el pronunciamiento fue apelado por la parte actora, y el recurso que había deducido la demandada fue declarado desierto —sin que ésta, por lo demás, contestara la expresión de agravios de la actora—, es nítido que el punto relativo a la legitimación procesal de la mencionada asociación no fue sometido a la decisión de la alzada (fs. 127/131, 139/151 y 153).

La segunda es que, así lo ha entendido el tribunal *a quo*. En efecto, según resulta de la lectura de la sentencia, la cámara abordó la cuestión de fondo debatida en el pleito, y rechazó los agravios de la actora dirigidos contra la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica y la resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior, pues, según lo expresó, las modificaciones que aquellas normas permitan introducir en los contratos de larga duración o de plazo indeterminado, están sujetas al cumplimiento de estrictas condiciones que, básicamente, impiden “...al prestador que mediante los cambios pudiese alterar el objeto del contrato, afectar el equilibrio en la relación de las partes o provocar un desmedro en la calidad de los servicios comprometidos al contratar”, a lo que añadió que la reducción del plazo para poner en conocimiento de los usuarios y consumidores los cambios contractuales introducidos antes de su entrada en vigencia, por sí sola, tampoco podía ser concebida como una afectación de los derechos que a aquéllos les reconoce la Constitu-

ción Nacional (ver considerando IV, de la sentencia de fs. 158/163). Dicho examen solo pudo ser llevado a cabo por la alzada en tanto se aceptó —de modo implícito pero no por ello menos claro— que la actora estaba legitimada procesalmente para accionar, tal como lo había dispuesto el juez de la instancia anterior.

En consecuencia, lo expresado a continuación por el *a quo* —considerando y de aquella sentencia— acerca de quiénes se hallarían legitimados para impugnar una eventual modificación del contrato que no se ajustase a los recaudos establecidos en la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, lo ha sido —como allí se señaló— para la hipótesis en que efectivamente se dispusiese dicha “probable modificación” (fs. 161), oportunidad en la que el planteo podría ser llevado a conocimiento de los jueces para examinar, en concreto, su contenido y la aptitud o no del nuevo plazo —no inferior a los treinta días— en el que deberá notificarse al usuario o consumidor el cambio contractual que se pretenda introducir (art. 1° de la resolución 175/2007 de la Secretaría de Comercio Interior).

4°) Que, por lo expuesto, aun cuando el raciocinio efectuado en el mencionado considerando V del fallo acerca de los derechos que ante una alteración contractual les asistiría en forma individual a las consumidores, y a las asociaciones si se hallaran en juego derechos de incidencia colectiva (fs. 161/163), pueda considerarse erróneo puesto que podría llegar a vaciar de contenido la protección que brinda el art. 43 de la Constitución Nacional (cf. voto del juez Petracchi, en el caso P.361.XLIII “PADEC c. Swiss Medical S.A. s/ nulidad de cláusulas contractuales” sentencia del 21 de agosto de 2013), lo cierto es que se trata de expresiones

el Anexo 1 de la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, el hecho de que se haya reducido el plazo en que debe ser notificado aquel cambio —de sesenta días a un término no menor a los treinta días—, no se exhibe per se como una cláusula abusiva ni constituye una irrazonable restricción de los derechos que consagran los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, pues no puede predicarse en abstracto y para todo supuesto, la insuficiencia o ineptitud de aquel plazo para admitir la modificación introducida o, en su caso, ejercer la opción de rescindir el contrato”.

En este sentido tiene dicho que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones a encomendar a un tribunal de justicia,

configurando un acto de suma gravedad que debe ser considerado la última ratio del orden jurídico, por lo que no cabe formularla sino cuando un acabado examen del precepto conduce a la convicción cierta de que su aplicación conculca el derecho o la garantía constitucional involucrados (14).

Además ha sostenido que el interesado en la declaración de inconstitucionalidad de las normas, debe demostrar claramente de qué manera éstas contrarían la Constitución Nacional, causándole de ese modo un gravamen, y principalmente que eso ocurra en el caso concreto (15). ♦

(14) Fallos: 328:4542.

(15) Fallos 310:211, 1090, 1162, entre otros.

obiter dicta que no integra la unidad lógico-jurídica que es la sentencia, pues no constituyen la motivación que ha servido de base a lo decidido en el pleito, ni podría ser impedido en el futuro el acceso de la actora a la justicia sobre la base de tales consideraciones, razón por la que lo allí afirmado no le causa un gravamen actual y concreto que pueda ser examinado por el Tribunal.

5°) Que, en cuanto a la impugnación constitucional del plazo fijado por la resolución 175/2007 (art. 1°), corresponde señalar que —como lo indicaron los jueces de la causa— en tanto la modificación unilateral dar contrato reúna las condiciones fijadas en el Anexo I de la resolución 9/2004 de la Secretaría de Coordinación Técnica, el hecho de que se haya reducido el plazo en que debe ser notificado aquel cambio —de sesenta días a un término no menor a los treinta días—, no se exhibe per se como una cláusula abusiva ni constituye una irrazonable restricción de los derechos que consagran los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, pues no

puede predicarse en abstracto y para todo supuesto, la insuficiencia o ineptitud de aquel plazo para admitir la modificación introducida o, en su caso, ejercer la opción de rescindir el contrato.

Por último, tampoco resulta aceptable la alegada violación al principio constitucional de igualdad, en tanto el apelante no efectuó un mínimo desarrollo argumental que permita sustentar su agravio, en los términos que lo exige la jurisprudencia del Tribunal (doctrina de Fallos: 320:2145; 321:3542; 322:2701; 328:2829; 329:4349, entre muchos otros).

Por ello, habiendo dictaminado la señora Procuradora Fiscal, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto con el alcance indicado en la presente, y se confirma la sentencia. Sin costas, en atención a que la demandada no ha contestado el traslado del recurso extraordinario corrido a fs. 188. Notifíquese y, oportunamente, devuélvase. — *Enrique S. Petracchi*.

INHABILITACIÓN

Limitación de tres años establecida en el art. 152 ter del Cód. Civil. Deber de reevaluar la situación de causante.

El plazo de tres años que el art. 152 ter del Cód. Civil fija como límite de la interdicción no debe derivar en una actualización automática para que el pronunciamiento conserve su validez, sino que se trata de un requerimiento que busca hacer operativo el principio que establece que la capacidad jurídica plena es la regla y su limitación la excepción, debiendo el magistrado evaluar completa y pormenorizadamente la situación del causante a los efectos de establecer si corresponde mantener la decisión a la que oportunamente se arribó.

CNCiv., sala B, 31/10/2013. - L., A. A.

[Cita on line: AR/JUR/71167/2013]



JURISPRUDENCIA VINCULADA

Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala B, "L., M. P. s/in-sanía", 30/03/2012, ED 08/08/2012, 7, AR/JUR/10278/2012.

Dictamen de la Defensora General de la Nación:

I. En virtud de las facultades que me confieren los artículos 59 del Cód. Civil y 55 de la ley 24.946, tomo intervención en autos en representación de la Sra. A. A. L., DNI... y procedo a contestar la vista conferida a fs. 169.

II. Cabe destacar que la elevación en consulta importa recurso legal instituido como una garantía más que se otorga al denunciado frente a la limitaciones a su incapacidad que se deriva de la declaración de inhabilitación (cf. doc. CNCiv., Sala I, en sum. nro.: 11.444 del 11/06/1998 en expte. nro.: 131.247, caratulado "C.,

La sentencia de inhabilitación y las garantías individuales de las personas

POR EZEQUIEL CABULI

En el presente fallo de Cámara que nos toca anotar, el tribunal debe resolver "en consulta", sobre el procedimiento de calificación aplicado en primera instancia, sobre la actualización de una sentencia de inhabilitación de una persona física conforme el artículo 152 ter del Código Civil.

En un primer análisis, nos llama la atención el procedimiento que utilizó la primera instancia para elevar "en consulta" el expediente a Cámara, ya que el mismo no se ajusta a lo previsto por el artículo 633 del Código Procesal Civil. El mencionado artículo si bien trata en su primera parte en forma indistinta los casos de demencia e inhabilitación, en su último párrafo prevé el

mecanismo de consulta únicamente para casos de declaración de demencia (1).

No obstante lo mencionado en el párrafo anterior, la doctrina y jurisprudencia han admitido la viabilidad de este procedimiento sostenido

(1) Artículo 633 del Código Procesal - Sentencia. Su-puesto de inhabilitación. Recursos. Consulta. Antes de pronunciar sentencia, y si las particularidades del caso lo aconsejare, el juez hará comparecer al presunto demente a su presencia o se trasladará a su domicilio o lugar de internación. La sentencia se dictará en el plazo de quince días a partir de la contestación de la vista conferida al asesor de menores e incapaces o, su caso, del acto a que se refiere el párrafo anterior. Si no se verificare la incapacidad, pero de la prueba resultare inequívocamente que del ejercicio de la plena capacidad pudiere resultar daño a la persona o al patrimonio de quien sin haber sido hallado demente presenta disminución de sus facultades. El juez podrá declararlo inhabilitado en la forma y con el alcance previstos en el Artículo 152 bis del Código Civil. En este caso, o si se declarase la demencia, se comunicara la sentencia al registro del estado civil y capacidad de las personas. La sentencia será apelable dentro de quinto día por el denunciante, el presunto demente o inhabilitado, el curador provisional y el asesor de menores. En los procesos de declaración de demencia, si la sentencia que la decreta no fuere apelada se elevara en consulta. La cámara resolverá previa vista al asesor de menores e incapaces, sin otra sustanciación.

R.N. s/inhabilitación”), lo que importa la intervención obligada del Tribunal, sin limitación alguna, en la revisión del debido cumplimiento de las formas del proceso y del fondo del asunto (cf. doc. CNCiv., Sala C, del 2419/02, en sum. nro.: 14.887, en expte. nro.: 352.133, caratulado “O.A. s/insania”).

III. A modo de breve reseña, estimo oportuno mencionar que con fecha 8 de septiembre de 2009 (fs. 52) se dictó sentencia de inhabilitación de la causante, en los términos del art. 152 bis inc. 2° del Cód. Civil.

III.1. El art. 152 ter del Cód. Civil, incorporado por la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657 en su art. 42, indica que las declaraciones de inhabilitación o incapacidad no podrán extenderse por más de tres años y deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias, donde se especifique las funciones y actos que se le limitan a la persona aquejada por enfermedad mental, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible.

que *“las razones que justifican la institución de la consulta en el juicio de insania podrían ser esgrimidas para aconsejar igual procedimiento en el de inhabilitación, pero el art. 633 del Cód. Procesal limita claramente su aplicación a los casos de interdicción por demencia”* (2).

La Cámara se expide en este caso, sobre la recalificación de la sentencia que actualiza el estado de inhabilitación del causante, citando como fundamentos principales la normativa local e internacional (3), que resaltan la necesidad de garantizar a la persona inhabilitada el derecho a revisar su estado en forma inequívoca y particularizada, sin recurrir a un análisis superficial o de mero trámite.

(2) CIFUENTES-RIVASMOLINA-TISCORNIA, “Juicio de insania y otros procesos sobre la capacidad”; Ed. Hammurabi, 1990 p. 372 y sus citas. Conforme cita del fallo RISER DE SAWICKI V. c/ s/INHABILITACION 25/02/92 C. 103537 Civil - Sala C.

(3) “Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” —aprobada por ley 26.378—, “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental” adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 46/119.

A la luz de dicho precepto, y contando con los resultados del informe interdisciplinario de fs. 134/137, el juez de grado dictó un nuevo pronunciamiento (cf. fs. 148) mediante el cual se actualiza la sentencia oportunamente dictada a fs. 52 y la mantiene en sus demás términos.

Dicho decisorio ha sido notificado la curadora definitiva (cf. fs. 149), la causante (cf. fs. 158) y la Sra. Defensora de Menores e Incapaces de primera instancia (cf. fs. 160).

IV. Sentado ello cabe señalar las contradicciones en las que incurre la sentencia elevada en consulta.

Del informe interdisciplinaria obrante a fs. 134/137 se colige que la causante no puede: vivir sola, cumplir con las indicaciones terapéuticas que se le efectúen, prestar consentimiento informado, realizar actividad laboral remunerada, cobrar un salario o beneficio previsional, efectuar compras para satisfacer sus necesidades básicas, no conoce el valor del dinero y requiere supervisión para el desarrollo de su vida cotidiana.

El tribunal mantiene la línea argumental de análogos fallos antecedentes. En esa línea, se destaca la importancia de respetar, no solo formal sino sustancialmente, el plazo que establece el artículo 152 ter del Código Civil (t. o. ley 26.657), en cuanto establece que las declaraciones judiciales de incapacidad o inhabilitación *“No podrán extenderse por más de tres años”*. Este plazo de tres años que fija la ley como límite de la interdicción debe entenderse según el tribunal, *“en sintonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos”* señalando la *“Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”* —aprobada por ley 26.378—, *los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental”* adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 46/119, entre otros y en armonía con el resto del ordenamiento jurídico interno, que obliga a revisar dentro de ese plazo, los alcances de la sentencia dictada; esto no significa revisar lo actuado, sino realizar un reexamen de la situación del causante a fin de determinar si ese pronunciamiento se adecua a las actuales circunstancias de la persona.

Las convenciones internacionales han influido notablemente en estos últimos años sobre el

Sin perjuicio de ello, el juez de grado refiere que del informe interdisciplinario mencionado se colige que la causante presenta un retraso mental leve, no recibe medicación, concurre a un taller de pintura y a un club de jubilados, que se encuentra totalmente integrada en la vida familiar teniendo sus necesidades básicas cubiertas y manteniendo contacto con el medio externo.

Sentado ello, resta señalar que conforme lo informado a fs. 134/137 debería modificarse el encuadre legal respecto de la capacidad de la causante, ya que ante las limitaciones reseñadas por los profesionales correspondería otorgarle a la causante la protección que brinda el art. 141 Cód. Civil.

Más aún, en la sentencia de fs. 148 el juez de grado señala que “no encuentra del análisis de la prueba, la existencia de un nivel de autonomía que amerite especificar las funciones y actos que pueda cumplir, y en los que se pueda ver afectada con la declaración de incapacidad como sugiere el art. 152 ter del Cód. Civil” (el destacado me pertenece) y continúa: “En

los términos expuestos dejo actualizada la sentencia oportunamente dictada a fs. 52 y que mantengo en su demás términos”.

Cabe señalar que a fs. 52 se ha dictado sentencia en los términos del art. 152 bis inc. 2º del Cód. Civil.

De 9110 se concluye que se confirma una sentencia de inhabilitación y que no, resulta necesario especificar las limitaciones a la capacidad, en razón de que la causante no cuenta con un nivel de autonomía que amerite especificar las funciones y actos que se limitan.

En consecuencia, el juez a quo confunde los tipos de procesos, ya que confirma un pronunciamiento y a su vez hace referencia a la declaración de incapacidad, por lo que no delimita las funciones y actos que se restringen.

V. Por lo expuesto, esta Defensoría de Menores de Cámara es de opinión que no corresponde confirmar la sentencia obrante a fs. 148, debiendo remitirse las

tratamiento especializado que debe aplicarse sobre el estatus, derechos y obligaciones de las personas con discapacidad. En ese sentido podemos recordar los argumentos de nuestra corte suprema en un reciente fallo sosteniendo que “*La Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad (ONU, ratificada por Ley 26.378); la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas con discapacidad (Ley 25.280) y la Ley 26.657 de Salud mental, tienen como eje no sólo el reconocimiento del ejercicio de la capacidad, sino también la implementación de mecanismos de apoyos, salvaguardas y ajustes razonables, tendientes a que quienes estén afectados por estos padecimientos puedan ejercer esa capacidad jurídica en iguales condiciones que los demás*” (4).

Esta nueva corriente doctrinaria internacional, que estudia las aptitudes de la persona con una especial protección a sus garantías individuales,

también se ve reflejado en doctrina de nuestra corte suprema, en otro fallo, donde “*se aborda la incidencia de la evaluación médica previa, requerida por la legislación para resolver las medidas a adoptar sobre el causante y su patrimonio, reafirmando la posición que viene alentando la doctrina y la jurisprudencia en orden a su integración en el plexo probatorio, como un medio necesario pero no excluyente de otros, cuyos resultados compatibilicen con la experticia a la luz de la sana crítica del juzgador*” (5).

