

ACTUALIDAD JURIDICA

#169

Online

Familia & Niñez

COMPETENCIA. Conflicto de competencia.
División de bienes de una unión convivencial.
Interpretación de los arts.7 y 510 del Código Civil y
Comercial de la Nación. Competencia del Juzgado de Familia.
TSJ de Córdoba, Sala Electoral y de Comp. Originaria



Publicación de aparición mensual - Año XI^o - Vol. 169. - Mayo 2018 - Distribución por suscripción

DOCTRINA

Por qué el Código Civil y Comercial es compatible con la legalización del aborto

Por Marisa Herrera



ACTUALIDAD
JURIDICA

UNA PUBLICACION

NUEVO ENFOQUE
juridico

Coordinadora General
(ad honorem)
Claudia E. Zalazar

FAMILIA

Coordinación, selección
y reseña de fallos (ad honorem)
Mauro Nicolás Córdoba

Comité Académico (ad honorem)
Rodolfo Grosso
Nora Lloveras
Myriam Rebuffo
Roberto Julio Rossi
Edgardo García Chiple

Colaboradores (ad honorem)
Fabian Faraoni - Marysol Santarelli
Andrea Sola - Susana Squizzato
Gabriel Tavip
María José Chiacchiera Castro

NIÑEZ

Coordinación, selección
y reseña de fallos (ad honorem)
María Soledad Vieites
soledadvieites@gmail.com

Comité Académico (ad honorem)
Gustavo A. Arocena - Jorge Carranza
José H. González del Solar
Julio E. Torres - Laura Moronta

Colaboradores (ad honorem)
Gonzalo Berrotarán Romano
Pablo Fernando Ceballos Chiappero
María Elisa Depetris
María Verónica Ruiu - Martina Prado

COMPETENCIA. Conflicto de competencia. División de bienes de una unión convivencial. Interpretación de los arts. 7 y 510 del Código Civil y Comercial de la Nación. Competencia del Juzgado de Familia. A7715
TSJ de Córdoba, Sala Electoral y de Comp. Originaria

CUIDADO PERSONAL. Medida cautelar: Otorgamiento en la modalidad compartido con residencia habitual en el domicilio de uno de los progenitores. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. A7722
Cámara de Familia de Primera Nominación de Córdoba

GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN A UN PARIENTE. Etapas del procedimiento. Declaración en situación de adoptabilidad. Vínculo filial paterno indeterminado. ENTREGADIRECTA: Procedimiento iniciado durante la vigencia del Código Velezano. Determinación del derecho aplicable. Art. 7 CCYC. Pretensos adoptantes no inscriptos en el RUAGA. Contralor judicial. A7725
Trib. Colegiado de Instancia Única de Familia N° 5, Santa Fe

CONTROL DE LEGALIDAD: Alcance. Criterios de oportunidad, proporcionalidad, eficiencia y efectividad. Solicitud de Senaf de la guarda prevista por el art. 657 del CCC o de la tutela. Situación de adoptabilidad. Interés superior del niño. A7733
Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 7° Nom., Cba.

Esta es una publicación editada y distribuida en forma exclusiva por

EDITORIAL NUEVO ENFOQUE JURÍDICO

Propietario y director: DAMIÁN A. GROSSO
Administración y Ventas: Montevideo 616 –
Barrio Güemes – Ciudad de Córdoba C.P. 5000
(Espacio "FLUG" Coworking).

Tel: (0351) 5681048.

E-mail: editorial@actualidadjuridica.com.ar

Registro de la Propiedad Intelectual N° 249128
ISSN 1852-5113

Por sugerencias y/o reclamos contactarse a
informes@actualidadjuridica.com.ar
Corrección: Lic. Sebastián Sigifredo

RESPONSABILIDAD PARENTAL. CAMBIO DE CIUDAD DE RESIDENCIA. Oposición del progenitor no conviviente. PERSPECTIVA DE GÉNERO: Asunción voluntaria de la mujer de roles durante la convivencia: Rol de proveedor. Exclusión del ámbito externo productivo. Dificultad de reinserción en el ámbito laboral. A7746
Juzg. de Familia de Primera Instancia y Sexta Nom. de Cba.

VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL: Publicación en redes sociales de fotos de índole privada. Deber de debida diligencia del Estado. Perspectiva de género en el abordaje de estas causas. Eliminación del perfil registrado bajo el nombre del demandado, previo informar a todos los contactos de dicha cuenta los motivos por los cuales se ha ordenado dicha eliminación. VIOLENCIA FAMILIAR: daño a la integridad psíquica del hijo en común. Suspensión del régimen comunicacional. A7757
Juzgado de Familia N° 5, Cipolletti

ADOPCIÓN. Adopción integrativa del hijo del conviviente. Progenitor fallecido. A7768
Juzg. Flia. de Primera Instancia y Segunda Nominación, Cba.

ACCIONES DE FILIACIÓN. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN PRESUMIDA POR LA LEY. Prueba genética. Eficacia probatoria. Valoración. RECHAZO DE LA DEMANDA: Improcedencia de la sanción del art. 83 del CPC. A7774
Juzg. de Flia. de Primera Instancia y Segunda Nominación, Cba.

COMPETENCIA. CENTRO DE VIDA: Interpretación armónica con otros principios: Tutela judicial efectiva. Inmediatez. Capacidad progresiva. Derecho a ser oído. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. A7779
Juzg. de Flia. de Primera Instancia y Segunda Nominación, Cba.

PEREPCIÓN DE INSTANCIA. Inicio de oficio por el Tribunal. Requisitos de procedencia. A7785
Juzg. de Flia. de Primera Instancia y Segunda Nominación, Cba.

PENAL JUVENIL. ACCIÓN PENAL. Extinción. Disponibilidad. Archivo de las actuaciones. Acuerdo n.º 848 Serie "A" del TSJ. A7787
Juzgado Penal Juvenil de Cuarta Nominación, Cba.

DOCTRINA

Por qué el Código Civil y Comercial es compatible con la legalización del aborto A7789
Por Marisa Herrera

LENGUAJE JURÍDICO

Lo correcto, lo incorrecto y lo subjetivo en el uso de la coma (!) A7806
Por Valeria Colella

Toda la información que necesita... en un solo lugar:
www.actualidadjuridica.com.ar
Jurisprudencia de la CSJN, tribunales superiores y cámaras de todo el país
Legislación, doctrina, convenios colectivos de trabajo, noticias de interés

COMPETENCIA. Conflicto de competencia. División de bienes de una unión convivencial. Interpretación de los arts. 7 y 510 del Código Civil y Comercial de la Nación. Competencia del Juzgado de Familia.*

El caso

Entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Trigésima Nominación y el Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia, ambos de la ciudad de Córdoba, se suscitó un conflicto negativo de competencia, en relación al pedido de división de bienes de una unión convivencial. El Tribunal Superior de Justicia resolvió declarar competente al Juzgado de Familia.

1. La cuestión de competencia es un fenómeno jurídico-procesal que se suscita cuando existe una declaración concurrente, negativa o positiva, entre dos tribunales respecto de un mismo juicio; siendo su principal efecto, la paralización del trámite que se persigue y la consecuente incertidumbre respecto de la verificación de uno de los presupuestos procesales esenciales: la competencia. La competencia aparece como un principio de organización del ejercicio de la función jurisdiccional conferida constitucionalmente a los jueces, la que la ley adjudica conforme diversos criterios (materia, territorio, turno, etc.).
2. Si bien las leyes de forma son una materia reservada a las provincias, los códigos de fondo, al regular determinadas instituciones jurídicas, y a los efectos de dispensar una tutela efectiva, han prescripto normas de naturaleza procesal, como sucede particularmente en el tema que nos ocupa con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.
3. Del art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación surgen cuatro reglas con relación a la aplicación temporal: a) aplicación o efecto inmediato a las situaciones y relaciones jurídicas en curso; b) irretroactividad salvo disposición legal en contrario; c) el límite a la excepcional retroactividad se encuentra en los derechos amparados por la Constitución Nacional; d) inaplicabilidad de las nuevas leyes supletorias a los contratos celebrados con anterioridad a ellas.
4. Las uniones convivenciales han sido reguladas de manera sistemática a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, pese a que con anterioridad algunas situaciones y efectos fueron contemplados de manera progresiva por distintos regímenes (v.gr. art. 9 de Ley de Locaciones Urbanas n.º 23091; art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo n.º 20744 -modif. por Ley n.º 21297, etc.) en atención a las exigencias propias de la realidad social y cultural. Ciertamente es, que no obstante las regulaciones dispersas en la materia, no es sino hasta la sanción de la normativa civil vigente que el legislador ha captado el fenómeno en toda su integridad, tratando de dispensar certeza normativa en donde antes, y en muchas situaciones, existían vacíos. Esta incorporación implicó un avance con relación a la ausencia de regulación no obstante lo cual, si bien se ha logrado certeza normativa a su respecto, existen algunos aspectos como el planteado en autos, en el que se origina una disputa interpretativa.

* Fallo seleccionado y reseñado por Mauro N. Córdoba.

5. La interpretación correcta que debe darse al requisito temporal debe construirse en función de los elementos esenciales de la relación, esto es, aquellos que permiten calificarla jurídicamente como unión convivencial, tales como: singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad, permanencia e independencia de la orientación sexual de los integrantes. En este sentido, el requisito que fija la norma objeto de comentario alude no a la necesidad de que se configure el plazo de dos años desde la entrada en vigencia de aquel cuerpo normativo para la aplicación del Título III en cuanto legisla sobre los efectos de las uniones convivenciales, sino más bien, que el plazo es un requisito legal exigido para tener por configurada la figura jurídica de ese tipo de unión, pues ese lapso permite hablar de una relación o, más precisamente, un vínculo afectivo consolidado en el tiempo a partir del que se permita inferir la materialización de los rasgos definitorios de publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia. Es decir, que el plazo del inciso 'e' del artículo 510 del CCC, es condición esencial para la configuración del fenómeno jurídico captado por la norma -unión convivencial-, y no un requisito condicionante para la aplicación de la nueva legislación en la materia vigente que se traduzca en una regla de aplicación de la ley en el tiempo.

6. Como acontece con los plazos en el Derecho en general, aquellas parejas que no cumplen con el plazo mínimo no generan las circunstancias jurídicas previstas en el Título III. Este requisito exigido es el que permite, a la vez, evitar caer en el peligroso terreno de la discrecionalidad judicial.