Se hace necesario entonces, orientar el curso de la investigación para arribar a una convicción solvente respecto de la real aptitud del causante en relación con el medio en que se desarrolla su vida, incluso aplicando medidas de salvaguarda del patrimonio (y aun de la persona del causante) que sean consecuentes con las circunstancias propias del mismo y de su entorno económico-social. En el reciente comentario al fallo citado, Magdalena Giavarino señala que (6) “*la posibilidad cabe no*

(4) B., J. M. s/Insania • 12/06/2012 Publicado en: LA LEY 26/06/2012, 7 • LA LEY 24/08/2012, 6 con nota de GIAVARINO, Magdalena B. • LA LEY, 2012-E, 166 con nota de GIAVARINO, Magdalena B. • DJ 19/09/2012, 37 • LA LEY 27/12/2012, 6 con nota de GIOVANNETTI, Patricia S. y ROVEDA, Eduardo G. • LA LEY, 2013-A, 148 con nota de GIOVANNETTI, Patricia S. y ROVEDA, Eduardo G. • DJ 16/01/2013, 10 con nota de COBAS, Manuel O. • DFyP 2013 (enero-febrero), 224 con nota de SEDA, Juan Antonio.

(5) La “ratio-legis” de la evaluación psiquiátrica en el proceso de incapacitación GIAVARINO, Magdalena B. Publicado en: LA LEY 24/08/2012, 7 • LA LEY 2012-E, 166. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2012-06-12 ~ “B., J. M. s/Insania”.

(6) La “ratio-legis” de la evaluación psiquiátrica en el proceso de incapacitación GIAVARINO, Magdalena B. Publicado en: LA LEY 24/08/2012, 7 • LA LEY, 2012-E, 166.

actuaciones a la instancia de grado a fin de que el juez a quo dicte un nuevo pronunciamiento acorde a la prueba producida y ajustado a la normativa vigente y asimismo se confiera, vista al Sr. Director General de Tutores y Curadores Públicos.

VI. En tal sentido, en virtud de lo resuelto por V.E. a fs. 169 segundo párrafo y la Resolución DGN N° 899/13, dictada por la Sra. Defensora General de la Nación, toda vez que las actuaciones serán remitidas a la instancia de grado, solicito que en dicha oportunidad se confiera vista al Sr. Director General de Tutores y Curadores Públicos, Dr. E. M., a sus efectos.— Buenos Aires, octubre 16 de 2013. *Patricia A. Sanguinetti*.

2ª Instancia. — Buenos Aires, octubre 31 de 2013.

Vistos:

Vienen estos autos a la alzada a fin de que el tribunal conozca en consulta (art. 633 del Cód. Procesal) con relación a la sentencia de fs. 148 que declara la subsis-

tencia de la inhabilitación de la causante, tal como fue decretada a fs. 52. La resolución ha sido consentida por la curadora designada (hermana) y por la causante. El Ministerio Público de la Defensa se ha expedido a fs. 170/1.

Coincide el tribunal con lo que ha sido objeto de adecuado tratamiento en el dictamen de la Sra. Defensora Pública de Menores ante los Tribunales de Segunda Instancia de fs. 170/1 a cuyos fundamentos y conclusiones corresponde remitir por razones de brevedad.

En tal sentido, consideramos que la sentencia de fs. 148 es, por lo menos, confusa pues –aun cuando el *a quo* se limita a “actualizar” la sentencia de inhabilitación— se señala en el *decisum* que el juez de grado “no encuentra del análisis de la prueba la existencia de un nivel de autonomía que amerite especificar las funciones y actos que puede cumplir y en los que se pueda ver afectada con la declaración de incapacidad” (ver fs. 148).

sólo en orden a la previsión del art. 152 ter. del Código Civil, sino también de acuerdo al art. 12 de la Convención sobre los Derechos de la Persona con Discapacidad que ofrece un amplio campo de acción a una Justicia comprometida con la defensa de personas vulnerables por sus disminuciones psíquicas, sean de origen patológico o producto del desarrollo biológico natural” (7).

Autores como Tobías (8), se han referido a la interpretación práctica del artículo 152 ter al analizar el proyecto del Código Civil y Comercial, (que en el mismo sentido obliga a revisar la sentencia de inhabilitación cada 3 años), sugiriendo que *“más razonable parece entender que en el marco del mismo proceso y en un plazo no superior a los tres años —aunque sea aconsejable uno menor— se deberá realizar un nuevo examen pericial, que deberá notificarse a todos los interesados para que, dependiendo de sus resultados, promuevan*

un proceso de rehabilitación. Esta interpretación guarda correspondencia con el art. 12, inc. 4 de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad —aprobada mediante Ley 26.535— que dice: “los Estados Partes... asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica... estén sujetos a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial”.

Es en virtud de ello que el autor citado refiere acertadamente a cual es el sentido del artículo en forma estricta, el cual *“no supone “revisar” la sentencia, sino “revisar periódicamente la situación del limitado en su capacidad, en el marco del mismo proceso en que se dictó la declaración de incapacidad o capacidad restringida, para que (en un eventual pedido de rehabilitación) se revise la sentencia”.*

En el mismo sentido se ha referido el fallo comentado en el presente, cuando sostiene que *“el requisito del art. 152 ter no debe derivar en una ‘actualización automática’ para que el pronunciamiento conserve su validez; sino que se trata de un requerimiento que busca hacer operativo el principio que establece que la capacidad jurídica plena es la regla, y su limitación, la excepción. En consecuencia, la exigencia a los magistrados es la de una evaluación completa y pormenorizada de*

Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2012-06-12 ~ “B., J. M. s/Insania”.

(7) La “ratio-legis” de la evaluación psiquiátrica en el proceso de incapacitación GIVARINO, Magdalena B. Publicado en: LA LEY 24/08/2012, 7 • LA LEY 2012-E, 166. Fallo Comentado: Corte Suprema de Justicia de la Nación ~ 2012-06-12 ~ “B., J. M. s/Insania”.

(8) La persona humana en el Proyecto TOBÍAS, José W. Publicado en: LA LEY 25/06/2012, 1 • LA LEY, 2012-D, 743 • DFyP 2012 (julio), 261.

Por otro lado, de la información que obra en la causa se desprende que es la curadora de la causante quien administra los ingresos de la Sra. L.; tanto por el beneficio provisional que percibe como por el alquiler de una vivienda de la cual es condómina. Estas funciones asumidas por la curadora definitiva nombrada en autos se deberían a la incapacidad de la causante de realizarlas por sí misma, en consonancia con lo manifestado por los galenos.

Esta Sala se ha expedido con anterioridad acerca de los alcances de lo dispuesto por el nuevo art. 152 ter del Cód. Civil (t. o. ley 26.657), en cuanto establece que las declaraciones judiciales de incapacidad o inhabilitación “No podrán extenderse por más de tres (3) años”. En tal sentido, hemos sostenido que el plazo de tres años que fija la ley como límite de la interdicción debe entenderse, en sintonía con los instrumentos internacionales de derechos humanos (“Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad” —aprobada por ley 26.378—, “Principios

para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental” adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 46/119, entre otros) y en armonía con el resto del ordenamiento jurídico interno, que es un término que obliga a revisar dentro de ese plazo los alcances de la sentencia dictada; esto es, realizar un reexamen de la situación del causante a fin de determinar si ese pronunciamiento se adecua a las actuales circunstancias de la persona.

Esta revisión constituye una garantía para aquél a quien le ha sido limitada su capacidad, y es parte de la nueva visión que ha impuesto la nueva ley de salud mental. En ese sentido, debe procurarse que el examen de la situación actual del causante sea concienzudo y que no se limite a una “actualización automática” de la decisión que ha limitado su capacidad.

En ese sentido, es claro que dicha revisión constituye una de las herramientas mediante las cuales el poder

la situación del causante a los efectos de establecer si corresponde mantener la decisión a la que oportunamente se arribó, o si, por el contrario, se impone su modificación”.

La individualización de los actos que puede realizar el incapaz ha sido tomada por el proyecto del Código Civil, que en su artículo 38, faculta a juez para establecer en cada caso en particular cuales son los alcances de la restricción de capacidad.

Conclusiones

La Cámara ha considerado a nuestro entender en forma acertada, que debe procurarse que el examen de la situación actual del causante sea concienzudo y que no se limite a una “actualización automática” de la decisión que ha limitado su capacidad.

El fallo se funda en normas locales e instrumentos internacionales de rango constitucional que hacen hincapié en la protección periódica de personas con discapacidad, otorgándoles derechos y obligaciones a fin de integrarlas de forma igualitaria al resto de los habitantes (9).

(9) Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba > Núm. II-1, Junio 2011 > Autor: ALEM DE MUTTONI, Isabel Lucía pp. 205-233.

Sostenemos que dicha decisión es correcta, porque profundiza sobre los fundamentos de la reforma legal del año 1968, en sintonía con las convenciones internacionales mencionadas, acerca de la necesidad de preservar la persona y sus garantías, y realizar un examen pormenorizado y consciente sobre la aptitud actual del causante, en miras a sus libertades individuales como ser la de la administración de sus actos patrimoniales,

En ese sentido, es claro que dicha revisión constituye una de las herramientas mediante las cuales el poder judicial cumple con el derecho de la causante al trato personalizado y humanitario y la garantía de acceso directo al órgano de decisión establecidos en las citadas convenciones.

El tribunal pone claridad al profundo significado del artículo 152 ter del Código Civil y a la razón del ser del mismo. Lo interpreta en armonía con las convenciones internacionales, que sostienen que lo que debe hacerse no es revisar la sentencia, sino hacer un seguimiento del paciente, con estudios frecuentes para confirmar que las causas de la inhabilitación subsisten y por ello debe mantenerse, o si en cambio es necesario, revocar tal calificación judicial de incapacidad. ♦

judicial cumple con el derecho de la causante al trato personalizado y humanitario y la garantía de acceso directo al órgano de decisión establecidos en las citadas convenciones. Dicho de otro modo, el requisito del art. 152 ter no debe derivar en una “actualización automática” para que el pronunciamiento conserve su validez; sino que se trata de un requerimiento que busca hacer operativo el principio que establece que la capacidad jurídica plena es la regla, y su limitación, la excepción. En consecuencia, la exigencia a los magistrados es la de una evaluación completa y pormenorizada de la situación del causante a los efectos de establecer si corresponde mantener la decisión a la que oportunamente se arribó, o si, por el contrario, se impone su modificación.

Así las cosas, por compartir lo opinado precedentemente por la Sra. Defensora de Cámara, corresponderá

en la primera instancia proveer lo conducente a la recalificación jurídica del estatus de la Sra. L., lo que habrá de cumplirse garantizando la debida defensa de su persona, con la participación de la Dirección de Tutores y Curadores que reclama el Ministerio Público.

En consecuencia, en un todo de acuerdo con lo dictaminado precedentemente, el tribunal resuelve: No confirmar en este estadio la sentencia de fs. 148 y devolver los autos a la instancia de grado, a sus efectos.

Regístrese, protocolícese y notifíquese a la Sra. Defensora de Cámara en su despacho. Fecho, publíquese (Ac. 24/2013 CSJN) y devuélvase.

El Dr. Díaz Solimine no firma por hallarse en uso de licencia. — *Mauricio Luis Mizrahi*. — *Claudio Ramos Feijóo*.

ABORTO NO PUNIBLE

Cuestión abstracta. Declaración de nulidad de la decisión de la Justicia Nacional en lo Civil que hizo lugar a una medida autosatisfactiva que suspendió la realización de la práctica. Efectos.

Hechos: Una asociación civil interpuso demanda contra la Ciudad de Buenos Aires, tendiente a obtener la nulidad de la aprobación del "Procedimiento para la atención profesional frente a solicitudes de prácticas de aborto no punibles", juicio que se radicó ante la Justicia Contencioso Administrativo y Tributario local. Al haber trascendido públicamente la realización del "primer aborto legal", se petitionó una medida de no innovar para que se ordene al Gobierno local que se abstenga de realizar la práctica, pedido que fue rechazado en todas las instancias. Paralelamente, la asociación dedujo, ante la Justicia Nacional en lo Civil, una acción declarativa de certeza, solicitando como medida autosatisfactiva

la suspensión del aborto, pedido que fue concedido. La Corte Suprema autorizó su realización, el cual fue llevado a cabo. Venido a conocimiento nuevamente del Máximo Tribunal, aun frente a una cuestión abstracta, este decretó la nulidad de la sentencia de la Justicia Civil que impidió la realización del aborto no punible.

- 1.— Llevado a cabo el aborto no punible cuyo pedido de suspensión mediante medidas cautelares y autosatisfactivas, dio lugar a pronunciamientos denegatorios ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires y a la resolución favorable de la Justicia Nacional en lo Civil, la cuestión de competencia por la cual se solicitó la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, devino abstracta.
- 2.— Pese a que la cuestión relativa a la suspensión de un aborto no punible devino abstracta, por haberse llevado a cabo la práctica, la resolución de la Justicia Nacional en lo Civil que hizo lugar a la medida autosatisfactiva que en su momento

El costo de los protocolos de abortos no punibles

POR ANALÍA G. PASTORE

Sumarios: I. Reseña de los antecedentes.— II. El fallo en análisis.— III. Análisis de cuestiones subyacentes.— IV. Los nuevos escenarios de la disputa pro vida - pro aborto.— V. Corolario.

Sinopsis: Introducción. I.- Reseña de los antecedentes. A.- Los antecedentes del fallo en análisis. B) Los antecedentes normativos: las Resoluciones 1174 MSGC-07 y 1252 MSGC-12. II.- El fallo en análisis. III.- Análisis de cuestiones subyacentes. A) La doctrina de los casos abstractos. B) Las "exhortaciones imperativas" de la Corte y las posibles sanciones para quienes osen desoírlos. C) Los incs. 1 y 2 del art. 86 del C.P., antes y después de la reforma constitucional de 1994. D) La inconstitucionalidad de los Protocolos de Abortos No Punibles testimoniada por la sentencia de un brioso tribunal cordobés. IV.- Los nuevos escenarios de la disputa pro vida - pro aborto. A) El incuestionable reconocimiento de la personalidad. B) Panorama sucinto

del marco jurídico en América Latina y el Caribe. C) El replanteo del conflicto y algunas novedosas estrategias para la defensa de la vida. Corolario.

Introducción.

Tanto se ha escrito en torno a los renombrados fallos "F., A. L." (CSJN, 13/03/2012) y "Pro Familia" (CSJN, 11/10/2012) que la posibilidad de comentar la sentencia propuesta ("Pro Familia", CSJN 17/09/2013) nos ha enfrentado al desafío de evitar reiteraciones que, obviamente, no sólo no hemos logrado sino que ni siquiera hemos intentado para eludir incómodas frustraciones. En cambio, nos hemos abocado a reseñar los antecedentes judiciales y normativos del fallo en comentario, analizar la sentencia y algunas cuestiones que hemos considerado subyacentes al mismo, para finalizar con una somera descripción de lo que consideramos los nuevos escenarios de la disputa pro vida - pro aborto.

I. Reseña de los antecedentes.

A.- Los antecedentes del fallo en análisis.

La Asociación para la Promoción y Defensa de la Familia -Pro Familia- promovió demanda contra la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el objeto

la impidió, debe ser anulada, y en consecuencia, corresponde dar intervención al Consejo de la Magistratura, en los términos del art. 114 de la Constitución Nacional, respecto del desempeño del magistrado que dictó el pronunciamiento.

- 3.— Con anterioridad al archivo de las actuaciones, el juez al cual el tribunal de superintendencia del fuero nacional en lo civil le asignó el conocimiento de la causa deberá examinar la conducta de la asociación que petitionó la suspensión de un aborto no punible y del letrado que patrocinó la demanda, dando lugar al pronunciamiento que aquí se anula, que hizo lugar a una medida autosatisfactiva que impidió la práctica, y juzgar si concurren los presupuestos para aplicar las sanciones que legalmente se prevén.