7. El Código regula las uniones convivenciales, por lo tanto, establece los requisitos que debe cumplir la relación afectiva de pareja para que sea considerada tal (...). La ley establece requisitos bien precisos: a) que comprometa a dos personas con total independencia de la orientación sexual; b) sin determinados impedimentos derivados del parentesco, y c) un plazo mínimo de duración de la unión. En suma el Código además de disponer los rasgos definidores de la unión convivencial, enumera los requisitos que debe cumplir para poder ser considerada tal. Ambas normativas se complementan, fijando los cimientos básicos sobre los cuales se edifica la regulación de este tipo de uniones.

8. La exigencia temporal del artículo 510 inciso e del CCC, no es un presupuesto de interpretación y aplicación de la nueva legislación civil y comercial, cuyo alcance deba delimitarse en función del artículo 7 de ese cuerpo legal.

9. No resulta válido hacer referencia a los lapsos consumados con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial, en tanto que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 7, se trata de una relación que se mantuvo en el tiempo, resultando lícito remarcar que perduró hasta luego de la entrada en vigencia de ese cuerpo legal, observándose su ruptura bajo el imperio del mismo. Por tal motivo, devienen plenamente aplicables como consecuencia de la ruptura de esa unión, los efectos previstos en el Título III; sin que exista posibilidad jurídica alguna que permita escindir el lapso para justificar la aplicación o no de la normativa vigente. En efecto, es dirimente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 7, por cuanto esa normativa se aplicará a las consecuencias de relaciones y situaciones jurídicas en curso de manera que el hecho determinante es la ruptura de aquella relación por cuanto es la causa de las consecuencias o efectos que los comparecientes reclaman en la actualidad.

10. La compensación económica dispuesta en el artículo 524 rige para las uniones convivenciales que se extinguen después de la entrada en vigencia del CCyC, aun cuando se haya constituido con anterioridad, pero no si se extinguieron antes de la entrada en vigencia.

11. Con motivo de la reforma sustancial, devino necesaria la modificación de la Ley del Fuero de Familia a los efectos de adecuar las reglas procesales aplicables a la materia a las normas sustanciales y procesales de fondo. Así con fecha 23 de septiembre de 2013 se sancionó el Código de Procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba, Ley n.º 10305. Como característico surge la explicitación de los principios específicos que rigen el fuero de familia, entre los cuales recepta el de extrapatrimonialidad (inc. 2), al prescribir que la competencia se concentra de manera exclusiva en los aspectos personales del conflicto, pero incluye a las cuestiones patrimoniales si resultan inescindibles de aquella y además se encuentran contempladas como uno de los supuestos de competencia material. Así es que de la correlación de esa norma con lo dispuesto en el artículo 16 inciso 3) del mismo cuerpo legal, se advierte que los tribunales de familia son competentes para entender en los efectos personales, pactos y compensaciones económicas derivadas de las uniones convivenciales.

TSJ de Córdoba, Sala Electoral y de Comp. Originaria, Auto N° 21, 10/05/2018, “P., R. V. c/ J., J. J. E. - Ordinario - Otros y su acumulado: J., J. E. c/ P., R. V. - Uniones convivenciales - Cuestión de competencia”

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: "P., R. V. C/ J., J. J. E. - ORDINARIO - OTROS Y SU ACUMULADO: J., J. J. E. C/P., R. V. - UNIONES CONVIVENCIALES - CUESTIÓN DE COMPETENCIA" (Expte. SAC n° 6245403), elevados a este Tribunal con motivo de un presunto conflicto negativo de competencia suscitado entre el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial de Trigésima Nominación y el Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia, de los que surge:

1. ANTECEDENTES

a) La señora P. compareció por ante el Juzgado Primera Instancia y Primera Nominación de Familia de esta ciudad, en el expediente "P., R. V. c/ J., J. J. E. -Medidas Cautelares-" (Expte. SAC n.º 3331771), -actuaciones que con posterioridad devinieron en los presentes- y solicitó el cincuenta por ciento del valor de mercado del automotor Pick up Ford Ranger, doble cabina, 4x4, XLT, 3.2 Diesel, modelo 2016, Dominio ..., o una renta mensual a establecerse por un periodo de dieciséis años (16 años), ello con motivo de la ruptura de la unión convivencial que tuviera con el demandando durante el mismo tiempo.

b) De manera casi simultánea, con fecha 2 de noviembre de 2016 compareció el señor J. J. E. J., e interpuso, ante el Juzgado de Familia de Primera Instancia y Cuarta Nominación de esta ciudad, demanda de división de bienes de unión convivencial en contra de la señora R. V. P.; sostuvo que pretende

la restitución del cincuenta por ciento (50%) del valor de todos los bienes muebles, electrodomésticos y bienes registrables adquiridos durante el transcurso de dicha unión, y el cincuenta por ciento (50%) del valor de las mejoras realizadas en el inmueble que fuera asiento de la relación convivencial, y en el que habita actualmente la demandada. Señala que tales valores ascenderían a la suma de Pesos Cuatrocientos dieciocho mil seiscientos cuarenta y uno con cincuenta y dos centavos (\$ 418.641,52). Asimismo reclama, bajo el concepto de compensación económica en los términos del artículo 524 del Código Civil y Comercial, la suma de Pesos Cincuenta mil (\$ 50.000), a más de una renta compensatoria de Pesos Cinco mil (\$ 5.000) mensuales, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 526 del Código Civil y Comercial (CCC), fs. 35/39.

Funda su pretensión en lo dispuesto en los artículos 509, 510, 512, 523, 524, 525 y 528 del Código Civil y Comercial.

Previo darle trámite a la demanda interpuesta por el señor J. J. se ordenó correr vista a la Fiscalía de Familia, a los fines de que se pronuncie con relación a la competencia del juzgado interviniente.

La señora Fiscal de Cámaras de Familia evacuó la vista corrida (fs. 43/46vta.), y bajo los fundamentos que expuso concluyó que el juez competente para entender en la presente pretensión es el Juez de Familia.

c) Al advertir la conexidad entre las actuaciones que tramitaban en su tribunal con los autos caratulados "P., R. V. c/ J., J. J. E. -Uniones Convivenciales-" (Expte. n.º 6245403), ordenó la remisión a su par de Primera Nominación, a los efectos de la acumulación, tal y como surge de la constancias de fs. 41 y 47.

2. Mediante Auto n.º 157, de fecha 13 de marzo de 2017, el Juez de Familia de Primera Nominación, resolvió declararse incompetente en razón de la materia, y remitir la causa a la Mesa de Entradas del Fuero en lo Civil y Comercial (fs. 57/59), para su posterior sorteo.

3. Asignados los presentes al Juzgado de Primera Instancia y Trigésima Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad, por decreto de fecha 24 de abril de 2017 se corrió vista al Ministerio Público Fiscal de su competencia (f. 64). La Fiscal a cargo de la Fiscalía Civil, Comercial y Laboral de Segunda Nominación, se expidió a fs. 65/67, oportunidad en la que consideró que en autos se ventila un asunto de características patrimoniales escindible de la cuestión personal, y en ese entendimiento la materia resulta ser propia de los tribunales civiles de esta ciudad. Asimismo, refirió que no empece a esa decisión, la sanción de la Ley de Procedimiento de Familia n.º 10305, desde que se mantienen idénticos principios que informan sobre la procedencia de aquel fuero de atracción.

4. Mediante Auto n.º 272 del 12 de mayo de 2017, aclarado por su similar n.º 276 del 15 de igual mes y año, el Juez de Trigésimo Nominación, resolvió declararse incompetente en razón de la materia y remitir la causa al fuero de familia, por considerar que *"en definitiva, provoca la imperiosa necesidad de que sea un solo juez quien resuelva la totalidad de la problemática, pues se encuentran inescindiblemente unidas e, incluso, pueden eventualmente tener incidencia en otras cuestiones de tipo patrimonial (por ej., la capacidad económica para determinar la prestación alimentaria para los hijos), o incluso proyectarse hacia aspectos personales que tengan alguna relación o dependan de la capacidad económica de las partes para abordarlas (por ej., una condena en costas en una cuestión de naturaleza extrapatrimonial, necesidad de efectuar ciertas erogaciones para determinados fines, etc., etc., etc.). En definitiva, la reciente reforma del derecho privado, que ha buscado dar respuestas a muchas inquietudes y conflictos de*

intereses jurídicos de la sociedad a la luz de una nueva realidad y frente a un cambio de valores sociales trascendente, no puede apegarse a criterios ortodoxos y poco prácticos, sino por el contrario el proceso debe coadyuvar a la concreción efectiva de las nuevas Instituciones para que funcionen como un engranaje sincronizado, perfecto y tutelar" (cfr. fs. 79vta./80).

5. Recibidos los autos por el Juzgado de Familia de Primera Instancia y Primera Nominación, mediante proveído de f. 96 decidió mantener el criterio originario, y elevar los presentes a este Alto Cuerpo a los efectos de que dirima el conflicto negativo de competencia suscitado.

6. Radicadas las actuaciones en este Tribunal, se ordenó correr traslado al Fiscal General de la Provincia en los términos de los artículos 9, inciso 2, y 16, inciso 3, de la Ley n.º 7826 (f. 77). El que fue evacuado por el Fiscal Adjunto, mediante Dictamen E n.º 666, presentado con fecha 13 de septiembre de 2017.

Y CONSIDERANDO:

I. CUESTIÓN DE COMPETENCIA

El artículo 165 de la Constitución Provincial en su inciso primero, apartado *b*-segundo supuesto-, habilita al máximo órgano jurisdiccional local a conocer y resolver originaria y exclusivamente, en pleno, de las cuestiones de competencia que se susciten entre tribunales inferiores que no tuvieran otro superior común.

La cuestión de competencia es un fenómeno jurídico-procesal que se suscita cuando existe una declaración concurrente, negativa o positiva, entre dos tribunales respecto de un mismo juicio; siendo su principal efecto, la paralización del trámite que se persigue y la consecuente incertidumbre respecto de la verificación de uno de los presupuestos procesales esenciales: la competencia.