CS, 17/09/2013. - Pro Familia Asociación Civil c. GCBA y otros s/ Impugnación de actos administrativos.

[Cita on line: AR/JUR/57391/2013]

de que se declarara la nulidad de la resolución Nro. 1174 MSGC-07, por la cual se había aprobado el “Procedimiento para la atención profesional frente a solicitudes de prácticas de aborto no punibles -artículo 86, incs. 1 y 2 del C.P.”. Las actuaciones quedaron radicadas el 23/09/2008 ante la justicia contencioso administrativo y tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Cuatro años después, en el marco de ese proceso, el abogado del niño —designado en los términos del art. 27, inc. c, de la ley 26.061— y el apoderado de la accionante solicitaron una medida cautelar consistente en ordenar al Gobierno de la Ciudad que se abstuviera de realizar cualquier acto o maniobra tendiente a quitar la vida a un niño por nacer que habitara en el territorio de esa ciudad, a partir de haber tomado conocimiento, a través de un medio de comunicación el día 05/10/2012, en virtud de los propios dichos del Jefe de Gobierno, que se practicaría el primer “aborto legal” en la ciudad de Buenos Aires el día 09/10/2012.

El juez de primera instancia rechazó la petición de suspensión de la anunciada práctica abortiva considerando que se trataba de una mujer adulta, se encontraba en plena vigencia la resolución

SC Comp. 783L XLVIII

Pro Familia Asociación Civil GCBA y otros

Dictamen de la Procuradora Fiscal de la Nación:

Corte Suprema:

— I —

En estos autos se plantea la nulidad del reglamento dictado por el Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que establece el protocolo de atención médica para los casos de abortos no punibles del art. 86, incs. 1° y 2°, del Cód. Penal.

— II —

Es en ese contexto que, a fs. 514/518, la accionante y el abogado del niño designado a fs. 383 vta., impulsaron la adopción de una medida cautelar, puntualmente dirigida a la suspensión del procedimiento de aborto programado para el 9 de octubre pasado, en el Hospital Ramos Mejía.

Nro. 1252 MSGC-2012, sustitutiva del texto impugnado en la causa, y la CSJN -in re “F, A. L.”, 13/03/2012- había establecido la innecesariedad de solicitar autorización judicial para interrumpir el embarazo a las mujeres que se encontraran en la condiciones descriptas por el art. 86, inc. 2 del C.P.

Contra esa resolución, el 06/10/2012 los peticionarios promovieron recursos de revocatoria y apelación en subsidio. El juez rechazó el primero y concedió el segundo ordenando la inmediata elevación al tribunal de alzada que pasó los autos para sentencia el 10/10/2012.

En tanto, el 09/10/2012 el apoderado de Pro Familia promovió, ante la justicia nacional en lo civil, una demanda declarativa de certeza de la inviolabilidad y superioridad del derecho a la vida del niño por nacer solicitando como medida autosatisfactiva, en forma previa e inmediata, la urgente suspensión de la práctica abortiva. La juez, el mismo día y como medida cautelar de no innovar, decretó la suspensión del aborto programado.

Por su parte, el 10/10/2012 la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad confirmó la decisión del

El tribunal local desestimó la solicitud (ver fs. 519/520).

— III —

Llegada la fecha antedicha, el letrado apoderado de la asociación aquí actora promovió ante el Juzgado Nacional en lo Civil N° 106 una “...demanda declarativa de certeza... de la inviolabilidad y superioridad del derecho a la vida del niño por nacer de que dan cuenta las publicaciones periodísticas que se adjuntan...” (ver fs. 42 vta., cap. 2. de los autos “Asoc. Civil para la Promoción y Defensa de la Famil. s/medidas precautorias” [expte. n° 82.259/2012], venidos como agregado).

En concordancia con ese objetivo, requirió el dictado de un decreto precautorio, con el mismo contenido de aquella medida rechazada en sede de la ciudad autónoma, pedido que esta vez, si fue acogido favorablemente.

— IV —

De tal forma, en lo que atañe al tema de la práctica proyectada para el día 9 de octubre, se verificó la ac-

tuación contemporánea de dos foros diversos que, en principio, podía suscitar la intervención de esa Corte, en los términos del art. 24, inc. 7°, del dec.-ley 1285/58.

— V —

Ahora bien, en la resolución recaída a fs. 554/556. V.E. suspendió la ejecución de la cautelar acordada e indicó claramente que, si fuere solicitado, el aborto no punible debía efectuarse de inmediato, prescindiendo de la resolución del Juzgado N° 106 que paralizó su realización.

Entonces, si la causa radicada ante la Justicia Nacional tendía exclusivamente a impedir la práctica del aborto previsto originariamente para el 9 del corriente mes y V.E. levantó la restricción impuesta a ese respecto, pienso que el aspecto propuesto a la consideración jurisdiccional en el expediente agregado (“Asoc. Civil para la Promoción y Defensa de la Famil. s/medidas precautorias”, n° 82.259/2012), carece de actualidad, puesto que —repito— ese máximo tribunal ya ha dispuesto que el procedimiento se lleve adelante.

juez de primera instancia que había rechazado la medida cautelar solicitada.

La Sala I consideró que la intervención de la justicia nacional en lo civil configuraba una cuestión de competencia disponiendo la inmediata elevación para dar intervención a la CSJN.

El 11/10/2012 la Corte consideró que se verificaba una cuestión de competencia que habilitaba su intervención en los términos de lo normado por el art. 24, inc. 7 del decreto-ley 1285/58, que las decisiones que habían adoptado los tribunales que asumieron su competencia exigían medidas tendientes a evitar que se comprometiera la administración de justicia, y que en virtud de la interpretación dada a los textos constitucionales e infraconstitucionales en la sentencia dictada en F. 259.XLVI “F., A. L. s/medida autosatisfactiva” (13/03/2012) la decisión que adoptaba era la demostración más concluyente del modo en que debía realizarse por los poderes judiciales de la Nación, de las provincias y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, la exhortación dada por el Tribunal para que se abstuvieran de judicializar el acceso a abortos no punibles.

Con tales fundamentos, la Corte suspendió la ejecución de la medida cautelar dictada por

la justicia nacional en lo civil e hizo saber a las autoridades de la Ciudad que ante el pedido de realizar el aborto no punible debían proceder a su realización prescindiendo de la resolución judicial que la había suspendido (1).

Esta decisión fue observada como una ratificación de la tendencia de la Corte favorable al aborto, si bien dentro de un ámbito puramente procesal (2), en tanto que la marcada orientación del Tribunal fue valorada como una orden para llevar a cabo un aborto, determinando directamente a otro a cometer una acción típica y antijurídica, ya que sin la decisión jurisdiccional la acción probablemente no habría sido ejecutada por los médicos (3).

B) Los antecedentes normativos: las Resoluciones 1174 MSGC-07 y 1252 MSGC-12.

Mediante Resolución del Ministerio de Salud de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Nro.

(1) Competencia N° 783. XLVIII, 11-10-2012.

(2) BIANCHI, Alberto B., “La jurisprudencia de la Corte Suprema en 2012”, en *La Ley Sup. Esp. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2013* (abril), 16/04/2013, p. 1 y ss.

(3) ANZOÁTEGUI, Javier, “Muerte de una persona inocente”, en *La Ley 2013-A*, 542.

De tal manera, cualquier pronunciamiento sobre la posibilidad o no de consumir ese aborto en particular resulta inoficioso y, desde esta perspectiva, deberá concluirse en que la cuestión de competencia ha devenido abstracta.

— VI —

Sin perjuicio de ello, el estudio de las constancias remitidas permite notar algunas situaciones, que esta Procuración General no puede dejar de apuntar.

Ante todo, respecto del citado expte. n° 82.259/2012, tal como lo hicieron el titular del Juzgado Nacional en lo Civil N° 56y, a su turno, el Tribunal de Superintendencia del fuero (ver fs. 69 y 75), observo la abierta anomalía en la que incurrió la magistrada firmante de la providencia fs. 52/54, en desmedro de una garantía elemental del Estado de derecho, como es la del juez natural.

El escrito de inicio fue presentado en los primeros minutos del horario hábil, y se soslayó el sistema reglamentario de asignación de causas, atribuyéndose

arbitrariamente el conocimiento de la medida cautelar reseñada, conducta que encuentro semejante a la que V.E. valoró recientemente in re S.C. Comp. N° 526, L. XL VIII. “B., E.A. y otros s/medida autosatisfactiva” (res. del 11/09/2012).

En segundo lugar, creo menester reparar en que —como se relató— el profesional que inició dicho proceso, acababa de gestionar una medida idéntica, ante la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la ciudad de Buenos Aires.

Así las cosas, es dable inferir que esta segunda causa no es sino un intento por revertir un resultado adverso, mediante la intervención de la Justicia Nacional. Paralelamente, en el escrito introductorio el letrado calló cualquier referencia a la existencia de antecedentes judiciales, y sostuvo expresamente la competencia de la Justicia Nacional, aunque pocos días antes había planteado el mismo problema ante los jueces locales.

Advierto estas inconductas, tanto la de la magistrada nacional como la del letrado interviniente, a los fines

1174 (4) se aprobó el procedimiento para la “atención profesional de prácticas de aborto no punibles” aplicable a los supuestos de los incs. 1 y 2 del art. 86 del C.P.

La norma calificaba tales prácticas abortivas como terapéuticas (5), excluía la necesidad de autorización judicial previa, supeditaba su viabilidad al cumplimiento y acreditación de los recaudos exigidos por el art. 86 del C.P. y al consentimiento informado, invocaba las reglas del arte de curar y preveía la participación de un equipo interdisciplinario cuya intervención quedaba supeditada a la voluntad del profesional (6).

En el proceso de decisión participaban los representantes legales si bien las personas menores de edad y las interdictas debían ser oídas e informadas (7).

Se preveía un procedimiento diferenciado según que las circunstancias del caso encuadraran en el inc. 1 —peligro para la vida o la salud de la

madre, causado o agravado por el embarazo— (8) ó 2 —mujer declarada insana judicialmente— (9) del art. 86 del C.P.

El equipo interdisciplinario debía (10) dictaminar sobre el encuadre de la interrupción del embarazo (11) y expedirse sobre su procedencia en un plazo no mayor a cinco días hábiles (12) desde la recepción de los antecedentes del caso. (13) Al dictamen se le atribuía carácter vinculante para el efector de salud (14) y los profesionales objetores de conciencia se hallaban inhabilitados para integrarlo (15).

(8) Art. 8° del Anexo.

(9) Art. 9° del Anexo.

(10) Esta connotación imperativa se contrapone a la previsión del art. 4° en cuanto su intervención aparecía condicionada a que el profesional lo considerara necesario.

(11) Art. 13 del Anexo.

(12) Tiempo que no se condice con el término máximo de tres días hábiles que se señalaba para la realización de la interrupción de la gestación (art. 8°, inc. c, 2do. párrafo del Anexo).

(13) Art. 14 del Anexo.

(14) Art. 14 del Anexo.

(15) Art. 11 del Anexo.

(4) B.O. de la C.A.B.A. Nro. 2707, 19/06/2007.

(5) Se refiere textualmente a la “práctica terapéutica para la interrupción del embarazo”. Ver Anexo, art. 2°.

(6) Art. 2° del Anexo.

(7) Art. 5° del Anexo.

de que esa Corte adopte las medidas que considere pertinentes.

Finalmente y ya en estos autos, constato que en primera instancia no se ha dado participación a la Fiscalía, no obstante que tanto el tema de fondo como las vicisitudes suscitadas en su trámite, tocan directamente al cometido que le es propio. En este orden, aconsejo que ese Ministerio Público sea escuchado previo a cualquier otra diligencia.

— VII —

Por lo expuesto, opino que V.E. debe declarar abstracta la cuestión de competencia. Buenos Aires, septiembre 17 de 2013.— *M. Alejandra Cordone Rosello*.

SC Comp. 783L XLVIII

Buenos Aires, 17 de septiembre de 2013.

Considerando:

1°) Que los antecedentes que han dado lugar a esta cuestión han sido suficientemente relacionados por

esta Corte en la resolución cautelar del pasado 11 de octubre (fs. 554/556), a cuyo relato cabe remitir por razones de brevedad.

2°) Que ante el requerimiento efectuado por el Tribunal (fs. 582), la particular interesada expresa en su presentación del 12 de noviembre que se ha llevado a cabo —en condiciones de legalidad, seguridad, dignidad y confidencialidad requeridas— la práctica médica cuyo pedido de suspensión dio lugar, por un lado, a los pronunciamientos denegatorios tomados a fs. 519/520 y 533/634 de las presentes actuaciones, y —por el otro— a la resolución favorable dictada a fs. 52/54 de la causa radicada ante la justicia nacional en lo civil caratulada “Asociación Civil para la Promoción y la Defensa de la Familia s/ medidas precautorias” (Expte. nro. 82.259/2012).

Esta circunstancia, como subraya el dictamen de la procuradora fiscal, lleva a que no subsista el conflicto de competencia que —en los términos de lo establecido en el art. 24, inc. 7°, del decreto-ley 1285/58— dio lugar a la intervención de este tribunal, requerida por la Cá-

La normativa examinada fue derogada y sustituida por la Resolución Nro. 1252 MSGC-2012 (16) que aprobó el Procedimiento para la atención profesional de prácticas de aborto no punibles en los Hospitales del Subsector Público de Salud contempladas en el art. 86 incs. 1) y 2) del Código Penal, acoplándose de tal modo a la interpretación amplia del inc. 2 del art. 86 C.P. pregonada por la CSJN en los autos “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” (17).

(16) B.O. de la C.A.B.A. Nro. 3191, 10/09/2012.

(17) La mayoría de la CS concluyó que la excepción a la penalización del aborto que regula el art. 86 segundo párrafo inc. 2° del Código Penal le genera un deber al Estado, el que como garante de la administración de la salud pública, tiene la obligación, ante dichos supuestos, de poner a disposición de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura. Procediendo a exhortar a las autoridades nacionales y provinciales a implementar y hacer operativos protocolos para la concreta atención de los abortos no punibles y para la asistencia integral de toda víctima de violencia sexual, como así también gestionar la contratación de médicos que no sean objetores de conciencia para que la práctica de los abortos no punibles se puede efectivizar en forma permanente. Fallo 259.XLVI “F., A. L. s/medida autosatisfactiva”, 13/03/2012, Considerandos 25, 29 y 30.

Ahora la intervención del equipo interdisciplinario es imperativa (18); se explicita, aunque en clave demasiado genérica para asegurar su eficacia y suficiencia (19), el contenido de la in-

(18) Art. 2° del Anexo, Res. 1252/12.

(19) En el ámbito nacional, el consentimiento informado se halla regulado en el Capítulo III (arts. 5 a 11) de la ley 26.529, con las modificaciones incorporadas por la ley 26.572. En el art. 5° se define como la “declaración de voluntad suficiente efectuada por el paciente, o por sus representantes legales, en su caso, emitida luego de recibir, por parte del profesional interviniente, información clara, precisa y adecuada con respecto a: estado de salud; procedimiento propuesto, con especificación de objetivos perseguidos; beneficios esperados del procedimiento, riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; especificaciones de procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; derecho que le asiste en caso de enfermedad irreversible, incurable o en estadio terminal, al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con las perspectivas de mejoría, o que produzcan sufrimiento desmesurado, también del derecho de rechazar procedimientos de hidratación y alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio ter-

mara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala I (resolución del 10 de octubre, fs. 533/534) y por la particular afectada en sus presentaciones del 10 y 11 de octubre (fs. 535/536 y 546/553, respectivamente).

3°) Que no obstante, el Tribunal no se ha de limitar a declarar inoficiosa toda resolución sobre el conflicto suscitado, pues de igual modo al que ha procedido frente a situaciones sustancialmente análogas en que resultaba ostensible la ausencia de jurisdicción de uno de los tribunales intervinientes, es necesario tomar las medidas necesarias para dismantelar toda posible consecuencia que pretenda derivarse de esas actuaciones judiciales deformadas (Fallos 322:2247; 326:2298; 327:3515; causas Competencia N° 905. XLVI “Piedrabuena, Pedro Ignacio y otros s/ plantea cuestión”, sent. del 31/05/2011 y A.281.XLVII “Acumar s/urbanización de villas y asentamientos precarios, legajo de actuaciones ocupación de predio sito en las calles Lafuente, Portela y Castañares, Villa Soldati, CABA s/actuaciones elevadas por el juzgado Federal de Quilmes” Fallos: 334:1458).

4°) Que en las condiciones expresadas y con arreglo a los antecedentes que, según lo relacionado en la resolución del pasado 11 de octubre, dieron lugar a las actuaciones judiciales en que se suscitó este conflicto de competencia, la manifiesta identidad que se verifica entre la pretensión ulteriormente promovida ante la justicia nacional en lo civil respecto de su peticionario, de su causa y de su objeto con la reclamación anterior que se había promovido, con resultado negativo, ante la justicia estadual, impone la necesidad de anular la resolución tomada a fs. 52/54 por la señora jueza del Juzgado Nacional en lo Civil n° 106, doctora Myrian C. Rustam de Estrada, en la causa caratulada “Asociación Civil para la Promoción —y la Defensa de la Familia— s/ medidas precautorias” (Expte. nro. 82.259/2012).

5°) Que el tribunal concuerda con lo expresado en el dictamen del Ministerio Público acerca de la necesidad de examinar la conducta de la asociación peticionaria y del letrado que patrocinó la demanda que dio lugar al pronunciamiento que se anula, por lo que el juez al que, en definitiva, le fue asignado el conocimiento de

formación (20) que debe brindarse en el proceso de decisión a las personas menores de edad y las incapaces declaradas judicialmente; se concede a la mujer solicitante la posibilidad de recibir asistencia legal, psicológica y social por parte de los efectores del sistema de salud, desde el inicio de la solicitud y durante todo el proceso relativo a la práctica abortiva (21); se ajusta el término máximo para la realización de la interrupción gestacional a cinco días hábiles (22); se amplían los supuestos incorporando a la mujer encinta producto de una violación requiriendo, en tal caso, para la procedencia del aborto una mera

declaración jurada (23) en la que la mujer o sus representantes legales manifiesten que el embarazo es producto de una violación, exigencia que puede suplirse con copia certificada de la denuncia penal (24); para los casos del inc. 2 del art. 86 del C.P. (25) el servicio social del hospital debe brindar información sobre prestaciones, ayudas públicas y coberturas sanitarias disponibles para las mujeres embarazadas y sus hijos, así como la posibilidad de tramitar la adopción del concebido, debiendo darse intervención al área de Atención de Víctimas de Delitos Sexuales (26); para los mismos supuestos se establece un límite gestacional de doce semanas para la interrupción del embarazo que deberá correlacionarse con un estudio ecográfico (27); cuando mediare denuncia penal se debe dar aviso a las autoridades judiciales intervinientes (28), y cuando el delito de

minal e incurable; derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Por su parte, el art. 7° establece que el CI será verbal, salvo en los casos de internación, intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasivos, procedimientos que implican riesgos según lo determine la reglamentación y revocación, en todos los cuales debe ser escrito y estar suscripto.

(20) Se les debe hacer saber las consecuencias de la práctica y las alternativas existentes (art. 5° del Anexo, Res. 1252/12).

(21) Art. 6° del Anexo, res. 1252/12.

(22) Art. 9°, inc. c, 2do. Párrafo, Res. 1252/12.

(23) Cuyo modelo compone el Anexo II de la Resolución.

(24) Art. 10 del Anexo, Res. 1252/12.

(25) Violación y atentado al pudor de víctima con discapacidad mental.

(26) Art. 12 del Anexo, Res. 1252/12.

(27) Art. 16 del Anexo, Res. 1252/12.

(28) Art. 14 del Anexo, Res. 1252/12.

la causa por parte del tribunal de superintendencia del fuero nacional en lo civil (fs. 75), antes de proceder al archivo de la causa deberá juzgar —como lo reconocen los arts. 35, inc. 3°, y 45, párr. 2, Cód. Procesal Civ. y Com. de la Nación— si concurren los presupuestos para aplicar las sanciones legalmente previstas.

6°) Que asimismo corresponde, como lo propone la procuradora fiscal y por las razones que expresa, proceder de igual modo al que lo ha hecho el Tribunal en fecha reciente ante un caso sustancialmente análogo (causa Competencia N° 526. XLVIII “B., E. A. y otros s/medida autosatisfactiva”, res. del 11/09/2012) y, en consecuencia, dar intervención al Consejo de la Magistratura de la Nación en los términos del art. 114, CN, respecto del desempeño de la señora jueza del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 106, doctora Myriam C. Rustam de Estrada.

Por ello y de conformidad con lo dictaminado por la procuradora fiscal subrogante, se declara la nulidad de lo actuado por el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 106 en la causa “Asociación Civil para la Promoción y la Defensa de la Familia s/medidas precautorias” (Expte. nro. 82.259/2012). Agréguese copia del presente y del dictamen al mencionado expediente, y devuélvase al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil n° 106 a fin de que, antes de proceder a su archivo, se cumpla con lo ordenado en el considerando 5°. Remítase copia de las actuaciones al Consejo de la Magistratura de la Nación, a los fines establecidos en el considerando 6°. Devuélvase el expediente “Pro Familia Asociación Civil c. GCBA y otros s/impugnación actos administrativos” (Expte. nro. 31.117/0) al tribunal de origen. Notifíquese.— *Ricardo Luis Lorenzetti.* — *Elena I. Highton de Nolasco.* — *Carlos S. Fayt.* — *Enrique S. Petracchi.* — *E. Raúl Zaffaroni.* — *Carmen M. Argibay.* — *Juan Carlos Maqueda.*

violación hubiera sido cometido contra una niña, se dará intervención al Consejo de Niños, Niñas y Adolescentes (29); en todos los casos, se debe informar sobre la revocabilidad, en cualquier momento antes de la intervención, del consentimiento prestado para la interrupción gestacional (30); se conserva la inhabilitación de los profesionales objetores de conciencia para integrar el equipo interdisciplinario (31), y se pretende fortalecer el ejercicio de tal derecho garantizando confidencialidad y estabilidad laboral (32).

II. El fallo en análisis (33)

Retomando lo referenciado en el punto I.-B), la particular interesada informó en fecha 12/11/12 que la práctica abortiva se había llevado a cabo. Si bien esta circunstancia fulminó el conflicto de competencia que había dado lugar a la intervención de la Corte, lejos de declarar inoficiosa toda resolución sobre el litigio suscitado, consideró necesario tomar medidas para “desmantelar toda posible consecuencia que

pretenda derivarse de esas actuaciones judiciales deformadas” (34).

Además de declarar la nulidad de lo actuado por el Juzgado Nacional en lo Civil Nro. 106 en la causa “Asociación Civil para la Promoción y la Defensa de la Familia s/ medidas precautorias” (Expte. 82.259/2012), la Corte consideró necesario examinar la conducta de la asociación peticionaria y del letrado que la patrocinó, imponiendo al juez que conocía en la causa el deber de juzgar si concurrían los presupuestos para aplicar las sanciones previstas por los arts. 35, inc. 3 (35) y 45, 2do. Párrafo (36) del C.P.C.C. Más aún, estimó

(34) Considerando 3.

(35) POTESTADES DISCIPLINARIAS. Art. 35: Para mantener el buen orden y decoro en los juicios, los jueces y tribunales deberán:... 3) Aplicar las correcciones disciplinarias autorizadas por este Código, la ley orgánica, el Reglamento para la Justicia Nacional, o las normas que dicte el Consejo de la Magistratura. El importe de las multas que no tuviesen destino especial establecido en este Código, se aplicará al que le fije la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Hasta tanto dicho tribunal determine quiénes serán los funcionarios que deberán promover la ejecución de multas, esa atribución corresponde a los representantes del Ministerio Público Fiscal ante las respectivas jurisdicciones. La falta de ejecución dentro de los treinta días de quedar firme la resolución que las impuso, el retardo en el trámite o el abandono injustificado de éste, será considerado falta grave.

(36) TEMERIDAD O MALICIA. Art. 45:... Sin perjuicio de considerar otras circunstancias que estime correspon-

(29) Art. 13 del Anexo, Res. 1252/12.

(30) Art. 15 del Anexo, Res. 1252/12.

(31) Art. 18, último párrafo del Anexo, Res. 1252/12.

(32) Art. 20 del Anexo, Res. 1252/12.

(33) Competencia Nro. 783. XLVIII. “Pro familia Asociación Civil c/ GCBA y otros s/ impugnación actos administrativos”, 17/09/2013.

que correspondía dar intervención al Consejo de la Magistratura de la Nación en los términos del art. 114 C.N. (37) respecto del desempeño de la juez a cargo del juzgado nacional en lo civil.

III. Análisis de cuestiones subyacentes

A) La doctrina de los casos abstractos.

Genera cierto desconcierto y consternación, como toda situación imprevisible, la relatividad, aparentemente arbitraria, del criterio que la Corte ha empleado para expedirse sobre cuestiones formalmente abstractas en las que un pronunciamiento del Tribunal resultaba inoficioso.

En el caso en análisis, si bien el Tribunal admitió que resultaba ostensible la ausencia de jurisdicción, consideró que era “necesario tomar las medidas necesarias para dismantelar toda posible consecuencia que pretenda derivarse de esas actuaciones judiciales deformadas.”

En cambio, no lo ha hecho en otros casos de sobrada trascendencia institucional. Así, vienen a

der, el juez deberá ponderar la deducción de pretensiones, defensas, excepciones o interposición de recursos que resulten inadmisibles, o cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifiestamente conduzcan a dilatar el proceso.

(37) Art. 114 C.N.: El Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara, tendrá a su cargo la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial. El Consejo será integrado periódicamente de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal. Será integrado, asimismo, por otras personas del ámbito académico y científico, en el número y la forma que indique la ley. Serán sus atribuciones: 1. Seleccionar mediante concursos públicos los postulantes a las magistraturas inferiores. 2. Emitir propuestas en ternas vinculantes, para el nombramiento de los magistrados de los tribunales inferiores. 3. Administrar los recursos y ejecutar el presupuesto que la ley asigne a la administración de justicia. 4. Ejercer facultades disciplinarias sobre magistrados. 5. Decidir la apertura del procedimiento de remoción de magistrados, en su caso ordenar la suspensión, y formular la acusación correspondiente. 6. Dictar los reglamentos relacionados con la organización judicial y todos aquellos que sean necesarios para asegurar la independencia de los jueces y la eficaz prestación de los servicios de justicia.

mi memoria las “candidaturas testimoniales” (38) que el Frente para la Victoria usó en las elecciones de diputados de junio de 2009. Luego de que esta irregularidad político-electoral fuera impugnada ante la justicia electoral, la Cámara Nacional Electoral aprobó esas candidaturas (39) y el caso llegó por recurso extraordinario a la Corte Suprema que demoró casi tres años en resolverlo. (40) Como el acto electoral había acontecido antes de que la Corte resolviera el caso y los “candidatos testimoniales” renunciaron a sus cargos apenas luego de haber sido elegidos, la cuestión se había tornado formalmente abstracta. No obstante la importancia institucional de la cuestión, el Tribunal Supremo dejó pasar una excelente oportunidad para sentar su posición eligiendo refugiarse en la doctrina de los casos abstractos al sostener que “en estas condiciones es inoficioso un pronunciamiento del Tribunal sobre la cuestión -que como federal- promueven las agrupaciones impugnantes en el recurso extraordinario, en la medida en que a esta Corte le está vedado expedirse sobre planteos que devienen abstractos, en tanto todo pronunciamiento resultaría inoficioso al no decidir un conflicto litigioso actual” (41).

Sin embargo, en el caso “F., A. L.” la Corte Suprema, si bien se hace cargo de la doctrina de los casos abstractos, prioriza al mismo tiempo que “dada la rapidez con que se produce el desenlace de situaciones como la de autos, es harto difícil que, en la práctica, lleguen a estudio del Tribunal las importantes cuestiones constitucionales que éstas conllevan sin haberse vuelto abstractas. De

(38) Se trataba de candidatos que carecían de la intención de ocupar las bancas para las cuales resultarían electos, presentándose sólo a efectos testimoniales.

(39) CNE: “Novello, Rafael Víctor - apoderado de la Unión Cívica Radical y otros s/impugnan candidatura adiputado nacional” (Expte. N° 4638/09), 01-06-2009. La Ley Online AR/JUR/11091/2009. En BIANCHI, Alberto B., “La jurisprudencia de la Corte Suprema en 2012”, en La Ley Sup. Esp. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2013 (abril), 16/04/2013, p. 1 y ss.

(40) Rafael Víctor Novello, N. 135.XLV y N. 137.XLV, 14-08-2012. En BIANCHI, Alberto B., “La jurisprudencia de la Corte Suprema en 2012”, en La Ley Sup. Esp. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2013 (abril), 16/04/2013, p. 1 y ss.

(41) BIANCHI, Alberto B., “La jurisprudencia de la Corte Suprema en 2012”, en La Ley Sup. Esp. Análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema 2013 (abril), 16/04/2013, p. 1 y ss.

ahí que, para remediar esta situación frustratoria del rol que debe poseer todo Tribunal al que se le ha encomendado la función de garante supremo de los derechos humanos, corresponde establecer que resultan justiciables aquellos casos susceptibles de repetición, pero que escaparían a su revisión por circunstancias análogas a las antes mencionadas”.

Dado que tal como ha sido planteado por la Corte parecería que los disímiles argumentos empleados para uno y otro supuesto podrían invertirse sin que ello suscitara contrasentido alguno, surge con claridad que la declaración o no de inoficiosidad es meramente arbitraria.

B) Las “exhortaciones imperativas” de la Corte y las posibles sanciones para quienes osen desoirlas.

Las resoluciones cuestionadas inicialmente en esta causa por la accionante fueron producto de las repercusiones del fallo “F., A. L.” y su impacto en los órganos de gobierno provinciales y municipales que “se doblegaron servilmente ante los improcedentes mandatos de la Corte y sancionaron normas locales violatorias del régimen constitucional que rige en la Argentina”. (42) Atrás en el camino, vapuleados y pisoteados, quedaron un cúmulo de principios jurídicos universales: las resoluciones judiciales sólo obligan a las partes, la división de poderes y la consecuente carencia de fuerza imperativa de los mandatos que genéricamente la Corte pretenda impartir a los órganos de los demás poderes, la supremacía constitucional, el superior interés del niño, la igualdad ante la ley y la no discriminación, la legalidad, la dignidad de las personas, *pro homine*, entre otros.

Y qué decir de la pretensión de ordenar a los jueces locales que resuelvan sus causas aceptando la interpretación de la Corte sobre una norma de derecho común, vulnerando así lo dispuesto en el art. 75, inc. 12 de la C.N. (43).

Qué acertadas fueron las apreciaciones de quienes calificaron las recordadas exhortaciones del Máximo Tribunal como verdaderas intimaciones, bajo el asombro que despertaba el hecho de que en un país donde todo es judicializado, “sea la

vida humana por nacer la que suscite el rayo fulminante de la cólera del más Alto Tribunal” (44). De allí se derivan las consecuencias disciplinarias que en el caso en análisis la Corte consideró podrían corresponder a la accionante y su letrado patrocinante así como también a la juez a cargo del juzgado nacional en lo civil (45). ¿No es esto acaso “violencia institucional”?

Como también se ha apuntado, tamaña intimación —o exhortación imperativa— resulta especialmente repugnante en el caso del art. 86, inc. 2 del C.P. ya que, al haberlo extendido la Corte a todo tipo de violación, facilitó la impunidad del supuesto violador condenando a muerte a quien resulta inocente de la transgresión cometida en perjuicio de su madre (46).