El presente conflicto se traba con motivo de que dos tribunales de primera instancia, pero de diferente competencia material (civil/familia), controvierten en orden a su intervención con motivo de la demanda de división de bienes de la unión convivencial, en particular con relación a si tal pretensión resulta alcanzada por el régimen de ese tipo de uniones reguladas por el Código Civil y Comercial (CCC) en los artículos 509 al 528, al no haber transcurrido el plazo de dos años previsto por el artículo 510 inciso e de ese cuerpo legal. En definitiva, el problema, se centra al menos en dilucidar dos aspectos: a) si el

artículo 510 del CCC resulta aplicable, a la luz del artículo 7 del mismo plexo normativo; b) una vez resuelta esa primer cuestión, determinar cuál es el tribunal competente para conocer en la división de bienes producto de la relación de convivencia y en las pretensiones compensatorias entre el señor J. J. y la señora R. P.

II. COMPETENCIA

La competencia aparece como un principio de organización del ejercicio de la función jurisdiccional conferida constitucionalmente a los jueces, la que la ley adjudica conforme diversos criterios (materia, territorio, turno, etc.).

Sobre el punto, cabe decir que si bien las leyes de forma son una materia reservada a las provincias, los códigos de fondo, al regular determinadas instituciones jurídicas, y a los efectos de dispensar una tutela efectiva, han prescripto normas de naturaleza procesal, como sucede particularmente en el tema que nos ocupa con motivo de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

III. REGLAS APLICABLES DE CONFORMIDAD A LO DISPUESTO POR EL ARTÍCULO 7 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

De manera preliminar corresponde dilucidar la controversia que se ha desenvuelto en atención a este punto. En efecto, el tribunal de familia invoca como argumento para declarar su incompetencia la imposibilidad de aplicar de manera inmediata el régimen previsto para las relaciones de convivencia y sus efectos (art. 7 del CCC), lo que impediría la operatividad al caso de autos para regular situaciones de hecho anteriores al comienzo de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación. En ese entendimiento considera que no se encontraría cumplimentado el plazo de dos años previsto en el inciso e del artículo 510 del CCC, a los efectos de la aplicación de aquel régimen.

Dicho esto, corresponde dirimir tal cuestión en atención a los siguientes puntos a tratar: a) interpretación del artículo 510 del CCC, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 7 del mismo cuerpo legal; b) en segundo lugar, analizar la pretensión planteada por las partes para establecer la competencia material del juez que debe intervenir.

III.a. Interpretación y aplicación del artículo 510 del Código Civil y Comercial de la Nación

El artículo 7 del CCC, establece con relación a la eficacia temporal, que “*A partir de su entrada en*

vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”.

De esa disposición surgen cuatro reglas con relación a la aplicación temporal: a) aplicación o efecto inmediato a las situaciones y relaciones jurídicas en curso; b) irretroactividad salvo disposición legal en contrario; c) el límite a la excepcional retroactividad se encuentra en los derechos amparados por la Constitución Nacional; d) inaplicabilidad de las nuevas leyes supletorias a los contratos celebrados con anterioridad a ellas.

El hecho típico previsto por la norma -convivencia- se configura toda vez que, según surge de los correspondientes escritos iniciales de cada una de las partes, se advierte que se trata de una relación de convivencia que permaneció en el tiempo durante 16 años, y en virtud de la cual la señora P. y el señor J., se reclaman mutuamente pretensiones económicas emergentes de ese vínculo, ello de conformidad a los relatos expuestos en cada una de las demandas presentadas por el señor J. a fs. 35vta./36 de autos y por la señora P. a fs. 1/3 del expediente acumulado “P., R. V. c/ J., J. J. E. -Medidas Cautelares-” (Expte. SAC n.º 3331771), respectivamente.

En efecto, en ambas pretensiones de manera concurrente el señor J. y la señora P. reclaman compensaciones económicas en virtud de una relación de convivencia que habría tenido fin el 2 de mayo de 2016, según lo afirman cada uno de los litigantes en sus respectivos escritos de demanda.

Las uniones convivenciales han sido reguladas de manera sistemática a partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, pese a que con anterioridad algunas situaciones y efectos fueron contemplados de manera progresiva por distintos regímenes (v.gr. art. 9 de Ley de Locaciones Urbanas n.º 23091; art. 248 de la Ley de Contrato de Trabajo n.º 20744 -modif. por Ley n.º 21297, etc.) en atención a las exigencias propias de la realidad social y cultural. Ciertamente, que no obstante las regulaciones dispersas en la materia, no es sino hasta la sanción de la normativa civil vigente que el legislador ha captado el fenómeno en toda su integridad, tratando de

dispensar certeza normativa en donde antes, y en muchas situaciones, existían vacíos.

Esta incorporación implicó un avance con relación a la ausencia de regulación no obstante lo cual, si bien se ha logrado certeza normativa a su respecto, existen algunos aspectos como el planteado en autos, en el que se origina una disputa interpretativa. Así, tanto el juez de familia como el civil, han demarcado como primera cuestión a resolver el sentido y el alcance del inciso e del artículo 510 del CCC, y su vinculación con el artículo 7 del CCC.

La interpretación correcta que debe darse al requisito temporal debe construirse en función de los elementos esenciales de la relación, esto es, aquellos que permiten calificarla jurídicamente como unión convivencial, tales como: singularidad, publicidad, notoriedad, estabilidad, permanencia e independencia de la orientación sexual de los integrantes. En este sentido, el requisito que fija la norma objeto de comentario alude no a la necesidad de que se configure el plazo de dos años desde la entrada en vigencia de aquel cuerpo normativo para la aplicación del Título III en cuanto legisla sobre los efectos de las uniones convivenciales, sino más bien, que el plazo es un requisito legal exigido para tener por configurada la figura jurídica de ese tipo de unión, pues ese lapso permite hablar de una relación o, más precisamente, un vínculo afectivo consolidado en el tiempo a partir del que se permita inferir la materialización de los rasgos definitorios de publicidad, notoriedad, estabilidad y permanencia^[1]. Es decir, que el plazo del inciso e del artículo 510 del CCC, es condición esencial para la configuración del fenómeno jurídico captado por la norma -unión convivencial-, y no un requisito condicionante para la aplicación de la nueva legislación en la materia vigente que se traduzca en una regla de aplicación de la ley en el tiempo.

En este contexto, autorizada doctrina en la materia ha sostenido: "...y como acontece con los plazos en el Derecho en general, aquellas parejas que no cumplen con el plazo mínimo no generan las circunstancias jurídicas previstas en el Título III. Este requisito exigido es el que permite,

a la vez, evitar caer en el peligroso terreno de la discrecionalidad judicial"^[2]. Asimismo se dijo que: "El Código regula las uniones convivenciales, por lo tanto, establece los requisitos que debe cumplir la relación afectiva de pareja para que sea considerada tal (...) La ley establece requisitos bien precisos: a) que comprometa a dos personas con total independencia de la orientación sexual; b) sin determinados impedimentos derivados del parentesco, y c) un plazo mínimo de duración de la unión. En suma el Código además de disponer los rasgos definidores de la unión convivencial, enumera los requisitos que debe cumplir para poder ser considerada tal. Ambas normativas se complementan, fijando los cimientos básicos sobre los cuales se edifica la regulación de este tipo de uniones"^[3].

Así, corresponde concluir que no existe en autos un problema de aplicación de la ley en el tiempo por cuanto la exigencia temporal del artículo 510 inciso e del CCC, no es un presupuesto de interpretación y aplicación de la nueva legislación civil y comercial, cuyo alcance deba delimitarse en función del artículo 7 de ese cuerpo legal.

Siendo así, no se excluye el supuesto de autos del régimen previsto en el Título III, toda vez que tanto el actor como la demandada han reclamado en virtud de una unión convivencial de dieciséis años, plazo que excede con creces el dispuesto por la norma referida.

Asimismo, no resulta válido hacer referencia a los lapsos consumados con anterioridad a la vigencia del Código Civil y Comercial, en tanto que, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 7, se trata de una relación que se mantuvo en el tiempo, resultando lícito remarcar que perduró hasta luego de la entrada en vigencia de ese cuerpo legal, observándose su ruptura bajo el imperio del mismo. Por tal motivo, devienen plenamente aplicables como consecuencia de la ruptura de esa unión, los efectos previstos en el Título III; sin que exista posibilidad jurídica alguna que permita escindir el lapso para justificar la aplicación o no de la normativa vigente. En efecto, es dirimente la aplicación de lo dispuesto en el artículo 7, por cuanto esa normativa se aplicará a las consecuencias de relaciones y situaciones

[1] Cfr. Lorenzetti, Ricardo L.; "Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", t. III, Rubinzal-Culzoni, Bs. As., p. 300.

[2] Lorenzetti, Ricardo L.; ob. cit. p. 301 y sgtes.

[3] Lorenzetti, Ricardo L.; ob. cit. p. 302.

jurídicas en curso de manera que el hecho determinante es la ruptura de aquella relación por cuanto es la causa de las consecuencias o efectos que los comparecientes reclaman en la actualidad.

En este orden de ideas y del análisis de las pretensiones surge que se trata de una relación que se mantuvo en el tiempo hasta el mes de mayo de 2016, recayendo bajo la vigencia de la nueva ley el hecho de su ruptura en atención a la operatividad de la regla aludida, siendo por ello un supuesto consolidado en su tipicidad a la que resultan plenamente aplicables las reglas invocadas por las partes.

Asimismo autorizada doctrina en el tema tiene dicho a ese respecto que *“La compensación económica dispuesta en el artículo 524 rige para las uniones convivenciales que se extinguen después de la entrada en vigencia del CCyC, aun cuando se haya constituido con anterioridad, pero no si se extinguieron antes de la entrada en vigencia...”*⁴¹.

En conclusión, y a mérito de lo expuesto se despeja la controversia suscitada con motivo de la interpretación y aplicación de los artículos 7 y 510 del CCC.

III.b. Competencia material

Sentado ello, corresponde ingresar al segundo supuesto de decisión: ¿Cuál es el tribunal competente materialmente para decidir las reclamaciones económicas fundadas en la normativa del régimen previsto para las uniones convivenciales?

En este orden de ideas, y en atención a la dilucidación de la cuestión precedente, cabe ingresar al análisis de la competencia material en atención a las pretensiones planteadas (art. 5 del CPCC), esto es, sobre la reclamación mutua de naturaleza económica fundada en los artículos 524, 526, 528 del CCC con motivo de la relación de convivencia entre el señor J. y la señora P. (cfr. fs. 35/39vta.).