Por su parte, el tribunal de alzada cordobés que en el nuevo caso “Portal de Belén” (47) declaró inconstitucional al protocolo de abortos no punibles provincial, aclaró que no se ajustaría a las indicaciones dadas por la Corte a partir del considerando 18 en el fallo “F., A. L.” porque el Máximo Tribunal, de tal modo, en lugar de ejercer su potestad jurisdiccional para resolver las cuestiones sometidas a su decisión, desplegó una función de divulgación y esclarecimiento, y las sentencias de la Corte sólo son vinculantes en la causa para la que fueron dictadas, habiendo además la propia Corte sostenido que sus fallos carecen de fuerza vinculante para los tribunales locales en materia de Derecho Público local (48).

C) Los incs. 1 y 2 del art. 86 del C.P., antes y después de la reforma constitucional de 1994.

Las excusas absolutorias incluidas en el art. 86 del C.P. (49), al no ser causales de justifica-

(44) PADILLA, Norberto, “En la senda de Roe vs. Wade”, en *El Derecho*, 22/05/2012.

(45) Considerandos 5 y 6.

(46) RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto)”, en *La Ley*, 2013-C, 717.

(47) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba ~ 2013-05-21 ~ Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba.

(48) SAMBRIZZI, Eduardo A., “Inconstitucionalidad de la guía de procedimientos de abortos no punibles de la Provincia de Córdoba”, en *La Ley Córdoba LLC*, 2013 (julio), 593.

(49) Igual que las del art. 185 C.P. que declara exentos de pena los hurtos, defraudaciones y daños entre determinados parientes.

(42) RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto)”, en *La Ley*, 2013-C, 717.

(43) RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto)”, en *La Ley*, 2013-C, 717.

ción (50) sino sólo de exención de pena, no tienen el efecto de borrar la antijuridicidad de la conducta. Por ello es un escándalo jurídico pretender reglamentar estas causales de no punibilidad, es decir, acciones antijurídicas que por equivocadas razones de política criminal el Congreso declaró impunes en el Código aprobado en 1921.

Tampoco es menos perturbador pretender liberar a los jueces del deber de examinar en cada caso concreto la procedencia de la excusa absolutoria ya que de ella no se deriva ningún derecho. La norma que establece la no punibilidad de un delito no autoriza a cometerlo puesto que el hecho de que carezca de pena no significa que no continúe siendo delito. (51) Por la misma naturaleza de las excusas absolutorias, la sujeción de su invocación queda inescindiblemente unida al contralor de los jueces penales. (52) El objeto de todas las causales del art. 86 es impedir la prosecución penal luego de constatada la comisión de un aborto provocado, en cuyo caso “será el juez interviniente quien decidirá su operatividad, según se verifique o no el supuesto de hecho correspondiente”. (53)

Aún antes de la reforma de 1994 el art. 86 del Código Penal fue declarado inconstitucional. (54)

(50) Como algunas de las del art. 34 C.P.

(51) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba ~ 2013-05-21 ~ Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba.

(52) PADILLA, Norberto, “En la senda de Roe vs. Wade”, en *El Derecho*, 22/05/2012.

(53) MAHIQUES, Carlos A. y GRASSI, Adrián P., “El fallo F.A.L. de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre la *lex* y el *ius*”, *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, Julio 2012, 7, Abeledo Perrot, p. 1166. Citado por RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto)”, en *La Ley*, 2013-C, 717.

(54) BIDART CAMPOS, Germán, al comentar el fallo de un juez de Instrucción que declaró inconstitucional el art. 86 inc. 2º del Código Penal, coincidió con el sentenciante en que dicha norma vulneraba, en primer término, el derecho a la vida y, en segundo lugar, el derecho a la igualdad entre todas las personas concebidas. Reiteró su posición en “Notas de actualidad constitucional”, *El Derecho*, tomo 104, p. 1024: “el aborto -aún el terapéutico- es inconstitucional porque, fuera del extremo de la legítima defensa, no se puede privar a nadie de la vida, aún incipiente, porque la vida es un bien y es un derecho que la Constitución protege”. Citado por RODRÍGUEZ VARELA, Alberto, “Un grave error hermenéutico (El fallo de la Corte Suprema sobre aborto)”, en *La Ley*, 2013-C, 717.

D) La inconstitucionalidad de los Protocolos de Abortos No Punibles testimoniada por la sentencia de un brioso tribunal cordobés.

La Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Tercera Nominación de la ciudad de Córdoba, en fecha 21/05/2013, declaró por unanimidad la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Resolución del Ministerio de Salud Nro. 93 del 30/03/2012 de esa Provincia y su Anexo I, denominada “Guía de Procedimientos para la Atención de Pacientes que Soliciten Prácticas de Aborto No Punible, según lo establecido en el artículo 86 incisos 1º y 2º del Código Penal de la Nación”, ordenando al Gobierno de la Provincia de Córdoba que se abstuviera de aplicarla, en tanto que rechazó el pedido de inconstitucionalidad de los dos incisos del artículo 86 del Código Penal, lo que también fue demandado mediante una ampliación de la acción original (55).

La sentencia de primera instancia había declarado la inconstitucionalidad de la Guía pero sólo en cuanto preveía como único requisito para acceder al aborto en caso de violación la declaración jurada de la solicitante, en tanto que había ordenado exhortar a las autoridades provinciales para que establecieran un nuevo procedimiento tendiente a verificar adecuadamente, con intervención de un equipo interdisciplinario, que el niño que se pretendiera abortar había sido efectivamente concebido como consecuencia de una violación (56).

El tribunal valoró que no le era dable al Estado provincial concurrir en auxilio de quien quiera atentar contra la vida de un niño por cuanto, en tal supuesto, incumpliría con el mandato establecido en la constitución provincial de respetar y proteger la inviolabilidad de esa vida desde la concepción, al tiempo que consideró que el Poder Ejecutivo local se había excedido en sus atribu-

(55) Cámara 3ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Córdoba ~ 2013-05-21 ~ Portal de Belén Asociación Civil c. Superior Gobierno de la Provincia de Córdoba, comentado por SAMBRIZZI, Eduardo A., “Inconstitucionalidad de la guía de procedimientos de abortos no punibles de la Provincia de Córdoba”, en *La Ley Córdoba LLC*, 2013 (julio), 593.

(56) SAMBRIZZI, Eduardo A., “Inconstitucionalidad de la guía de procedimientos de abortos no punibles de la Provincia de Córdoba”, en *La Ley Córdoba LLC*, 2013 (julio), 593.

ciones además de haber desatendido el interés superior del niño como condición primordial. (57)

IV. Los nuevos escenarios de la disputa pro vida - pro aborto.

A) *El incuestionable reconocimiento de la personalidad.*

Los argumentos de tinte abortista vinculados a la deshumanización y despersonalización del niño por nacer han perdido vigencia. Así lo ha reconocido una de las líderes del movimiento abortista *Catholics for free choice*: “El feto es más visible que nunca y el movimiento por el derecho al aborto tiene que aceptar su existencia y su valor. Podemos considerar que no tiene derecho a la vida ni el mismo valor que el de la mujer embarazada, pero terminar con la vida de un feto no es un suceso moralmente insignificante” (58).

La actualidad del conflicto se ciñe hoy al contrapeso de los derechos de la mujer —sexuales, salud reproductiva, autonomía procreativa, dignidad, igualdad y no discriminación, entre otros— frente al derecho a la vida del niño en gestación —que deberíamos explicitar enunciando todos los derechos humanos reconocidos en general, y en especial a los niños, desde la concepción, dado que la vida es fundamento y condición de su ejercicio—.

B) *Panorama sucinto del marco jurídico en América Latina y el Caribe.*

En América Latina y el Caribe el marco jurídico del aborto es restrictivo. Chile y Nicaragua lo prohíben sin excepción aunque este último lo permitía por razones terapéuticas hasta 2007. La regulación ecuatoriana es igual a la nuestra en su interpretación restrictiva del art. 86 del C.P. Brasil y Panamá lo contemplan en casos de malformaciones congénitas. Belice y Bolivia permiten interrumpir un embarazo para proteger la salud de la mujer. En la mayor parte de la región el aborto no es punible cuando la vida de la mujer corre

peligro —en 10 países, entre ellos Guatemala y Haití, es la única causal aprobada— (59).

En Uruguay y San Vicente y las Granadinas existe la causal de motivos socioeconómicos. El aborto sin restricciones solo está legalizado en ocho países, Cuba y Puerto Rico entre ellos (60).

En la capital de México, la despenalización del aborto durante las primeras doce semanas de gestación (abril de 2007) fue resultado de dos reformas legislativas previas. La primera ocurrió en el año 2000, al firmarse una iniciativa para legalizar el aborto en casos de malformación congénita o cuando el embarazo constituyera un riesgo para la vida de la mujer, y la segunda en 2003, cuando la Asamblea Legislativa del Distrito Federal aprobó reformas al Código Penal —permitiendo a las mujeres acceder a servicios de aborto legal bajo una gama más amplia de causales legales— y modificó la Ley de Salud para el Distrito Federal. Con base en estos cambios, la Secretaría de Salud del gobierno del Distrito Federal (SSDF) aprobó y publicó los lineamientos para regular la prestación de servicios de aborto legal en instituciones públicas y privadas del Distrito Federal (DF) (61).

C) *El replanteo del conflicto y algunas novedosas estrategias para la defensa de la vida.*

Se ha planteado que la respuesta a la pregunta sobre si se puede garantizar la igualdad de la mujer sin acceso al aborto legal se ubica en el centro del debate. Últimamente, quienes postulan activamente la defensa de la vida del niño en gestación han popularizado sus reclamos enfocados en que el aborto provoca más daño que beneficios a la mujer, enrolándose en una postura pro mujer

(59) DÍAZ-OLAVARRIETA, C.; CRAVIOTO, V.M.; VILLALOBOS, A., DEEB-SOSSA, N.; GARCÍA, L.; GARCÍA, S.G.; “El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: experiencias del personal de salud”, Rev. Panam Salud Pública, 2012; 32(6), pp. 399-404.

(60) DÍAZ-OLAVARRIETA, C.; CRAVIOTO, V.M.; VILLALOBOS, A., DEEB-SOSSA, N.; GARCÍA, L.; GARCÍA, S.G.; “El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: experiencias del personal de salud”, Rev. Panam Salud Pública, 2012; 32(6), pp. 399-404.

(61) DÍAZ-OLAVARRIETA, C.; CRAVIOTO, V.M.; VILLALOBOS, A., DEEB-SOSSA, N.; GARCÍA, L.; GARCÍA, S.G.; “El Programa de Interrupción Legal del Embarazo en la Ciudad de México: experiencias del personal de salud”, Rev. Panam Salud Pública, 2012; 32(6), pp. 399-404.

(57) SAMBRIZZI, Eduardo A., “Inconstitucionalidad de la guía de procedimientos de abortos no punibles de la Provincia de Córdoba”, en La Ley Córdoba LLC, 2013 (julio), 593.

(58) KISSLING, Frances, “El derecho al aborto está bajo amenaza y los que defienden el derecho a elegir están estancados en el tiempo”, The Washington Post, 18/02/ 2011. Citado en ANZOÁTEGUI, Javier, “Muerte de una persona inocente”, en La Ley, 2013-A, 542.

en un intento por desvirtuar la tradicional pugna de intereses y demostrar que lo que es beneficioso para el niño —continuar con el embarazo hasta el nacimiento— también lo es para la mujer. El más conocido de estos argumentos es el de la protección de la mujer tal como fue aprobado en “Gonzales v. Carhart” (62) mediante el cual se justificaron las restricciones al aborto sobre la base de los daños físicos y psicológicos que el procedimiento abortivo provoca a la mujer (63).

Por su parte, en el año 2011 Carolina del Norte aprobó la *Woman's Right to Know Act* cuya finalidad es asegurar que cada mujer que se encuentre en situación de decidir si interrumpirá o no su embarazo tenga toda la información y el tiempo necesarios para tomar una decisión completamente informada (64).

La *Woman's Right to Know Act* incluye la provisión de información sobre los posibles riesgos del aborto para la mujer así como la necesidad de que se muestre a la mujer un ultrasonido 24 hs. antes de practicarse el procedimiento abortivo.

Este recaudo ecográfico previo resultó ser sumamente eficaz en la reducción de las tasas de

abortos. En una reciente investigación se concluyó que las posibilidades de que una mujer se practicara un aborto en un estado que requería legalmente el ultrasonido era sólo del 25% frente a las mujeres que vivían en estados sin ese tipo de legislación. El estudio demostró que las leyes que requerían ultrasonidos tenían efectos significativos sobre la decisión de la mujer (65).

V. Corolario

En torno a la forzada pretensa legitimación del aborto para los supuestos exentos de punición, nos encontramos en medio de una maraña de falacias, incongruencias, interpretaciones irracionales incapaces de superar los tests de constitucionalidad y convencionalidad que no hacen más que generar estupor entre los profesionales del derecho y desconcierto en la ciudadanía. El descrédito que fallos de esta naturaleza le ha costado a nuestro máximo tribunal será difícil de superar, la travesía debe afrontarse con firmeza y respeto por la norma constitucional, pero especialmente revalorizando aquel derecho que alguna vez la Corte describiera como “preexistente a todo derecho positivo”: el derecho de todos y todas, desde la concepción, durante la gestación, la infancia, la adultez, la vejez y hasta la muerte natural, a la vida. ♦

(62) 550 U.S. at 124.

(63) ZIEGLER, Mary, “Women's Rights on the Right: The History and Stakes of Modern Pro-Life Feminism”, *Berkeley Journal of Gender, Law & Justice*, pp. 232-268.

(64) “Woman's Right to Know Act: A Legislative History”, *Issues in Law & Medicine*, Volume 28, Number 1, 2012.

(65) GIUS, Mark, “The Impact of Ultrasound Laws on the Demand for Abortions by Young Women”, 12(5) *J. Applied Bus. & Econ.* 54, 62 (2011).

Noticias de Bioética

Sumario: 1. Con menos medios, la eficiencia es una exigencia ética y legal.— 2. El Gobierno catalán coordinará la atención sanitaria y social a enfermos crónicos.— 3. “Se necesitan comisiones de deontología proactivas”. Rogelio Altisent.— 4. Padres e Hijos / mayores: El impagable papel de la mujer en casos de dependencia.— 5. El trasplante de riñón cruzado despega en España.— 6. Restringir el acceso a la Historia Clínica está en manos del médico.— 7. Bélgica se dispone a ampliar la eutanasia a los menores de edad.— 8. Polémica en Holanda por la muerte asistida de una ciega.— 9. EE.UU.: los pediatras piden que la religión no influya en las decisiones médicas.— 10. El contexto de los organismos internacionales.

1. Con menos medios, la eficiencia es una exigencia ética y legal

Cinco abogados expertos en Derecho Sanitario ya analizaron para Diario Médico en qué medida las profundas reformas sanitarias han cambiado los derechos de los usuarios en sus reclamaciones.

Diario Médico, S. Valle. Madrid | 02/09/2013

Cinco abogados expertos en Derecho Sanitario, acostumbrados a batirse el cobre en tribunales defendiendo las intervenciones médicas, en unos casos, y el derecho de los pacientes a ser compensados por una actuación sanitaria, en otros, ya analizaron para Diario Médico en qué medida las profundas reformas sanitarias han cambiado los derechos de los usuarios en sus reclamaciones o las obligaciones de los médicos con sus pacientes. En definitiva, hablaron de recortes, recursos y derechos en sintonía con lo que ahora plantea el Comité de Bioética catalán.

Los letrados Ricardo de Lorenzo, Javier Moreno Alemán, Juan Siso, junto con los abogados de la Asociación de Víctimas de Negligencias Sanitarias (Avinesa) Rubén Darío Delgado y Rafael Martín Bueno, recordaron que la exigencia por la que responde el médico sigue siendo de medios. Si bien, De Lorenzo, presidente de la Asociación Española de Derecho Sanitario, matizó que “las posibilidades que tiene un sistema sanitario de atender [a sus usuarios] no son siempre las mis-

mas”, pues, entre otras cuestiones, se encuentra condicionado por la situación económica.