Cabe decir que con motivo de la reforma sustancial, devino necesaria la modificación de la Ley del Fuero de Familia a los efectos de adecuar las reglas procesales aplicables a la materia a las normas sustanciales y procesales de fondo. Así con fecha 23 de septiembre de 2013 se sancionó el Código de Procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba, Ley n.º 10305.

Como característico surge la explicitación de los principios específicos que rigen el fuero de familia, entre los cuales recepta el de extrapatrimonialidad (inc. 2), al prescribir que la competencia se concentra de manera exclusiva en los aspectos personales del conflicto, pero incluye a las cuestiones patrimoniales si resultan inescindibles de aquella y además se encuentran contempladas como uno de los supuestos de competencia material. Así es que de la correlación de esa norma con lo dispuesto en el artículo 16 inciso 3) del mismo cuerpo legal, se advierte que los tribunales de familia son competentes para entender en los efectos personales, pactos y compensaciones económicas derivadas de las uniones convivenciales.

En el caso bajo estudio, surge que con motivo de las pretensiones patrimoniales alegadas por las partes resultan inescindibles de la unión convivencial, constatándose de esa manera el supuesto de hecho excepcional previsto por el artículo 16 inciso 3) de la Ley n.º 10305, motivo por el cual deviene aplicable sin más ese criterio de asignación de competencia.

En definitiva, y bajo los preceptos reseñados no cabe lugar a dudas que resulta competente en razón de la materia el Juez de Primera Instancia y Primera Nominación del fuero de Familia, para entender en las pretensiones económicas derivadas de una unión convivencial.

Por todo lo expuesto, y habiéndose expedido el Fiscal Adjunto mediante Dictamen E n.º 666, presentado con fecha 13 de septiembre de 2017. SERESUELVE:

I. Declarar que el Juzgado de Primera Instancia y Primera Nominación de Familia de esta ciudad debe entender en la presente causa, a cuyo fin corresponde remitir estos obrados.

II. Notificar al Juzgado de Primera Instancia y Trigésima Nominación en lo Civil y Comercial de esta ciudad y a la Fiscalía General de la Provincia.

Protocolícese, hágase saber y dése copia.

FDO.: TARDITTI - SESÍN - RUBIO - BLANC GERZICICH DE ARABEL - CÁCERES DE BOLLATI - LÓPEZ PEÑA - CHIAPERO.

⁴¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída; “La aplicación del Código Civil y Comercial a las Relaciones y Situaciones Jurídicas Existentes”, Rubinzal-Culzoni, Bs. As, 2015, p. 142.

CUIDADO PERSONAL. Medida cautelar: Otorgamiento en la modalidad compartido con residencia habitual en el domicilio de uno de los progenitores. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.*

El caso

En contra de la resolución de primera instancia que denegó la medida cautelar de protección de persona en relación a la hija común de las partes peticionada por el progenitor y otorgó el cuidado personal provisorio de aquella a su madre, el progenitor interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio. La jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente al recurso de reposición, otorgando el cuidado personal compartido de la hija, con la modalidad compartido, con domicilio principal en el de la madre. El Tribunal de alzada resolvió rechazar el recurso de apelación interpuesto en subsidio, y en consecuencia, confirmar la resolución atacada.

- 1.** En los conflictos familiares debe prevalecer el “interés superior del niño” que, aunque adolescente en el caso, merece una mayor protección. Tal interés es el que preside la cuestión como noción de rango constitucional (art.75, inc. 22 de la C.N.; arts.3, 9 y 19 de la C.D.N., y art. 639, inc. a, del C.C. y C.) que se concreta con un criterio interdisciplinario y atiende a que se respeten las necesidades de los niños conforme a sus requerimientos físicos, espirituales, emocionales, educativos, religiosos, etc.; todo ello, por encima de los derechos que conciernen a sus progenitores.
- 2.** El interés superior del niño, niña o adolescente no es un concepto abstracto y atemporal sino que, por el contrario, aquel debe ser ponderado en su particular momento histórico-vital y en la realidad de su contexto socio-familiar.
- 3.** En la modalidad de cuidado compartido, pese a que la adolescente habite con su madre, ambos progenitores participan en la crianza de la hija y en su educación.

Cámara de Familia de Primera Nominación de Córdoba, Auto Nº 82, 07/5/2017, “A., S. A. c/ A., S. I. - Régimen de visita/alimentos - Contencioso - Recurso de apelación”

Y VISTOS:

Estos autos caratulados “A., S. A. C/A., S. I. - RÉGIMEN DE VISITA/ALIMENTOS - CONTENCIOSO - RECURSO DE APELACIÓN”, de los que resulta que: **1)** A fs.67/69, el señor S. A. A., por intermedio de su letrado apoderado J. E. A. (fs.29), deduce recurso de reposición y apelación en subsidio en contra del decreto de fecha cuatro de diciembre de dos mil catorce dictado por la señora Juez Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Segunda Nominación de la ciudad de Carlos

Paz, Viviana Rodríguez, en cuanto dispone: “(...) *No surgiendo de autos, conforme los informes psicológicos y ambientales agregados, la peligrosidad con respecto a la menor invocada, a la cautelar de protección para su persona: No ha lugar. Otorgase la Tenencia Provisoria de la menor a la progenitora, Sra. S. I. A. (...)*” (sic. fs.66). **2)** A fs. 86vta. se hace lugar parcialmente a la reposición impetrada y se dispone “*otorgar la tenencia provisorio de manera compartida estableciendo como lugar de residencia de F. M.*

* Fallo seleccionado y reseñado por Mauro N. Córdoba.

A. el domicilio materno y un amplio régimen comunicacional a favor del progenitor". Asimismo, se concede el recurso de apelación. Elevadas las actuaciones, se avoca este Tribunal al conocimiento de la causa (fs.95/96). **3)** El impugnante expresa agravios a fs. 104/107, los que no son contestados por la señora S. I. A., pese encontrarse debidamente notificada según constancias de fs. 109/109vta., por lo que se le da por decaído el derecho dejado de usar (fs. 112). Corrido traslado de la expresión de agravios a la señora Asesora Letrada con Funciones Múltiples, G. B. G., en su carácter de representante complementaria de la niña de autos, la contesta a fs. 116/117vta. **4)** A fs. 118, se dicta el decreto de autos. **5)** A fs. 125 se dispone como medida para mejor proveer que el Cuerpo técnico de asistencia judicial de Carlos Paz elabore un informe interdisciplinario respecto de la niña F. M. A., el que se agrega a fs. 130/130vta. **6)** Firme el decreto de autos, queda el planteo impugnativo en estado de ser resuelto.

Y CONSIDERANDO:

I) Que el recurso ha sido interpuesto oportunamente, corresponde su tratamiento. II) El recurrente se agravia, en primer término, del rechazo a la medida cautelar de protección de persona solicitada a fs.58 por considerar que resulta una decisión arbitraria y sin fundamento lógico legal. Destaca que está en juego el interés superior de la niña por lo que, previo a resolver sobre lo solicitado, la *a quo* debería haber ordenado alguna medida para mejor proveer, como una pericia psicológica oficial de la menor de edad o un informe de la situación familiar mucho más detallado, a los efectos de contar con más elementos probatorios. Expresa que si bien la juzgadora sostiene que de los informes psicológicos y ambientales obrantes en autos no surge peligrosidad para la niña, de las constancias de fs. 14/15, 38, 39/41, 51/53, 56/57 y 58 resulta que también existe una situación familiar que afecta "*peligrosamente*" a su hija, lo que no debió haberse obviado a la hora de decidir. Como segundo agravio cuestiona el otorgamiento de la tenencia provisoria de la niña a su progenitora. Manifiesta que sin perjuicio de haberse modificado ello -al resolver la reposición y conceder la apelación- al disponerse el cuidado personal compartido se estableció la residencia de F. en el

domicilio materno, lo que le agravia. Arguye que la resolución resulta apresurada y arbitraria al no haber tenido en cuenta que los informes psicológicos agregados a fs. 39/41 dan cuenta de características de personalidad en la señora A. que pondrían en riesgo a la niña. De ello concluye que fijar el domicilio de su hija en el domicilio materno contraría su interés superior. Por otro lado, advierte que la Juez pasó por alto que si la UDER de X le otorgó la "*tenencia provisoria*" de la niña, tal como consta a fs. 14/15, debió haber mediado para ello una situación de riesgo para F., por lo que previo a decidir debería haber solicitado todos los antecedentes de la causa al organismo administrativo a los fines de conocer detalladamente las circunstancias. Expone que de prosperar el presente recurso las medidas ordenadas en el decreto impugnado, tanto respecto a la cuota alimentaria provisoria fijada como respecto a la asignación por discapacidad, devendrían abstractas. En definitiva, solicita se revoquen tanto el decreto atacado como el Auto N° 320, con costas por el orden causado en ambas instancias. Por último, hace reserva del caso federal. III) Al evacuar traslado, la Asesora Letrada con Funciones Múltiples, G. B. G., destaca que los argumentos del progenitor resultan una reproducción de los vertidos en oportunidad de plantear la reposición (fs. 104/106). Manifiesta que F. se encuentra viviendo con su madre desde el mes de marzo del año 2014 y que luego de convivir unos meses con su padre, la niña volvió al hogar materno por su propia voluntad. Asimismo, señala que de los informes obrantes en los presentes no surge ningún indicador de peligrosidad en cuanto a la convivencia de la menor de edad con su progenitora. Hace referencia a la entrevista realizada por la Lic. V. G. (fs. 53), en la que la profesional expresó que F. tiene un vínculo muy fuerte con su madre, agregando que si bien en su momento la niña quiso ir con su padre al poco tiempo manifestó desagrado en el trato, al punto de abandonar voluntariamente el domicilio paterno y volver con la señora A. Transcribe parte de la encuesta socio ambiental obrante a fs. 47/49. En definitiva, entiende que de los informes periciales practicados en la causa no surge riesgo para la integridad física o psíquica de F. originado en la convivencia con su madre. Agrega que es un principio general aplicable en la materia y aceptado por la doctrina

y jurisprudencia el relativo al respeto del *status quo*, de acuerdo al cual no procede innovar sobre situaciones de hecho consolidadas, salvo que importantes razones así lo justifiquen. Concluye que los agravios planteados por el recurrente deben ser rechazados y, en consecuencia, confirmarse las resoluciones atacadas. **IV)** Se anticipa que, examinado el planteo, se ha arribado a la conclusión de que corresponde desestimar el recurso de apelación deducido. Así resulta de confrontar el decreto atacado y su modificación a través del Auto que hace lugar parcialmente al recurso de reposición y concede la apelación oportunamente interpuesta, con el material fáctico y jurídico existente y verificar si la cuestión ha sido correctamente enjuiciado. **1.** El debate ante este Tribunal tiene por objeto el examen del proveído dictado por la señora Jueza de Familia de Segunda Nominación de Carlos Paz, por el que se deniega la medida cautelar de protección de persona en relación a la hija común de las partes peticionada por el progenitor y se otorga la *“tenencia”* (sic) provisoria de aquella a su madre. **2.** En primer lugar, es dable señalar que en situaciones como la sometida a decisión debe prevalecer el “interés superior del niño” que, aunque adolescente en el caso, merece una mayor protección. Tal interés es el que preside la cuestión como noción de rango constitucional (art.75, inc. 22 de la C.N.; arts.3, 9 y 19 de la C.D.N., y art. 639, inc. a, del C.C. y C.) que se concreta con un criterio interdisciplinario y atiende a que se respeten las necesidades de los niños conforme a sus requerimientos físicos, espirituales, emocionales, educativos, religiosos, etc.; todo ello, por encima de los derechos que conciernen a sus progenitores. En la inteligencia reseñada debe revisarse el recurso interpuesto. **3.** Los agravios que fundan la presentación del recurrente refieren: **a)** ausencia de fundamentación del rechazo a la medida cautelar de protección de persona peticionada respecto a la adolescente de autos, y **b)** omisión de valorar prueba relevante en relación a lo dispuesto sobre el cuidado personal de la hija común. **3.a.** En relación al primero de los reclamos alega el apelante que en el escenario de elementos obrantes en la causa, los citados por la juzgadora resultaban insuficientes para fundar su decisión, por lo que debió de ordenar otras medidas, previo a resolver. Del repaso de los informes psicológico (fs.39/41) y ambientales

(fs.47/49 y 51/53vta.) -elementos en los que la juez apoya su decisión- se advierte que el rechazo a la medida de protección de persona peticionada luce acertado. En efecto, no obstante resultar del primero de los estudios relacionados más arriba que la progenitora presenta una *“Estructura de personalidad lábil e inmadura”*, al referir la profesional lo requerido respecto a la relación que tendría con su hija, si bien en principio *“inferre”* que las relaciones madre-hija serían *“conflictivas y problemáticas”*, inmediatamente expresa que *“no se puede especificar ya que no se ha entrevistado a la menor, siendo difícil evaluar una relación cuando sólo se conoce a una de las partes”*. Finalmente, la Lic. en Psicología concluye que *“No se tiene conocimiento”* sobre si existe situación de riesgo para la menor de edad en la interacción materno-filial. Por su parte, la Trabajadora Social en sus informes menciona que todos los vecinos encuestados opinaron que la señora A. es *“una madre luchadora, que aún estando sola con sus hijos defiende y protege a los mismos”*. De lo relevado en distintas instituciones del lugar que trabajan con la familia de la progenitora la profesional deriva que se trata de *“un grupo familiar numeroso cuyas condiciones habitacionales y económicas si bien son estables (la vivienda es propia y perciben pensiones algunos miembros de la familia) por las características de la familia terminan siendo insuficientes para responder a todas la demandas de la misma”* y que tanto F. como su progenitora están cumpliendo con lo indicado por la escuela respecto a su concurrencia al C. I. J.. Conforme lo referenciado en los párrafos precedentes resulta que -tal como lo señala la juez de grado al rechazar la reposición y conceder el presente recurso- no se configura en el caso la situación que peligro que amerite la medida de protección de persona; ello así, su rechazo luce acertado. **3.b.** Al fundar el segundo de los agravios reseñados el quejoso arguye que lo dispuesto resulta apresurado y arbitrario, en tanto la juzgadora habría *“desdeñado”* las consideraciones expuestas en la pericial psicológica de fs.39/41 en relación a la personalidad de la progenitora de su hija. Esgrime, asimismo, que la juez de grado ha pasado por alto que debió de existir una situación de grave riesgo para que la UDER le otorgara en su oportunidad la tenencia provisoria de su hija, por lo que previo a decidir debió solicitar todos los

antecedentes de esa medida. Al respecto es dable apuntar que contrariamente a lo señalado por el apelante, la *a quo* -precisamente tomando en consideración las características de personalidad de la señora A. que resultan de la pericia citada- no dispone un cuidado personal unilateral de la adolescente de autos en cabeza de su progenitora, sino que resuelve que aquel sea compartido con modalidad indistinta y residencia en el hogar de la madre. Ello así, el recurrente no queda al margen de la vida de su hija aunque no conviva con ésta. En efecto, en la modalidad de cuidado compartido dispuesta por la juez, pese a que la adolescente habite con su madre, ambos progenitores participan en la crianza de la hija y en su educación. Desde otro costado es dable advertir que, tal como lo ha sostenido reiteradamente prestigiosa doctrina el interés superior del niño, niña o adolescente no es un concepto abstracto y atemporal sino que, por el contrario, aquel debe ser ponderado en su particular momento histórico-vital y en la realidad de su contexto socio-familiar (cfr. Grosman, Cecilia, Directora (1998); *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*; Buenos Aires: Editorial Universidad; cap. 1; págs. 23 y siguientes). En tal sentido, de las constancias de autos resulta que en el caso, si bien la situación de la progenitora no es la ideal, ésta desde su precariedad ha comprometido su esfuerzo para acompañar y brindar contención a su hija (informe del C.I.J. de X - fs.53), mientras que el apelante, pese a pretender se atribuya a su favor el cuidado personal de la adolescente, manifiesta su decisión de internarla si no le obedece (informe socio-ambiental

- fs.48vta.). Por las razones expuestas se estima que lo decidido por la juez de grado resulta acertado y, por ende, corresponde rechazar el recurso de apelación deducido. **V)** Como corolario del resultado anticipado, las costas por la labor desplegada en esta instancia deben imponerse por el orden causado atento a la naturaleza de la cuestión debatida y que ambas partes pudieron tener motivos para litigar (art. 130, C.P.C.). No corresponde regular honorarios a los abogados J. A. atento a lo dispuesto por los arts. 1, 2 y 26 de la ley 9459.

Por todo ello, lo dispuesto por los arts. 361, correlativos y concordantes del C.P.C. de la provincia de Córdoba, lo opinado por Asesora letrada interviniente, y por unanimidad, el Tribunal RESUELVE:

I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto en subsidio por el señor S. A. A. en contra del proveído dictado con fecha cuatro de diciembre de dos mil catorce y, en consecuencia, confirmar la resolución en todas sus partes.

II) Imponer las costas por la actividad desplegada en esta instancia por el orden causado. No regular honorarios a los abogados J. A. (arts. 1, 2 y 26 de la ley 9459).

III) Tener presente la reserva de caso federal.

IV) Protocolícese, hágase saber, expídase copia y oportunamente, bajen los presentes al Juzgado de origen, a sus efectos.

FDO.: BERTOLDI DE FOURCADE - BONZANO DE SAIZ - RUARTE.

GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN A UN PARIENTE. Etapas del procedimiento. Declaración en situación de adoptabilidad. Vínculo filial paterno indeterminado. ENTREGA DIRECTA: Procedimiento iniciado durante la vigencia del Código Velezano. Determinación del derecho aplicable. Art. 7 CCYC. Pretensos adoptantes no inscriptos en el RUAGA. Contralor judicial.*

El caso

El a quo resolvió declarar en situación de adoptabilidad y otorgar la guarda con fines de adopción de una niña de casi 3 años de edad -con vínculo filial paterno

* Fallo reseñado por María Elisa Depetris.

indeterminado-, a parientes con quienes convivía desde su tercera semana de vida, luego de la entrega directa que de la misma efectuara la progenitora (sobrina nieta y ahijada de bautismo de la pretensa guardadora). El procedimiento de marras se inició durante la vigencia del Código Velezano, habiéndose cumplimentado parte del mismo, al amparo de dicha normativa.

1. La guarda con fines de adopción, en el sistema del CCC, se ha diseñado considerando que a la declaración en situación de adoptabilidad sigue su discernimiento en favor de personas inscriptas en el Registro de adoptantes (arg. arts. 609 inc. c), 612, 613 y 614 del CCC) prohibiendo la entrega directa en guarda (art. 611 CCC) excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco.

2. Tanto en los términos del art. 316 in fine, del CC como en los términos del actual art. 612 del CCC, la guarda con fines de adopción exige la intervención del juez otorgándola. De este modo, resulta que por virtud del art. 7 del CCC corresponde aplicar inmediatamente el texto vigente a la plataforma fáctica para determinar si puede o no acogerse la pretensión articulada.

3. Que el nuevo texto normativo ha introducido variantes significativas en la regulación del instituto de la adopción al perfilar un sistema con dos etapas claras y una bisagra o nexo que las une. La primera etapa culmina con la sentencia que declara al niño en situación de adoptabilidad y la segunda, que culmina con la sentencia que otorga la adopción, requiere previamente el paso por el nexo o bisagra que es el discernimiento de la guarda con fines de adopción.

4. En el sistema actual, esta primera fase es requisito de validez de la adopción (arg. art. 634 inc. g del CCC) y reconoce una única excepción, en el supuesto de la adopción de integración (art. 632 inc. d) CCC). En los fundamentos del Proyecto original del CCC, expresamente se consagró la obligatoriedad de la declaración en situación de adoptabilidad, en el supuesto de las guardas directas admitidas en el art. 611 del CCC. Los arts. 607 a 609 reglamentan la declaración judicial en estado de adoptabilidad previendo tres casos para su procedencia, que aparecen descriptos en los tres incisos del art. 607. En el caso de marras, es el inciso b) el que resulta aplicable y prescribe que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado siendo válida tal manifestación sólo si se produce después de los 45 días de producido el nacimiento, no siendo procedente si algún familiar o referente afectivo ofrece asumir su guarda o tutela y el pedido es considerado adecuado al interés superior del niño.

5. En el sub lite, exigir la previa promoción de un proceso para la determinación de la filiación paterna, ante la falta de reconocimiento por parte del alegado padre, luce a todas luces injustificado, desde que M. podrá en todo tiempo promover dicha acción si esa fuera su decisión (arg. arts. 582, 624 y 628 del CCC) y exigirlo en ésta instancia, sólo generaría una dilación de la resolución de su situación, pues es evidente que el padre no desea asumir las responsabilidades propias de su paternidad.