El abogado señaló “el papel crucial que juega, en estos momentos, la correcta aplicación de la *lex artis* del profesional, que debe adaptarse a la coyuntura”. En definitiva, apuntó la obligación del facultativo de utilizar con eficiencia “unos recursos suficientes, en una circunstancias concretas, legales y económicas”.

A estos cambios de circunstancias, según el socio del despacho Asjusa-Letramed Javier Moreno Alemán, “los tribunales no son insensibles”.

Obligados a priorizar

La obligación de ser eficientes está relacionada con el concepto bioético de justicia distributiva, al que hace referencia Juan Siso, profesor de Derecho Sanitario en la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, cuando señaló que sólo así será posible que “los medios lleguen al mayor número de usuarios y pacientes”.

Aunque el objetivo de tener un sistema sanitario eficiente no puede recaer sólo en el médico, el último eslabón, según acuerdan la mayoría de los letrados, el abogado Rubén Darío Delgado opinó que se deberían exigir responsabilidades administrativas por el derroche. Delgado recordó que “con un comportamiento ineficiente no sólo se perjudica a un paciente sino al conjunto de los administrados al derrochar recursos escasos que son propiedad de la sociedad”.

2. El Gobierno catalán coordinará la atención sanitaria y social a enfermos crónicos

El Gobierno catalán ha aprobado hoy el Plan interdepartamental de interacción de los servicios sanitarios y sociales.

Diario Médico, Redacción. Barcelona | 03/09/2013

El Gobierno catalán ha aprobado hoy el Plan interdepartamental de interacción de los servicios sanitarios y sociales, que reforzará la acción conjunta de los departamentos de Salud y de Bienestar Social y Familia en el tratamiento de las enfermedades, especialmente las crónicas.

Con el nuevo plan se optimizarán los recursos y las capacidades conjuntas y se elaborarán protocolos asistenciales comunes para atender las necesidades de atención especializada, continuidad asistencial y de servicios sociales de los enfermos. Además, se desarrollará un modelo de atención integral sanitaria y social a las personas con problemas de salud mental.

El Plan interdepartamental de interacción de servicios sanitarios y sociales no generará gastos derivados de su ejecución puesto que no requiere recursos adicionales; se llevará a cabo mediante la reordenación de recursos económicos ya existentes. Por otra parte, el Plan se desarrollará bajo los criterios de participación, transparencia y evaluación de resultados.

En Cataluña, el 74 por ciento de la población adulta manifiesta tener una enfermedad crónica. Concretamente, el 52 por ciento de las personas entre 15 y 24 años tienen una enfermedad crónica, y el porcentaje aumenta hasta el 96 por ciento en mayores de 65 años.

3. “Se necesitan comisiones de deontología proactivas”. Rogelio Altisent

El director del curso de Bioética que empieza hoy en Zaragoza, Rogelio Altisent, reconoce que la ética médica está viviendo una época dorada.

Diario Médico. Soledad Valle. Madrid | 06/09/2013

Rogelio Altisent batalla porque la deontología médica ocupe el lugar que le corresponde en

la formación de Medicina. Recuerda que hace veinte años “era impensable que alguien, en un foro público, hablara sobre la ética médica en la relación con la industria farmacéutica”. Pero esto ha cambiado mucho. En los últimos 10 años, según el profesor de Bioética de la Universidad de Zaragoza, se está viviendo el mayor desarrollo de esta disciplina tanto desde el punto de vista académico como desde la práctica médica: “Estamos en una época dorada de la Deontología”.

Un ejemplo es el Curso de Verano de Enseñanza e Investigación en Bioética, “que nació hace ocho años con la preocupación de formar en ética al médico, y ya va por su octava edición. Esto, en los tiempos que corren, no está mal”, apunta Altisent, director del programa.

El curso se celebra hoy y mañana en el Colegio de Médicos de Zaragoza, con un formato de mesas de debate en el que participan expertos. Una de las discusiones propuestas trata sobre el futuro de las comisiones deontológicas de los colegios profesionales. El debate, según reconoce el experto, estaba planteado antes de que se conociera el borrador del anteproyecto de ley de colegios y servicios profesionales que apunta a que las comisiones deontológicas sean más independientes de las juntas directivas de los colegios.

Altisent admite que la discusión está dentro de los colegios, pero rechaza posicionarse, porque asegura que es un tema de mucha complejidad. “Por un lado está la tesis de los que defienden que quien gobierna el colegio es la junta directiva, a todos los efectos. Luego, aquellos que afirman que los dictámenes de la comisión deontológica deben ser respetados por la junta y, por último, la postura de quienes defienden que las deontológicas deberían actuar de oficio y no esperar a que la dirección del colegio le ordene cuándo y sobre qué casos debe pronunciarse”.

Apunta, además, que “los colegiados que forman las juntas directivas se someten a una votación y, por tanto, su actuación cuenta con la legitimidad que surge de las urnas, mientras los miembros de las comisiones no cuentan con ese respaldo”.

En todo caso, Altisent admite que la sociedad está demandando a estas comisiones que sean más proactivas, porque, recuerda que “una de

las funciones fundamentales de cualquier colegio profesional, sino la primera, es velar por la Deontología de la profesión". Aun así, se muestra muy positivo al valorar el avance que en los últimos años han tenido las deontológicas, "de las que hace sólo veinte años, nadie hablaba". Así, en este contexto de mayor desarrollo de la ética, admite que es normal que se debata sobre los límites de independencia de sus decisiones.

Colegio de Vizcaya

Otro reto de estas comisiones es el de la formación. El profesor pone como ejemplo el Colegio de Vizcaya donde, asegura, hay una gran preocupación por estas cuestiones. Por ello son varios médicos de esta entidad los que participarán mañana en la mesa de debate del curso dedicado a las comisiones de deontología.

Desde su aula en la facultad de Medicina, asegura que los estudiantes se interesan más por la ética, la deontología y la bioética, y "es muy llamativa la receptividad de los alumnos, aunque aún hay un déficit de formación y queda mucho por hacer". La primera lección es ubicar la disciplina: "La Deontología se sitúa entre la ética personal y el Derecho".

4. Padres e Hijos / mayores: El impagable papel de la mujer en casos de dependencia

ABC, Día 03/10/2013 - 02.54h

En España hay más de dos millones de personas dependientes y cerca de 300.000 permanecen en lista de espera para poder acceder a ayudas del Estado. Ante este panorama, la figura de la familia cobra una relevancia cada vez mayor por el papel que juega en el cuidado de estos enfermos, máxime si, además, son mayores.

Y si hay una protagonista a la cabeza de estos cuidados es, sin duda, la mujer ya que en el 89% de los casos son ellas las que asumen toda la responsabilidad. Y ante este compromiso aparecen numerosas dudas que pueden provocar angustia (por no saber si le estará moviendo bien, si es la comida adecuada o si le ha administrado bien la medicación), conflictos (entre los familiares a la hora de establecer horarios para permanecer con el enfermo o al hacer entender cómo se les debe cuidar) o incompreensión (el entorno muchas

veces no sabe asimilar que el cuidador renuncie a separarse del enfermo).

Y en el día a día la mujer puede verse relegada a un papel que la hiciera parecer invisible, ya que en muchos casos ocupan las veinticuatro horas a cuidar de su familiar enfermo y dependiente. Por eso, es necesario que se reconozca su labor y que se les preste ayuda y comprensión. Un error común es pensar que los enfermos y los mayores solo generan gastos a la Administración. Al contrario, gracias a la labor que desempeñan, los familiares están bien atendidos, son tratados con cariño y sufren numerosos gastos.

Los mayores quieren ser escuchados

Para ayudar a que este proceso no sea tan complicado, la Sociedad Española de Geriátrica y Gerontología (SEGG) ha presentado el "Manual de Buena Práctica en Cuidados a las Personas Mayores". Su presidente, el doctor José Antonio López Trigo, asegura que su publicación era muy necesaria porque "el cuidado viene de un día para otro y, al igual que el enfermo, el cuidador tiene que ir asumiéndolo. Lo que necesitan ambos es comprensión ya que su angustia es difícil de expresar porque no se verbaliza. El no saber si estarán cuidando bien de su familiar, tener que dejarle solo, no contar con más apoyos... Muchas veces somos los médicos los que debemos indagar en ello para poder ayudarles".

El libro contempla situaciones con las que los cuidadores se tienen que enfrentar a diario y ante las que pueden llegar a sentirse muy solos. La formación y el criterio para que puedan atender a los enfermos del mejor modo posible resulta vital y con algunos de los consejos que han elaborado expertos y que quedan reflejados de un modo sencillo en el libro, la tarea puede convertirse en algo más sencillo.

Ayer se celebraba en todo el mundo el "Día Internacional de las Personas Mayores". El lema de este año "El futuro que queremos" recogía una demanda que, por habitual, no deja de esconder una realidad, y es que las personas mayores quieren que la sociedad les atienda, sentirse escuchados, y tener derecho a decidir. Sienten la necesidad de que los clichés negativos que acompañan a la vejez desaparezcan para dejar sitio y aportar relevancia a los aspectos positivos que esta etapa comprende.

Sabiduría, experiencia, conocimiento, paciencia, o la representación de todo un abanico de valores como pueden ser el respeto por los demás y el altruismo.

Reconocimiento a la labor de las mujeres

En este sentido, López Trigo —“nos preocupa que se tomen decisiones sin contar con los mayores. Nos pasamos la vida decidiendo por ellos y no se les escucha todo lo que se debería” — ha anunciado un acuerdo entre el IMSERSO y la SEGG para promover la atención de calidad a este colectivo.

“Soy consciente de que recibir ayuda dos veces por semana no resuelve el problema. Por eso, desde el convencimiento de que las instituciones y los profesionales podemos hacer más, con estos acuerdos, estamos avanzando en el apoyo que les queremos dar a estas familias. Por ejemplo, con el portal de servicios de formación en el que se les informará de cómo aplicar los cuidados básicos, apoyo sobre legislación, así como la atención a otras demandas y preocupaciones que puedan surgir”, añadió.

Es una tarea de toda la sociedad que tanto los enfermos como sus cuidadores se sientan apoyados y reconocidos frente a una situación que puede alargarse durante muchos años.

5. El trasplante de riñón cruzado despega en España

El injerto de donante vivo mejora la supervivencia y aligera la lista de espera convencional

El País, Jaime Prats Valencia 8 OCT 2013.

El primer trasplante renal cruzado en España tuvo lugar en 2009. El procedimiento, que consiste en intercambiar donantes entre parejas incompatibles entre sí, era un intento de profundizar en el camino de obtener órganos de donantes vivos, compensar de esta forma la caída de órganos procedentes de cadáver por la reducción de muertes en accidentes de tráfico y reforzar la buena salud del programa de trasplantes español. Desde entonces, ya se han practicado 51 intervenciones de este tipo, 26 de ellas este mismo año, como ha anunciado la Organización Nacional de Trasplantes (ONT), que considera que cuatro años después, ya se puede decir que el programa se ha consolidado.

El trasplante renal de paciente vivo ofrece importantes ventajas respecto al injerto convencional. Aporta una mayor tasa de supervivencia y compensa uno de los grandes problemas actuales: la escasez de donantes jóvenes. Así, el receptor se beneficia de un órgano de mayor calidad y libera una plaza en la lista de espera para que otra persona pueda recibir un órgano de una persona fallecida.

Intercambio de órganos con Italia y Francia

España, Francia e Italia suman casi la mitad de toda la actividad de trasplantes que tiene lugar en Europa. Pero, además, estos países comparten un mismo enfoque: altruismo, voluntariedad, anonimato y control de toda la actividad por parte de los ministerios de sanidad respectivos, es decir, por la Administración pública. Todos estos puntos en común frente a otros modelos del norte de Europa han dado lugar a un acuerdo que ha desembocado en la Alianza de Trasplantes del Sur de Europa integrada por estos tres países a la que, en breve, podrían incorporarse Portugal y Malta.

Uno de los principales objetivos que contempla esta organización consiste en compartir la información de los donantes de riñón que participan en los programas de trasplante cruzado para permitir cadenas internacionales. No es una tarea sencilla, por las complicaciones organizativas que supone. Pero ya se están sentando las primeras bases.

Italia ha adquirido el programa informático que maneja España y se están realizando los primeros ensayos de simulaciones de cara a preparar los primeros casos reales.

“Hay que ir con calma y asegurar bien la coordinación entre países, en estas cuestiones no te puede permitir ningún fallo”, asegura Rafael Matanzan, director de la Organización Nacional de Trasplantes. Tanto él como su homólogo italiano y, actualmente responsable de la Alianza, Sandro Nanni Costa, estiman que a medio plazo, en uno o dos años, se podría producir el primer trasplante cruzado con participantes españoles e italianos. Más adelante, se sumaría Francia.

La situación ideal es aquella en la que la pareja del paciente o un familiar pueda convertirse en donante. Pero no siempre es posible, debido a los problemas de compatibilidad de tejidos y el consiguiente riesgo de rechazo del órgano trasplantado.

Es entonces cuando toma cuerpo la posibilidad de intercambiar la donación, ya sea entre dos parejas en las que existe compatibilidad cruzada, o entre tres o más bandas.

No es sencillo poner en marcha un programa de este tipo. Se necesita un volumen suficiente de parejas dispuestas a participar en estas donaciones cruzadas para facilitar los intercambios. A mayor número de donantes y receptores, mayores probabilidades de éxito a la hora de casar combinaciones de compatibilidad entre ellos. De ahí que los comienzos de la técnica fueran lentos. En 2009 hubo solo dos casos y en 2010 ninguno. Pero con el tiempo, la creciente aceptación por parte de los pacientes y sus familiares, así como de los nefrólogos, inmunólogos y urólogos, este procedimiento ha alcanzado velocidad de crucero. En 2011 fueron siete las intervenciones de este tipo, el año pasado 16 y a lo largo de este año ya se han alcanzado los 26.

En estos momentos (a 1 de septiembre) hay 89 parejas activas en el Registro Nacional de Parejas Donante-Receptor de la ONT, de los 228 pacientes que se han inscrito en algún momento en el registro (que no es excluyente de otros, por lo que si se da la ocasión, pueden ser llamados a recibir un órgano de donante fallecido). Todo ello gracias a los 21 hospitales de 10 comunidades autónomas que participan en el programa de trasplante renal cruzado.

Otra pieza fundamental para gestionar toda esta información es el sistema informático que evalúa las posibles combinaciones entre las parejas registradas. Periódicamente, esta plataforma realiza una evaluación en búsqueda de parejas compatibles en las que se contemplan los cruces simples, los complejos (más de dos parejas) o los trasplantes en los que pudieran intervenir los donantes altruistas conocidos como buenos samaritanos, que, gracias a su generosidad, ceden el riñón que permite iniciar una cadena de trasplantes. En estos momentos, hay tres candidatos a someterse a buen samaritano. Otros tres han hecho posibles otras tantas cadenas hasta la fecha.

“Es un programa muy bonito, que ha solucionado el problema de la insuficiencia renal a 51 familias, pero que también ha potenciado el trasplante de vivo en nuestro país”, destaca Rafael Matesanz, director de la ONT. El año pasado se practicaron en España 361 trasplantes renales de vivo, lo que

representó el 15% del total, la cifra que se fijó de objetivo la Organización Nacional de Trasplantes.

6. Restringir el acceso a la Historia Clínica está en manos del médico

Según los expertos, las posibilidades que tienen las distintas administraciones sanitarias para limitar el acceso a la historia clínica de los pacientes son escasas.

Diario Médico, S. Valle. Madrid | 14/10/2013.

La condena que recibió el Servicio Navarro de Salud por permitir el acceso a la historia clínica de una paciente, de manera indiscriminada, sirvió de punto de partida para el debate con el que arrancó la tercera edición del Diploma de Especialización de Derecho Sanitario y Bioética, de la Escuela Nacional de Sanidad, dirigido por José María Antequera.

David Larios Risco, letrado de la Seguridad Social; Fernando Abellán, abogado y director de Asesores de Derecho Sanitario, y Carmen Estañ, letrada de la Tesorería de la Seguridad Social, han debatido hoy en la sede de la Escuela Nacional de Sanidad sobre los accesos ilegítimos a la historia clínica (HC).