6. La exigencia del art. 600 inc. b) del CCC en relación con la sanción de nulidad absoluta de la adopción que apareja el incumplimiento (art. 634 inc h) del CCC) unida a la decisión negativa de inscribir a pretensos guardadores que pretendan regularizar una guarda directa,

aún cuando la misma esté permitida por la ley, genera una inconsistencia del sistema porque pese a que la guarda directa a parientes no esté prohibida se torna de cumplimiento imposible por la conjunción de las normas precitadas y la postura rígida adoptada por el RUAGA que confiere idéntica respuesta a “las entregas directas”, “guardas puestas” o “guardas de hecho” que “reduzca a los niños, niñas y adolescentes a la condición de objeto de transacción -sea onerosa o gratuita- a través de mecanismos irregulares o ilegales de un modo más o menos organizado, práctica absolutamente lesiva de la persona y de sus derechos humanos fundamentales” (Acuerdo de la 13° Sesión del Consejo Consultivo de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos de fecha 13 de junio de 2014) y casos como el que se debate en autos, en que la ley admite la entrega, en reconocimiento de un margen de autonomía a los progenitores, con fundamento en el vínculo de parentesco probado con las personas elegidas por éstos para la adopción de su prole, en tanto no se evidencie conculcadora de derechos fundamentales del niño.

7. Denegar lo solicitado por no estar los peticionantes inscriptos en el RUAGA, situación que no obedece a su voluntad -atento la negativa anticipada del citado organismo- implicaría una doble conculcación de derechos fundamentales de la niña y de la progenitora, en tanto ésta debería ser arrancada de su centro de vida para ser entregada a terceros desconocidos, sin justificación legal alguna (Cfr. PERRINO, J.O. -BASSET, U.C. (Dir. De la actualización y ampliación) Derecho de Familia, T. III, Tercera edición actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, 2017, p. 1974).

8. El contralor de no vulneración de los derechos del niño compete a los jueces pues la entrega directa que hacen los progenitores a un pariente no se exceptúa del control judicial que asegura el respeto de los principios que rigen el instituto (art. 595 CCC) y de allí la prohibición de la entrega por escritura pública o acto administrativo (art. 611, primer párrafo) y la exigencia de la intervención judicial.

9. Es menester ponderar, además del parentesco, que la entrega en guarda directa con fines de adopción a los peticionantes sea lo más conveniente para los niños, niñas y adolescentes de conformidad a los principios enunciados en el art. 595 CCC y atento las directrices de la Observación General N° 14 del Comité de Seguimiento de la CDN para la aplicabilidad del art. 3.1 de dicha Convención.

Trib. Colegiado de Instancia Única de Familia N° 5, Santa Fe, 06/02/2018, “R., T. A. y otra s. Guarda preadoptiva”

RESULTA: Que a fs. 8/9 comparece, con patrocinio letrado, el Sr. T. A. R. y promueve formal demanda de guarda preadoptiva de la niña M. N. A., hija de J. G. A. y sin filiación paterna determinada.

Expresa que es divorciado, tiene 48 años de edad y vive en unión convivencial con la Sra. L. E. G. desde mediados de 2007. Tiene un hijo, llamado E. T. G., quien nació en abril de 2012 en tanto su pareja, la Sra. G. no tiene hijos biológicos ni adoptivos.

Adita que el 10 de febrero de 2015 nació M. N. y que su progenitora les entregó a la niña a su pareja y a él, en guarda con fines de adopción y que es una decisión meditada la de adoptarla ya que la pareja reúne las condiciones económicas y morales para asistir a la niña.

En el mismo escrito comparece la Sra. J. G. A. -progenitora- y expresa que entregó a su hija en guarda con fines de adopción, a la pareja compuesta por el Sr. T. A. R. y la Sra. L. E. G., quien es su tía abuela. Ofrece prueba documental

consistente en; partida de nacimiento de la niña y fotocopia certificada del documento nacional de identidad de la progenitora y los comparecientes y del recibo de sueldo del Sr. R., toda la cual es acompañada con la demanda; Además, ofrece certificados de salud, conducta y vecindad de los comparecientes, fotocopia certificada de escritura de dominio e informe socioambiental. Peticiona se haga lugar a lo solicitado, firmando los convivientes peticionantes, la progenitora y la curial patrocinante.

Que de la redacción del escrito de demanda, obrando la firma del Sr. R. y la Sra. G. y de la expresión de la Sra. A. de otorgar a la niña en guarda con fines de adopción a la pareja surge que, la demanda, es interpuesta por ambos convivientes por lo que a fs. 10 se tuvo por interpuesta la guarda preadoptiva por ambos presentantes, se dio intervención a la Defensoría General correspondiente, al Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, a la Defensora provincial de niñas, niños y adolescentes y, a los fines de tomar conocimiento personal de la progenitora, los pretensos guardadores preadoptivos y el hijo menor de edad del Sr. R. (vínculo acreditado a fs. 18), se fijó audiencia. Asimismo, se ofició a Mesa de Entradas Única, a la SDNAF, a ECINA para que informaran antecedentes de actuaciones respecto de las partes y al Registro Civil para que informara si se hubo dado cumplimiento a lo normado por el art. 255 del CC y art. 11.2 de la Ley 12967.

Que a fs. 12/15 lucen agregados certificados de conducta y de vecindad.

Que a fs. 22 la DPNAyF (SDNAF) informa que no existen intervenciones realizadas con la Sra. A. A fs. 23 el RUAGA informa que los solicitantes no se encuentran inscriptos en dicho Registro y que dicho organismo “considera que no procedería la inscripción y posterior evaluación cuando se realice con el fin de regularizar vínculos preexistentes o generados mediante la órbita privada, quedando a cargo exclusivamente de esta magistrada la declaración de viabilidad del pedido formulado por los actuantes.”

Que a fs. 25/29 el Director del Registro Civil remite copias certificadas que acreditan el cumplimiento del art. 255 del CC.

Que a fs. 30 se han agregado certificados que acreditan la buena salud de los pretensos guardadores, a fs. 31/33 luce copia certificada de

escritura traslativa de dominio a favor de H. R. y a fs. 34 obra copia simple de la declaratoria de herederos del antes mencionado, siendo declarado por su carácter de hijo del causante, heredero, el peticionante.

Que a fs. 38/40 se han glosado acta de nacimiento de J. G. A. (progenitora), L. E. G. (pretensa guardadora); L. E. G. (madre de la primera); A fs. 51/52 luce agregada fotocopia de libreta de familia certificada de la que resulta que la pretensa guardadora es hermana de la abuela materna de J. A. (vid. Asimismo partidas de fs. 53/54), con lo que se acredita que la pretensa guardadora es tía abuela de la progenitora de la niña. A fs. 41 se acompaña fe de bautismo de la que surge que la Sra. L. E. G. (pretensa guardadora) es madrina de J. G. A.

Que a fs. 43 y su voto. luce agregada acta de audiencia de conocimiento personal dispuesta a fs. 10, en la que la magistrada entrevistó a los pretensos guardadores adoptivos y a E. T. R., hijo de T. A. R. (pretenso guardador preadoptivo), de 13 años de edad, de la que surge que éste último siempre quiso tener una hermana y se emocionó el día que conoció a M., a quien llama S. porque es un nombre que le gusta; Que los peticionantes han realizado diversos tratamientos para tener un hijo sin resultado y que cuando la progenitora de M. les entregó a la beba, le ofrecieron ayuda económica pensado que quizás por eso no podía criarla pero que ella no aceptó ya que les dijo que por tener tres hijos pequeños de otra pareja, vivir en una casa precaria y ser M. hija de una pareja ocasional que no quiso asumir su paternidad, no podía criarla pero confiaba en ellos porque la iban a cuidar bien y podría seguir viéndola.

Que a fs. 44, se glosó acta de audiencia de conocimiento personal de la progenitora de la que surge que tuvo a M. en el Hospital Iturraspe y convivió con ella hasta la tercera semana de vida aproximadamente; Que la niña es hija de una pareja ocasional, el Sr. A. F., que vive en Barrio... de esta ciudad y quien, luego de que J. quedara embarazada, no la vio más ni conoció a la nena; Que J. es madre de tres niños más, todos de muy corta edad, que son hijos del mismo padre, que no es el padre de M. y viven con ella y su abuela materna de más de ochenta años de edad y que por su situación no puede asumir la crianza y cuidado de otro hijo más. En la audiencia la

progenitora expresó su consentimiento para que M. N. sea dada en adopción pero quiere que los adoptantes sean los peticionantes, porque L. es su tía abuela materna, siempre han tenido buena relación, viven cerca, la van a cuidar bien y podrá verla en el futuro.

Que a fs. 49/50 se ha agregado informe socioambiental practicado por la asistente social del Tribunal en el domicilio de los pretensos guardadores.

Que a fs. 63 toma intervención la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes y a fs. 65 y su voto. evacúa la vista que le fuera corrida manifestando que entiende en autos, "... se ha recabado toda la información necesaria... a fin de conocer acabadamente la situación de la niña..." y no habiendo intervenido las autoridades de aplicación de la Ley 12967 por tratarse de una entrega directa, propicia se corra vista a la SDNAF.

Que a fs. 67 se corrió la propiciada vista, la que es evacuada a fs. 81 y su voto. expresando la DPNAyF que, dado que la madre ha denunciado el nombre y apellido del progenitor, corresponde al Ministerio Público promover la acción de determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre.

Que a fs. 85 se dispuso que la Asistente Social del Tribunal practique un informe socioambiental en el domicilio de la progenitora y asimismo se dio intervención al Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial para que evalúe la capacidad de prohijar de los pretensos guardadores, ante su falta de inscripción y consiguiente evaluación por el RUAGA y se ordenó oficiar a la Junta Electoral provincial y a la URI para que informe el domicilio del Sr. F. (presunto progenitor de M.).

Que a fs. 86 luce agregado el informe socioambiental practicado en el domicilio de la progenitora de M.; A fs. 90/92 obran informes de URI y la Junta Electoral informando el domicilio del Sr. F. y a fs. 100/101 voto. se ha glosado el informe del Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial.