Los expertos han coincidido en que las posibilidades que tienen las distintas administraciones sanitarias para limitar el acceso a la historia clínica de los pacientes son escasas y, por tanto, “se debe apelar a la responsabilidad del profesional sanitario”, para controlar esas consultas.

Los datos sanitarios gozan de una especial protección legal, lo que se traduce en un límite en el acceso a esa información. Los únicos médicos que tienen justificado la consulta son los que tratan al enfermo, es decir, a los que les ampara un interés asistencial, o aquellos que cuentan con la autorización del paciente.

En el caso juzgado por el TSJ de Navarra se registraron 2.825 entradas a la HC de la enferma, realizados por 417 usuarios distintos, integrados en 55 servicios. Estas cifras, sin duda, pesaron en la condena final. El Servicio Navarro de Salud tuvo que indemnizar con 125.000 euros a la familia de la enferma, que falleció.

El médico, a juicio de los abogados, no es consciente del delito que conlleva la violación de la

intimidación de un paciente por las consultas injustificadas a su historia clínica. Uno de los alumnos asistentes al encuentro admitió que en la cotidianidad de un servicio médico es relativamente común compartir claves de acceso, prestar las claves a un colega o, directamente, dejar el ordenador abierto con la contraseña. Ante esta realidad, la receta más repetida fue la de sensibilizar a los profesionales. Sin embargo, las posturas más enconadas apostaban porque la Administración utilice con más empeño la potestad de la que goza para sancionar estas conductas. La apertura de expedientes disciplinarios por violaciones a la intimidad del paciente no es habitual, según los presentes.

Por otro lado, los técnicos, como recoge el fallo del TSJ de Navarra, reconocen que la Administración puede instalar barreras informáticas para impedir consultar las HC cuando no se está autorizado. Pero la puesta en práctica de estos programas “es muy complicada” y, como apuntaron algunos de los presentes, pueden poner el riesgo la vida del enfermo que, por ejemplo, acude a Urgencias, donde le ve un médico que, por respeto a su intimidad, tiene vedada la consulta de sus antecedentes sanitarios.

7. Bélgica se dispone a ampliar la eutanasia a los menores de edad

El consentimiento paterno será un requisito clave. El 74% de la población apoya la medida. El Senado deja para más adelante los casos de alzhéimer.

El País, Lucía Abellán Bruselas 19 OCT 2013.

Bélgica se dispone a abrir un capítulo inédito en la regulación de la eutanasia. Tras casi dos años de debate, el proyecto para extender esa posibilidad a los menores con enfermedades incurables ha entrado en su fase final. La iniciativa belga resulta pionera porque renuncia a establecer un requisito de edad para los menores que se acojan a esta solución extrema. El Senado debate también la aplicación de la eutanasia a enfermos de alzhéimer, aunque esta opción está mucho menos madura.

La práctica supone en el país el 1% de los fallecimientos anuales

Bélgica es uno de los pocos países europeos —junto a Holanda, Luxemburgo y Suiza— que tiene regulada la ayuda a quienes eligen morir porque padecen una enfermedad incurable. La

ley se aplica desde 2002 para adultos que han expresado la voluntad de morir al experimentar un sufrimiento físico o psíquico que no se puede aliviar. Entonces quedaron fuera los menores, pero las reiteradas demandas de los médicos para regular este vacío legal han devuelto la cuestión a las Cortes.

Una práctica de escasa regulación

- Holanda. Los Países Bajos aprobaron la ley de eutanasia en 2001. Su regulación pone las bases para los pocos países que la han sucedido. El paciente debe sufrir una enfermedad incurable y haber manifestado cuando estaba lúcido su voluntad de que un médico le quite la vida con una combinación de medicamentos. Incluye a enfermos psiquiátricos y a menores a partir de los 16 años, involucrando a los padres en la decisión. Entre los 12 y los 16 los menores pueden solicitarla, pero es necesario el consentimiento paterno. En el caso de bebés, existe un protocolo que obliga a confirmar que el recién nacido está sentenciado a morir y con grandes dolores.

- Bélgica. Aprobó su ley en 2002, en paralelo a una promoción de los cuidados paliativos. Los requisitos son muy similares a los holandeses, pero incluye el suicidio asistido por un médico. No se aplica a menores.

- Luxemburgo. Tiene ley desde 2008.

- Suiza. La legislación helvética no permite la eutanasia, pero no prohíbe el suicidio asistido. La diferencia es que el médico solo puede facilitar los fármacos, pero no suministrarlos. Es el propio paciente el que debe tomarlos por sus medios, lo que excluye a incapacitados o personas inconscientes y en coma.

- España. Ni la eutanasia ni el suicidio asistido son legales. Sí se permite la sedación terminal: dar medicación para calmar dolores insufribles aun a costa de que acorten la vida.

- Colombia. El Constitucional sentenció en 1998 que la eutanasia es un derecho fundamental, pero las leyes no lo recogen.

El interés belga por la eutanasia y el alto grado de aprobación que suscita en todo el país han permitido abordar abiertamente un asunto tan espinoso como el fin planificado de la vida de un

menor. El senador socialista Philippe Mahoux, uno de los principales impulsores de los cambios y cirujano de formación, defiende la necesidad de hablar de ello sin prejuicios: “Lo que es violento no es hablar de practicar la eutanasia, sino de que haya niños con enfermedades incurables, que sufran un dolor irremediable”.

La mayor parte de la población respalda esta visión. Un 74% de los belgas son favorables a esa extensión a los menores, según un reciente sondeo publicado por el diario *La Libre Belgique*. El porcentaje subía al 79% para el caso de los enfermos de alzhéimer. La expectación suscitada ante este asunto llevó a televisar las numerosas comparecencias de expertos que ha habido en el Senado, el órgano con iniciativa legislativa en Bélgica.

Uno de los elementos que más debate ha suscitado es el relativo a la edad del menor. Frente al modelo holandés, que deja la decisión en manos del menor entre 16 y 18 años y exige el consentimiento paterno para casos entre los 12 y los 16, el legislador belga ha preferido no fijar límites. La condición será que tengan “capacidad de discernimiento”, un criterio que, además del médico que se enfrente a un caso de ese tipo, deberá evaluar un psiquiatra infantil. En la actualidad, los menores emancipados (a partir de 15 años) ya pueden someterse a una eutanasia sin permiso paterno.

“Soy totalmente favorable a esta opción con las garantías que se han establecido y siempre que exista consentimiento paterno”, explica Bernard de Vos, delegado general de los derechos del niño en la región francófona del país. Jacqueline Herremans, presidenta de la Asociación por el Derecho a Morir Dignamente, abunda en lo acertado de no fijar una edad, pues “hay niños que tienen una madurez terriblemente impresionante tras vivir esas experiencias”.

“Cambia la filosofía porque han de dar el sí varias personas”, critica un opositor

El apoyo de casi todos los expertos que han intervenido en el debate público invita a pensar que el Senado votará este dossier antes del fin de la legislatura, para las elecciones generales de mayo. De momento, solo dos formaciones se oponen: la extrema derecha (el *Vlaams Belang*) y los democristianos de la *CdH*. Los senadores de ambos grupos representan el 11% de la Cámara.

Francis Delpérée, líder de los democristianos, explica con precisión sus reticencias a esa idea. Lejos de criterios ideológicos —Delpérée aclara que está de acuerdo con la ley de la eutanasia—, su objeción alude a que incluir en estos supuestos a los menores implica transgredir un elemento fundamental de la norma, que se basa en la voluntad de una sola persona, el enfermo. “Al concurrir personas suplementarias, los padres del menor en este caso, cambia completamente la filosofía”, razona. Este político considera suficientes las alternativas que ya existen: aplicar cuidados paliativos o sedaciones aceleradas, entre otros.

La importancia que Bélgica otorga a este asunto no deriva tanto del número de casos registrados como de su crudeza y de la necesidad que sienten los médicos de contar con un respaldo a una práctica que en muchas ocasiones se practica bordeando los límites de la ley. Cada año se registran algo más de 1.000 eutanasias, el 1% del total de muertes, según datos oficiales, que muestran un importante aumento en los últimos años. Aunque no existen cifras relativas a menores, uno de los estudios presentados ante el Senado revela que, en un 40% de las muertes de menores por una enfermedad incurable, los médicos tomaron alguna decisión de interrupción del tratamiento que mantenía al menor con vida.

Si la eutanasia infantil tiene muchas probabilidades de salir adelante en los próximos meses, trasladar esa posibilidad a quienes sufren de alzhéimer parece más lejano. Hasta ahora, el enfermo debe estar consciente al tomar la decisión o haber firmado un consentimiento previo que tiene una duración de cinco años. El senador Mahoux admite que el marco legal es insuficiente, pero no cree que aún exista el acuerdo necesario para cambiarlo.

8. Polémica en Holanda por la muerte asistida de una ciega

Una mujer de 70 años alegó sufrimiento psíquico en 2012 para solicitar la eutanasia. La anciana era viuda, vivía sola y había intentado suicidarse en varias ocasiones

El País, Isabel Ferrer La Haya 19 OCT 2013

Una mujer ciega, de 70 años, recurrió en 2012 a la Clínica para Morir holandesa (*Levensindeklinik*), la primera institución privada de su clase

en el país, para que le practicaran la eutanasia. El caso, conocido ahora, ha reavivado el debate sobre la ayuda al suicidio para personas que consideran insuportable su sufrimiento psíquico, pero no están desahuciadas por una enfermedad física con dolores inaguantables. La anciana en cuestión era viuda, vivía sola y había intentado quitarse la vida en varias ocasiones. “Su obsesión por la limpieza contribuía a su desespero, al no poder ver las manchas de su ropa”, ha dicho la geriatra Lia Bruin, que la trató en nombre de la clínica. El fallecimiento se ha hecho público con las últimas cifras sobre las eutanasias practicadas en 2012: aumentaron un 13% hasta sumar 4.188. El Centro para el Tratamiento Integral del Cáncer, por su parte, ha alertado de la poca calidad de los cuidados paliativos dispensados a escala nacional.

La eutanasia está regulada en Holanda por una ley de 2002 e impone penas de hasta 12 años de cárcel. Solo puede aplicarse si el paciente está lúcido y seguro al pedirla, su enfermedad es mortal y su dolor insufrible, y el médico consulta con un colega antes de actuar. La situación de la invidente no cumple, en principio, la norma establecida y la propia Clínica para Morir la ha calificado de “excepción”. El centro admite en especial a pacientes con problemas mentales, cuyos médicos de cabecera declinan aplicar la eutanasia. La norma no les excluye, pero el padecimiento psíquico es difícil de medir y no debe derivarse de una dolencia física. Con la demencia, la Ley de Eutanasia exige también que la petición se produzca voluntariamente antes de caer en ella. “No he visto a nadie tomarse con tal ansia una bebida tan desagradable”, ha señalado la geriatra Bruin, al explicar que la paciente ciega deseaba morir desde hacía ocho años y no quería acabar en un asilo.

Si bien al principio tuvo dudas, el dolor moral de la mujer le convenció. Un psiquiatra comprobó más adelante que no tenía depresión y la ayudaron a cumplir sus deseos. Falleció en su domicilio y en compañía de sus hijos. “Lo inhumano es el suicidio. Este caso ha sido estudiado y dado por válido por las cinco comisiones regionales encargadas de comprobar las eutanasias en el país”, ha señalado la clínica. La Asociación de Ciegos holandesa no está tan segura de la solidez de sus argumentos. Su secretario, Rob van Vliet, ha calificado de “simplista” el hecho de que se hable de desear la muerte por culpa de la ceguera. En el país hay 60.000 ciegos censados, pero, en su opinión, la clínica no

ha entendido lo que significa estar sin vista. “No le hace feliz a nadie, pero debió haber algo más, no solo el hecho de ser invidente”, ha apuntado.

Abierta en marzo de 2012, la clínica ha recibido desde entonces 1.100 peticiones de eutanasia, de las cuales ha atendido 200. Tiene lista de espera y los pacientes aguardan hasta cuatro meses para ver cumplidos sus deseos. El centro carece de habitaciones, pero cuenta con equipos móviles que acuden a las casas. En conjunto, está formado por 30 médicos —que querían ampliar a 50— y 20 enfermeras. En la medicina pública, la eutanasia es practicada de forma gratuita por los médicos de cabecera que estén de acuerdo. La Clínica para Morir tampoco cobra, y de ahí que disponga de fondos solo hasta mediados de 2014. A pesar de la seriedad con que asegura trabajar, la Federación Médica Nacional no ha cambiado su postura ante los casos de demencia. Es contraria a la eutanasia cuando el paciente sea incapaz de comunicarse.

9. EE.UU.: los pediatras piden que la religión no influya en las decisiones médicas

Profesionales del Comité de Bioética de la Academia Americana de Pediatría tienen libertad para tomar medidas cuando las creencias religiosas de los padres impidan a sus hijos recibir la atención sanitaria que necesitan.

Diario Médico, Redacción. Madrid | 29/10/2013

El Comité de Bioética de la Academia Americana de Pediatría ha defendido la necesidad de que estos profesionales tengan libertad para tomar medidas cuando las creencias religiosas de los padres impidan a sus hijos recibir la atención sanitaria que necesitan.

Así lo aseguran en un artículo publicado en la revista *Pediatrics*, en el que también piden poder considerar a los padres responsables de una negligencia si su negativa a dar un tratamiento a sus hijos tiene consecuencias para su salud.

“Creo que es importante que todos los niños reciban una atención médica adecuada y que los fondos estatales se utilicen para las terapias establecidas que han demostrado su eficacia”, ha señalado Armand Antommara, responsable del Centro de Ética del Hospital Infantil de Cincinnati, en Ohio, y uno de los autores de la declaración. La reivindicación de los pediatras se produce porque

existen padres que se niegan a que sus hijos reciban determinados cuidados médicos por motivos religiosos, como sucede con los testigos de Jehová.

10. El contexto de los organismos internacionales

En primer lugar, el contexto internacional se asoma con una agenda marcada por reuniones mundiales y regionales.

El 11 de febrero de 2014 la Asamblea Nacional de la ONU dedicará una sesión plenaria a la celebración del *vigésimo aniversario del Año Internacional de la Familia*, a fin de examinar el papel de las políticas sobre la familia durante la elaboración de la agenda de desarrollo después de 2015. La consideración del reconocimiento y la promoción de *'otros tipos de familias'* estará presente en el debate del documento que se emita luego de esa sesión.

En marzo de 2014 se reunirá la Comisión sobre el Status de la Mujer, en donde se está definiendo la estrategia para la reunión de *Beijing + 20*, a realizarse en *marzo de 2015* en la sede de la ONU en Nueva York. Durante esa reunión, las delegaciones oficiales de todos los Estados signatarios del documento de Beijing (1995) rinden cuentas ante la ONU sobre los avances y retrocesos en cada país con respecto a las metas allí declamadas. En la última revisión quinquenal (Beijing + 15), llevada a cabo en marzo de 2010, el eje estuvo puesto en la creación de una nueva agencia de 'arquitectura de género' (GEAR —*Gender Architecture*— la cual debía fusionar la actividad de los 4 organismos que actualmente incluyen la promoción de la perspectiva de género entre sus objetivos: la División para el Avance de la Mujer (DAW), el Instituto Internacional de las Naciones Unidas para la Promoción y Capacitación de la Mujer (INSTRAW), la Comisión sobre el Status de la Mujer (CSW) y la Comisión para el Seguimiento de la Convención internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW). Finalmente, la movida cristalizó en la creación de la agencia internacional "ONU Mujeres" (<http://www.unwomen.org/es/>) en julio de 2010, con los mismos objetivos. Otro punto de tensión en Bei-

jing + 15 fue la aprobación de la 'Declaración sobre mortalidad materna y aborto inseguro', orientada hacia la promoción del llamado 'aborto seguro', los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres y la promoción de la perspectiva de género en todas las dimensiones de la vida pública, además de mencionar el "derecho al aborto" en repetidas ocasiones. El 'aborto seguro' está definido en la Plataforma de Acción de Beijing como 'el procedimiento para finalizar un embarazo no deseado llevado a cabo, ya sea por personas carentes de la necesaria habilidad o en un ambiente carente de los requisitos médico-sanitarios mínimos, o ambos casos conjuntamente'. Para el año 2015, la presión y el acento estarán puestos sobre la *imposición de los conceptos de la ideología de género*, aplicados plenamente a la temática que hasta hace pocos años era la de la mujer.

Del 7 al 14 de abril de 2014 se realizará la cumbre de *El Cairo + 20*, ocasión en la que se intentará lograr la aprobación internacional de los conceptos de *'derechos sexuales y reproductivos'*, cosa que hasta el momento no se ha podido alcanzar. Recordemos que en agosto de 2013 tuvo lugar en Montevideo la primera sesión de la Conferencia Regional sobre Población y Desarrollo en América Latina y el Caribe, en la cual se exhorta a los gobiernos a facilitar las prácticas de aborto, la anti-concepción oral de emergencia y la promoción de diversas orientaciones sexuales entre la población.

En el marco de la Organización de Estados Americanos, la reciente *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y las Formas Conexas de Intolerancia* seguirá recolectando firmas de los Estados a fin de entrar en vigencia. Sin mencionar los casos vinculados con el matrimonio, la vida y la familia que la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos están estudiando para pronunciarse, sobre algunos de los cuales profundizaremos en los próximos boletines.

En el próximo Boletín reseñaremos algunas cuestiones legislativas y judiciales urgentes por las que atraviesan los Estados de Argentina, Bolivia y Brasil en cuanto a la vida, la familia y la libertad religiosa en esos países. ♦

.....

Legislación

.....

Nacional

LEY 26.928 (P.L.N.)

Sistema de Protección Integral para Personas Trasplantadas -- Creación -- Objeto -- Certificado -- Autoridad de aplicación -- Cobertura del Sistema Público de Salud -- Pasajes de transporte terrestre o fluvial -- Acceso a una adecuada vivienda -- Derecho de Ingreso o continuidad de una relación laboral -- Derecho de licencias especiales -- Deducción especial en el Impuesto a las Ganancias -- Otorgamiento de una asignación mensual no contributiva.

Sanción: 04/12/2013

Promulgación: 10/01/2014

Publicación: B.O. 22/01/2014

LA NORMA EN COMENTARIO APRUEBA EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTEGRAL PARA PERSONAS TRASPLANTADAS CON EL OBJETO DE CREAR UN RÉGIMEN DE PROTECCIÓN INTEGRAL PARA LAS PERSONAS QUE HAYAN RECIBIDO UN TRASPLANTE INSCRIPTOS EN EL REGISTRO NACIONAL DE PROCURACIÓN Y TRASPLANTE O SE ENCUENTREN EN LISTA DE ESPERA PARA TRASPLANTES DEL SISTEMA NACIONAL DE PROCURACIÓN Y TRASPLANTE DE LA REPÚBLICA ARGENTINA (SINTRA) Y CON RESIDENCIA PERMANENTE EN EL PAÍS.

El Senado y Cámara de Diputados

de la Nación Argentina

reunidos en Congreso, etc.

sancionan con fuerza de

Ley:

Creación Sistema de Protección Integral para personas Trasplantadas

Art. 1° — El objeto de la presente ley es crear un régimen de protección integral para las personas que hayan recibido un trasplante inscriptos en el Registro Nacional de Procuración y Trasplante o se encuentren en lista de espera para trasplantes del Sistema Nacional de Procuración y Trasplante de la República Argentina (SINTRA) y con residencia permanente en el país.

Art. 2° — El Instituto Nacional Central Unico Coordinador de Ablación e Implante (Incucai) en coordinación con los organismos jurisdiccionales de procuración y trasplante, extenderá un certificado -credencial cuya sola presentación sirve para acreditar la condición de beneficiario conforme el artículo 1° de la presente ley.

Art. 3° — La autoridad de aplicación de la presente ley es el Ministerio de Salud, el que debe coordinar su

accionar con las jurisdicciones y con los organismos nacionales competentes en razón de la materia.

En las respectivas jurisdicciones será autoridad de aplicación la que determinen las provincias y la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Art. 4° — El Sistema Público de Salud, las obras sociales enmarcadas en las leyes 23.660 y 23.661, la obra social del Poder Judicial de la Nación, la Dirección de Ayuda Social para el Personal del Congreso de la Nación, las entidades de medicina prepaga y las entidades que brinden atención al personal de las universidades, así como también todos aquellos agentes que brinden servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean, deben brindar a las personas comprendidas en el artículo 1° de la presente ley cobertura del ciento por ciento (100%) en la provisión de medicamentos, estudios diagnósticos y prácticas de atención de su estado de salud de todas aquellas patologías que estén directa o indirectamente relacionadas con el trasplante.

Art. 5° — La autoridad de aplicación, a través del organismo que corresponda, debe otorgar a las personas comprendidas en el artículo 1° de la presente ley los pasajes de transporte terrestre o fluvial de pasajeros de jurisdicción nacional, en el trayecto que medie entre el domicilio de aquéllas y cualquier destino al que deban concurrir por razones asisten-

ciales debidamente acreditadas. La franquicia debe extenderse a un acompañante en caso de necesidad documentada.

En casos de necesidad y por motivos exclusivamente asistenciales, se otorgarán pasajes para viajar en transporte aéreo.

Art. 6° — La autoridad de aplicación debe promover ante los organismos pertinentes, la adopción de planes y medidas que faciliten a las personas comprendidas en el artículo 1° de la presente ley, el acceso a una adecuada vivienda o su adaptación a las exigencias que su condición les demande.

Art. 7° — Ser trasplantado, donante relacionado o encontrarse inscripto en lista de espera del Instituto Nacional Central Unico Coordinador de Ablación e Implante (Incucai) con indicación médica de trasplante, o ser acompañante de persona trasplantada en los términos que determine la reglamentación, no será causal de impedimento para el ingreso o continuidad de una relación laboral, tanto en el ámbito público, como en el privado. El desconocimiento de este derecho será considerado acto discriminatorio en los términos de la ley 23.592.

Art. 8° — Toda persona comprendida en el artículo 1° de la presente ley que deba realizarse controles en forma periódica, gozará del derecho de licencias especiales que le permitan realizarse los estudios, rehabilitaciones y tratamientos inherentes a la recuperación y mantenimiento de su estado de salud, que fueran necesarios sin que ello fuera causal de pérdidas de presentismo o despido de su fuente de trabajo.

Art. 9° — El empleador tiene derecho al cómputo de una deducción especial en el Impuesto a las Ganancias equivalente al setenta por ciento (70%), en cada período fiscal, sobre las retribuciones que abone a trabajadores comprendidos en el artículo 1° de la presente ley.

Art. 10. — El Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social debe promover programas de empleo, de emprendimiento y talleres protegidos, destinados a las personas comprendidas en el artículo 1° de la presente ley.

Art. 11. — El Estado nacional debe otorgar, en los términos y condiciones de la ley 13.478 y sus normas modificatorias y complementarias, una asignación mensual no contributiva equivalente a la pensión por invalidez para las personas comprendidas en el artículo 1° de la presente ley, en situación de desempleo forzoso y que no cuenten con ningún otro beneficio de carácter previsional. Si lo hubiere, el beneficiario optará por uno de ellos.

Art. 12. — Los gastos que demande el cumplimiento de la presente ley serán atendidos con las partidas que al efecto destine en forma anual el Presupuesto General de la Administración Pública para los organismos comprometidos en su ejecución.

Art. 13. — Invítase a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a adherir a la presente ley.

Art. 14. — La presente ley será reglamentada dentro de los noventa (90) días de su promulgación.

Art. 15. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

RESOLUCIÓN 2177 (M.S.)

Plan Nacional de Salud Mental 2013-2018 -- Aprobación.

Fecha: 30/12/2013

Publicación: B.O. 20/01/2014

VISTO el expediente N° 2002-20477/13-1 del registro del MINISTERIO DE SALUD, y

CONSIDERANDO:

Que por el expediente mencionado en el VISTO tramita la aprobación del PLAN NACIONAL DE SALUD MENTAL 2013-2018.

Que mediante el Decreto N° 457 de fecha 5 de abril de 2010 se creó la DIRECCIÓN NACIONAL DE

SALUD MENTAL Y ADICCIONES en el ámbito de la SECRETARÍA DE DETERMINANTES DE LA SALUD Y RELACIONES SANITARIAS del MINISTERIO DE SALUD DE LA NACIÓN.

Que el 2 de diciembre del año 2010 se promulgó la Ley Nacional de Salud Mental N° 26.657, reglamentada por Decreto N° 603 de fecha 28 de mayo de 2013, publicado en el Boletín Oficial N° 32649 del 29 de mayo de 2013.

Que la Ley Nacional de Salud Mental se inscribe entre las políticas que ha asumido la República Argentina para ampliar los derechos de sus ciudadanos, en el marco del respeto irrestricto por los Derechos Humanos.

Que el artículo 31 de la Ley Nacional de Salud Mental indica que “El Ministerio de Salud de la Nación es la Autoridad de Aplicación de la presente ley, a partir del área específica que designe o cree a tal efecto, la que debe establecer las bases para un Plan Nacional de Salud Mental acorde a los principios establecidos”.

Que el Plan Nacional de Salud Mental debe expresar la transformación cultural y paradigmática de la salud mental, que las normas antes señaladas instituyen.

Que en consecuencia, dicho Plan Nacional debe disponer un proceso de transformación que implique el pasaje de lo patógeno a lo salutogénico, que incorpore a los servicios de salud y la comunidad toda a fines de la inclusión social.

Que el Plan Nacional de Salud Mental está en línea con lo establecido en el artículo 27 de la Ley N° 26.657, que dispone: “Queda prohibida por la presente ley la creación de nuevos manicomios, neuropsiquiátricos o instituciones de internación monovalentes, públicos o privados. En el caso de los ya existentes se deben adaptar a los objetivos y principios expuestos, hasta su sustitución definitiva por los dispositivos alternativos. Esta adaptación y sustitución en ningún caso puede significar reducción de personal ni merma en los derechos adquiridos de los mismos”.

Que asimismo, contempla el plazo fijado en el “Consenso de Panamá” de la Organización Panamericana de la Salud (OPS) y la Organización Mundial de la Salud (OMS) para la adecuación y sustitución definitiva de dispositivos monovalentes por dispositivos comunitarios, a cumplirse en el año 2020.

Que cabe destacar que la atención de las adicciones, así como la del uso problemático de sustancias legales e ilegales, está integrada en el Plan Nacional de Salud Mental tal como indica el artículo 4° de la Ley N° 26.657.

Que la DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD MENTAL Y ADICCIONES en virtud de lo dispuesto en el artículo 31 antes transcripto, ha programado una amplia convocatoria que incluye a todos los poderes y niveles del Estado, a los organismos autónomos y a las provincias, así como a los actores involucrados que pertenecen a la sociedad civil, como organizaciones sociales y consejos profesionales.

Que esta convocatoria amplia y plural se corresponde con el espíritu federal, intersectorial e interdisciplinario que postula la Ley de la Ley N° 26.657 en todo su articulado. Asimismo da cuenta del compromiso que se propone a la sociedad en su conjunto para con el

enfoque de derechos que establece la Ley Nacional de Salud Mental.

Que es uno de los objetivos de este Plan Nacional de Salud Mental que sea adoptado de forma federal, para que se implemente en forma conjunta con las provincias y municipios en todo el territorio argentino.

Que en este sentido la primera convocatoria fue a los referentes de salud mental de todas las provincias. De la misma participaron los representantes del área de salud mental de las 24 jurisdicciones en fecha 12, 13 y 14 de agosto de 2013, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y que han dado su aprobación al proyecto de Plan Nacional de Salud Mental, brindando aportes y valoraciones que se han tomado como insumos para el proyecto final.

Que la intersectorialidad es una condición necesaria para afianzar el abordaje interdisciplinario que marca la Ley Nacional de Salud Mental, en forma articulada y sin perder especificidad.

Que en este sentido el 22 de agosto de 2013 se ha convocado a los organismos del Estado, que han dado su aprobación al proyecto al Plan Nacional de Salud Mental, brindando aportes y valoraciones que se han tomado como insumos para el proyecto final.

Que el Plan Nacional de Salud Mental se propone como objetivos la desestigmatización, la inclusión social y la construcción colectiva como forma de avanzar hacia una red nacional de salud mental.

Que en este sentido el 29 y 30 de agosto de 2013 se ha convocado a las organizaciones de la sociedad civil. El 2 de septiembre a expertos nacionales e internacionales en los diferentes abordajes y disciplinas. Ambos encuentros se han realizado en la Ciudad de Buenos Aires, y de ambos encuentros se han recogido aportes y observaciones que han sido insumos de este Plan Nacional de Salud Mental. En este párrafo cabe señalar que se han recibido aportes en el marco de la realización del Congreso Mundial de Salud Mental, realizado en la Ciudad de Buenos Aires desde el 26 al 28 de agosto de 2013 y el Congreso Internacional de Salud Mental y Derechos Humanos, realizado el 5, 6 y 7 de septiembre de 2013, también en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Que el Plan Nacional de Salud Mental precisa instituir un nuevo paradigma en la formación profesional, que contemple en sus contenidos los principios, los objetivos y los lineamientos del mismo. Y a un tiempo nutrirse para su realización de las investigaciones más avanzadas del campo científico y del quehacer profesional de la salud mental.

Que en este sentido 9 de septiembre del año 2013 se ha convocado a representantes de Universidades

Nacionales y el 11 de septiembre de 2013 a los representantes de los consejos profesionales involucrados en el campo de la salud mental. Ambos encuentros se han realizado en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y de ambos encuentros se han recogido aportes y observaciones que han sido insumos de este Plan Nacional de Salud Mental.

Que la DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD MENTAL Y ADICCIONES considera el Plan Nacional de Salud Mental como una herramienta fundamental en el enfoque de gestión integral para hacer efectivo el cumplimiento de la Ley Nacional de Salud Mental.

Que la SECRETARÍA DE DETERMINANTES DE LA SALUD Y RELACIONES SANITARIAS ha manifestado su acuerdo.

Que la DIRECCIÓN GENERAL DE ASUNTOS JURÍDICOS ha tomado la intervención de su competencia.

Que se actúa en uso de las facultades conferidos por la “Ley de Ministerios T.O. 1992”, modificada por la Ley N° 26.338.

Por ello,

El MINISTRO

DE SALUD

RESUELVE:

Art. 1° — Apruébase el “PLAN NACIONAL DE SALUD MENTAL 2013-2018” el que como ANEXO forma parte integrante de la presente Resolución.

Art. 2° — La DIRECCIÓN NACIONAL DE SALUD MENTAL Y ADICCIONES dependiente de la SECRETARÍA DE DETERMINANTES DE LA SALUD Y RELACIONES SANITARIAS será el área ejecutora y responsable de la instrumentación y conducción del “PLAN NACIONAL DE SALUD MENTAL 2013-2018”.

Art. 3° — Regístrese, comuníquese, etc.

Nota: Consulte el Anexo en www.laleyonline.com.ar

THOMSON REUTERS
LA LEY

**ENCUENTRE
LO QUE NECESITA
CON UN SOLO CLIC**



A PARTIR DE AHORA, **LA LEY ONLINE** INCORPORA A SU PAGINA PRINCIPAL EL SISTEMA DE **BUSQUEDA POR NORMA**.

Una manera de **consulta eficaz** que le acerca todo el contenido que necesita de forma **rápida y simple**.

Para más información llámenos al **0810 222 5253** o comuníquese con su asesor comercial

Síganos en:

 ThomsonReutersLaLey •  @TRLaley
   ThomsonReutersLatam



THOMSON REUTERS

SE TERMINO DE IMPRIMIR EN LA 1RA. QUINCENA DE MARZO DE 2014
EN LOS TALLERES GRAFICOS DE "LA LEY" S.A.E. e I. - BERNARDINO RIVADAVIA 130
AVELLANEDA - PROVINCIA DE BUENOS AIRES - REPUBLICA ARGENTINA