Que a fs. 116 obra notificación del inicio de estas actuaciones al Sr. F., quien pese a ello no ha comparecido en autos; A fs. 119 la Defensora General contesta la vista corrida a fs. 118, y a fs. 122 la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes hace lo propio, siendo coincidentes ambas contestaciones en cuanto no formulan observación a lo solicitado en autos.

Que a fs. 123 se dispuso audiencia de conocimiento personal de la niña, lo que se había omitido en autos y que tuvo lugar conforme surge del acta de fs. 122 y su voto.

Que dispuesto el pase de autos a resolución (fs. 121), los autos se encuentran en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO:

Que lo que se pretende en autos es el otorgamiento de la guarda con fines de adopción de una niña que actualmente tiene casi 3 años de edad, que sólo tiene vínculo filial materno determinado y que, conforme las constancias de autos, se encuentra conviviendo con los pretensos guardadores desde su tercera semana de vida, en virtud de la entrega directa en guarda con fines de adopción que les hizo su progenitora, quien es sobrina nieta y ahijada de bautismo de la pretensa guardadora, parentesco que se encuentra debidamente acreditado en autos con las partidas de nacimiento pertinentes.

Que el presente procedimiento se inició durante la vigencia del Código de Vélez y buena parte del trámite se cumplimentó al amparo de dicha normativa, sin perjuicio de que durante el transcurso del proceso haya entrado en vigencia la Ley 26994.

Que consecuentemente y en primer lugar habré de determinar el derecho aplicable para la resolución del presente caso.

Que el art. 7 del CCC dispone la aplicabilidad de las leyes a partir de su entrada en vigencia, a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes siendo irretroactivas en su aplicación, salvo disposición en contrario pero, en ningún caso, podrán afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

Esta norma reproduce en lo atinente a la resolución del presente, lo dispuesto en el art. 3 del CC reformado por la Ley 17711, por ello la jurisprudencia y doctrina elaborada en interpretación y aplicación de dicho artículo sirve de fuente para interpretar y aplicar el art. 7 del actual CCC (Vid. al respecto KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal Culzoni, 2015).

Kemelmajer explica que la regla general del art. 7 del CCC es la aplicación inmediata, esto es, que la nueva ley se aplica a 1) relaciones y situaciones

que se constituyen en el futuro; b) las existentes en cuanto no estén agotadas y c) las consecuencias que no hayan operado todavía. “o sea, la ley toma la relación ya constituida (por ej., una obligación) o la situación (por ej., el matrimonio) en el estado en que se encontraba al tiempo en que la ley nueva es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos. Los cumplidos, en cambio, están regidos por la ley vigente al tiempo en que se desarrollaron. Del mismo modo, si antes de la vigencia de la ley nueva se han producido ciertos hechos aptos para comenzar la gestación de una situación según la vieja ley pero insuficientes para constituir la (o sea la situación o relación está in fieri), entonces, rige la nueva ley” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., op. Cit. p. 29-30).

En materia de adopción, sigue diciendo la mencionada jurista, normalmente se estima que ley posterior es mejor que la anterior, más protectora de los derechos individuales pero, si en el caso concreto ello no fuera así, sería posible invocar la ultraactividad de la ley anterior ya derogada (KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. op. Cit. p. 83).

Que la guarda con fines de adopción, tanto en los términos del art. 316 in fine, del CC como en los términos del actual art. 612 del CCC, exige la intervención del juez otorgándola. De este modo, resulta que por virtud del art. 7 del CCC corresponde aplicar inmediatamente el texto vigente a la plataforma fáctica para determinar si puede o no acogerse la pretensión articulada.

Que el nuevo texto normativo ha introducido variantes significativas en la regulación del instituto de la adopción al perfilar un sistema con dos etapas claras y una bisagra o nexa que las une. La primera etapa culmina con la sentencia que declara al niño en situación de adoptabilidad y la segunda, que culmina con la sentencia que otorga la adopción, requiere previamente el paso por el nexa o bisagra que es el discernimiento de la guarda con fines de adopción.

La primera etapa ya había sido prevista en la Ley 12967 de Promoción y Protección de Derechos de la infancia en la provincia de Santa Fe y se articula con la Ley 13093 que crea el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines adoptivos (RUAGA). Sin embargo, en el CC no estaba prevista.

En el sistema actual, esta primera fase es requisito de validez de la adopción (arg. art. 634 inc. g del CCC) y reconoce una única excepción, en el supuesto de la adopción de integración (art. 632 inc. d) CCC). En los fundamentos del Proyecto original del CCC, expresamente se consagró la obligatoriedad de la declaración en situación de adoptabilidad, en el supuesto de las guardas directas admitidas en el art. 611 del CCC, razón por la cual habré de pronunciarme primeramente respecto de su procedencia.

Los arts. 607 a 609 reglamentan la declaración judicial en estado de adoptabilidad previendo tres casos para su procedencia, que aparecen descriptos en los tres incisos del art. 607.

En autos es el inciso b) el que resulta aplicable y prescribe que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado siendo válida tal manifestación sólo si se produce después de los 45 días de producido el nacimiento, no siendo procedente si algún familiar o referente afectivo ofrece asumir su guarda o tutela y el pedido es considerado adecuado al interés superior del niño.

En autos, la progenitora ha sido entrevistada por esta magistrada, por el Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial y por la Sra. Asistente Social de este Tribunal, surgiendo con claridad en todas esas instancias, que hay una voluntad libre e informada de entregar a su hija en adopción, con posterioridad al término de 45 días que prescribe la norma del art. 607 del CCC.

El presunto progenitor, que no ha reconocido a la niña, ha sido notificado del inicio de estas actuaciones y no ha comparecido en autos. En este contexto, exigir la previa promoción de un proceso para la determinación de la filiación paterna, ante la falta de reconocimiento por parte del alegado padre, luce a todas luces injustificado, desde que M. podrá en todo tiempo promover dicha acción si esa fuera su decisión (arg. arts. 582, 624 y 628 del CCC) y exigirlo en ésta instancia, sólo generaría una dilación de la resolución de su situación, pues es evidente que el padre no desea asumir las responsabilidades propias de su paternidad. Ello surge de las manifestaciones de la Sra. A. a fs. 44 y del comportamiento desplegado por el Sr. F., lo que sitúa a este caso en las antípodas de Fornerón

c. Argentina (Sentencia de la Corte IDH, 27/04/2012).

La magistrada ha tomado contacto personal y directo con la niña de conformidad a lo que dispone el art. 609 inc. b) del CCC (vid. fs. 124 y su vto.).

Por ello, no se evidencia obstáculo alguno para la procedencia de la declaración en situación de adoptabilidad ya que no han comparecido otros parientes peticionando la tutela y los parientes peticionantes con los que vive M., no peticionan la guarda judicial (art. 607 2° párr. CCC) sino que lo que están pretendiendo es la guarda con fines de adopción que tiene ribetes propios que la diferencian de la figura prevista en el art. 657 del CCC.

Por lo anterior, corresponde declarar a M. N. A. en situación de adoptabilidad.

Que en cuanto a la guarda con fines de adopción, el sistema del CCC se ha diseñado considerando que a la declaración en situación de adoptabilidad sigue su discernimiento en favor de personas inscriptas en el Registro de adoptantes (arg. arts. 609 inc. c), 612, 613 y 614 del CCC) prohibiendo la entrega directa en guarda (art. 611 CCC) excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco.

El art. 529 del CCC proporciona el concepto de “parentesco” con una definición inclusiva del vínculo por línea colateral.

En autos se encuentra acreditado que la progenitora de la niña es sobrina nieta de la pretensa guardadora y por ello deviene aceptable la entrega directa en guarda con fines de adopción, lo que no exime a los pretendidos adoptantes de tramitar la guarda con fines de adopción (Arg. art. 611 in fine), pues de no haber sido esa la voluntad del legislador, hubiera introducido una excepción de modo similar a la que contiene el art. 632 inc. e) del CCC, lo que no hizo.

En su falta de previsiones específicas para la adopción por un pariente, el legislador tampoco ha contemplado la inaplicabilidad del art. 600 inc. b) del CCC, que exige como requisito para ser adoptante estar inscripto en el RUAGA y cuyo incumplimiento acarrea la nulidad de la adopción, tal como prevé el art. 634 inc. h) del CCC, lo cual no es exigible en la adopción de integración (vid. art. 632 inc. b).

Entiendo que la aplicación analógica del art. 632 del CCC que diseña la regulación de la

adopción de integración no resulta posible a la adopción por un pariente porque existe una diferencia esencial entre ambas figuras. En la adopción de integración el adoptando mantiene el vínculo filiatorio con su progenitor de origen y crea un vínculo con el cónyuge o conviviente de éste (art. 630 del CCC) porque la finalidad de la adopción en este caso, no consiste en sustituir el cuidado y la satisfacción de necesidades afectivas y materiales que no pueden ser proporcionadas por su familia de origen, que es el objetivo del instituto (arg. art. 594 y 632 inc. f) CCC) sino reconocer jurídicamente el vínculo afectivo forjado entre el adoptando y la pareja de su progenitor o progenitora.

En cambio, en la adopción por un pariente, cuando el adoptando es una persona menor de edad, lo que se persigue sí es dotarlo de la protección material y afectiva necesaria, ante la decisión del progenitor o progenitores de entregárselo en adopción, lo que supone para estos últimos la pérdida de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental (arg. art. 627 inc. a) CCC).

Por ello, aún cuando formalmente corresponda analizar el cumplimiento de los requisitos, entre otros, del art. 600 inc b) del CCC al tiempo de resolver sobre la adopción de la niña, entiendo que debe ponderarse en esta instancia, a los fines de evitar otorgar una guarda con fines de adopción que luego deba revocarse por no cumplir los guardadores preadoptivos, futuros adoptantes, los requisitos legales.

Como se ha expuesto, los peticionantes no se encuentran inscriptos en el RUAGA (vid. fs. 23) y conforme lo informado por el mencionado organismo, el mismo no procedería a inscribir y evaluar a los aspirantes cuando la finalidad sea la de regularizar vínculos preexistentes, como en éste caso.

Este es el criterio imperante a partir de la decisión adoptada en la 9° Sesión del Consejo Consultivo de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, que en fecha 8 de junio de 2012 resolvió “no inscribir a personas que detenten con anterioridad guardas de hecho con intención de regularizar la situación”.

La exigencia del art. 600 inc. b) del CCC en relación con la sanción de nulidad absoluta de la

adopción que apareja el incumplimiento (art. 634 inc h) del CCC) unida a la decisión negativa de inscribir a pretendos guardadores que pretendan regularizar una guarda directa, aún cuando la misma esté permitida por la ley, genera una inconsistencia del sistema porque pese a que la guarda directa a parientes no esté prohibida se torna de cumplimiento imposible por la conjunción de las normas precitadas y la postura rígida adoptada por el RUAGA que confiere idéntica respuesta a “las entregas directas”, “guardas puestas” o “guardas de hecho” que “reduzca a los niños, niñas y adolescentes a la condición de objeto de transacción -sea onerosa o gratuita- a través de mecanismos irregulares o ilegales de un modo más o menos organizado, práctica absolutamente lesiva de la persona y de sus derechos humanos fundamentales” (Acuerdo de la 13° Sesión del Consejo Consultivo de la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos de fecha 13 de junio de 2014) y casos como el que se debate en autos, en que la ley admite la entrega, en reconocimiento de un margen de autonomía a los progenitores, con fundamento en el vínculo de parentesco probado con las personas elegidas por éstos para la adopción de su prole, en tanto no se evidencie conculcadora de derechos fundamentales del niño.

Esé contralor de no vulneración de los derechos del niño compete a los jueces pues la entrega directa que hacen los progenitores a un pariente no se exceptúa del control judicial que asegura el respeto de los principios que rigen el instituto (art. 595 CCC) y de allí la prohibición de la entrega por escritura pública o acto administrativo (art. 611, primer párrafo) y la exigencia de la intervención judicial.

Por lo dicho, es menester ponderar, además del parentesco, que la entrega en guarda directa con fines de adopción a los peticionantes sea lo más conveniente para M. N. de conformidad a los principios enunciados en el art. 595 CCC y atento las directrices de la Observación General N° 14 del Comité de Seguimiento de la CDN para la aplicabilidad del art. 3.1 de dicha Convención. En este sentido, además de que ha quedado acreditado que la niña convive con sus guardadores desde la tercera semana de vida, del informe elaborado por el Equipo Interdisciplinario del Poder Judicial (fs. 100/101 vto.) surge que “L. ha desempeñado

funciones parentales con distintos integrantes de su familia ampliada, en forma complementaria con los progenitores, asistiendo, cuidando y protegiendo. El ejercer estos roles le ha otorgado un lugar cargado de afecto y reconocimiento por su familia de origen.” Que “se trata de una estructura familiar con características matriarcales, donde se ha reproducido intergeneracionalmente la crianza de los hijos de manera cooperativa y compartida entre sus madres, abuelas y tías. En algunos casos, los niños crecieron en el hogar de éstas últimas, sin convivencia con sus propias madres, pero con contacto asiduo.”

También surge del informe que “los criterios priorizados para la elección de L. y su pareja como familia de acogimiento para M., fueron la capacidad afectiva y económica de la mencionada y, prioritariamente, que permanezca en el mismo contexto familiar.”

Asimismo, se extrae que los pretendos guardadores “poseen con la niña una fuerte relación afectiva, siendo destinataria de cuidados y atenciones de acuerdo a su edad evolutiva” observándose “una adecuada interacción entre la pareja y la niña, “se evidenció la existencia de un apego seguro...” y existe un vínculo fluido entre los pretendos guardadores, el hijo unilateral del Sr. R., la familia de la Sra. G., incluyendo a la madre de M., considerando que ésta accederá a la verdad sobre su historia y al contacto con su familia biológica tal como sucede en la actualidad, “por ser algo naturalizado e incorporado dentro de la historia de éste grupo familiar”.

Por lo que el informe concluye que “al momento de la evaluación se observaron que los pretendos guardadores, L. y T., cuentan con las condiciones para el adecuado desarrollo y crecimiento de M. N. A.”.

En virtud del informe experto anterior, coincido con Basset en que, denegar lo solicitado por no estar los peticionantes inscriptos en el RUAGA, situación que no obedece a su voluntad -atento la negativa anticipada del citado organismo- implicaría una doble conculcación de derechos fundamentales de la niña y de la progenitora, en tanto ésta debería ser arrancada de su centro de vida para ser entregada a terceros desconocidos, sin justificación legal alguna. (Cfr. PERRINO, J.O. -BASSET, U.C. (Dir. De la actualización y ampliación) Derecho de Familia, T. III, Tercera

edición actualizada y ampliada, Abeledo Perrot, 2017, p. 1974).

En función de todo ello, no habiendo mediado objeción de la Defensoría General ni de los organismos de aplicación de la Ley 12967, entiendo procedente el otorgamiento de la guarda con fines de adopción, la que debe ser por el menor término posible pues su finalidad, que es la construcción del vínculo entre la niña y los guardadores, se encuentra cumplida.

Por lo anterior, RESUELVO:

1) Declarar a M. N. A., D.N.I... en situación de adoptabilidad con los alcances y efectos del art. 607, ss y cc del CCC.

2) Otorgar la GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN de M. N. A., D.N.I... a L. E. G., D.N.I... y T. A. R., D.N.I... por el término de cinco días, vencido el cual deberán iniciar el correspondiente trámite de adopción.

3) Notifíquese a las partes, a la Defensora General en su público despacho, a la Defensoría de Niñas, Niños y Adolescentes por cédula y remítase copia de la presente al RUAGA en los términos del art. 14 de la Ley 13093. Protocolícese y oportunamente, archívese.

FDO.: HERZ.

CONTROL DE LEGALIDAD: Alcance. Criterios de oportunidad, proporcionalidad, eficiencia y efectividad. Solicitud de Senaf de la guarda prevista por el art. 657 del CCC o de la tutela. Situación de adoptabilidad. Interés superior del niño.*

El caso

La Juez de Niñez, Adolescencia, Violencia familiar y de Género resolvió ratificar la medida excepcional de protección de derechos dispuesta por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia -Senaf- con relación a dos niños cuya progenitora había fallecido y de cuyo progenitor se desconocen datos, los que se encuentran al cuidado de un matrimonio que colaboraba activamente en el cuidado de los niños en el hogar en el que estaban alojados junto a su progenitora. Asimismo, requirió a la Senaf que dictamine en el marco de lo dispuesto por el art. 607 inc. c, del Código Civil y Comercial.

1. El control de legalidad es una garantía para la defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que implica un examen formal y material de la legalidad (y constitucionalidad) de las acciones llevadas a cabo por el órgano de aplicación de la Ley 9944 en el marco de una medida excepcional, y que otorga facultad al Poder Judicial para ratificar o rechazar la medida adoptada por aquél, en orden a una real y efectiva protección de los derechos fundamentales de la niñez.

2. Al efectuar el control de legalidad se debe meritarse si en el procedimiento se han respetado las garantías mínimas de procedimiento previstas por el art. 31 de la Ley 9944 y demás lineamientos diseñados por este plexo legal para el desarrollo de la actuación desplegada por el organismo administrativo; si la autoridad de aplicación de la ley ha respetado criterios de oportunidad, de proporcionalidad y de eficiencia, y ha logrado eficacia o "efectividad" en su actuación conforme establece el art. 11 de la Ley 9944. Además de ello se debe valorar si se han aplicado las pautas o criterios previstos por el art. 49 de

* Fallo seleccionado y reseñado por María Verónica Ruiú.

la Ley 9944 en la implementación de la medida de protección de derechos. Y en definitiva se debe analizar si se ha respetado el compendio de derechos humanos reconocidos a los niños en el sistema normativo legal y constitucional, incluido el llamado “bloque de constitucionalidad federal” (art. 1 segundo párrafo, art. 4 tercer punto del primer párrafo y art. 31; Ley 9944).

3. En cuanto al criterio de oportunidad en la actuación del organismo administrativo, se debe hacer la salvedad que en ocasiones no es procedente adoptar previamente medidas de primer y segundo nivel, sino que, al no tener los niños reconocimiento paterno, frente al fallecimiento de su progenitora quedan sin representación legal, y habiéndose desentendido de su suerte sus parientes durante años, quedan también privados de un medio familiar, lo que impone la inmediata intervención de la Senaf para el resguardo de sus derechos adoptando una medida de tercer nivel.

4. La medida se muestra proporcional y adecuada al caso concreto, en tanto que responde a los criterios de prioridad para la aplicación de las medidas de tercer nivel que enumera el art. 49 inc. a, de la Ley 9944. A la vez esta determinación es eficiente, vale decir, conculca la menor cantidad de derechos posible al momento de propender a la restitución de derechos de igual jerarquía que se encuentran vulnerados, ya que al verse privados los niños de su medio familiar indefectiblemente se han visto afectados derechos humanos reconocidos y consagrados constitucionalmente, interviniendo el organismo administrativo en pro de la restitución de la mayor cantidad de derechos que sea posible en vistas de su interés superior (art. 3, Leyes 26061 y 9944).

5. La medida que se adopte también deberá ser eficaz, esto es, lograr su objetivo de ofrecer a los niños un nuevo escenario que les devuelva efectivamente el goce de sus derechos vulnerados (principio de efectividad, art. 11 Ley 9944). En este punto debe valorarse la petición de la Dirección de Asuntos Legales de la Senaf de otorgar la guarda que prescribe el art. 657 del CCCN para posteriormente tramitar una tutela la que no luce como la alternativa que mejor protegería los intereses de los niños de autos y el compendio de derechos que les asiste, ni se condice con el deseo expresado por ellos ni por los adultos involucrados, en audiencia ante este tribunal. Si bien la tutela propuesta por Senaf les proveería de todo lo materialmente necesario para su sano desarrollo, es esa una institución que impone limitaciones que no se le atribuyen a la responsabilidad parental que se asume mediante la adopción.

Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de 7º Nom., Cba., Auto Nº 1, 28/03/2018, “C., L. N. - C., A. E. - Control de legalidad (Ley 9944 - Art. 56)

VISTOS:

Los autos caratulados: “C., L. N. - C., A. E. - Control de Legalidad (Ley 9944 - Art. 56)”, traídos a despacho a fin de resolver en el Control de Legalidad de la Medida Excepcional de Protección de Derechos adoptada por la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Senaf) respecto de los niños L. N. C., documento nacional de identidad

número ..., nacido el día ... en el Partido ..., provincia de ...; y A. E. C., documento nacional de identidad número ..., nacido el día ... en el Partido ..., provincia de ...; ambos hijos de la Sra. C. A. C., documento nacional de identidad número ...; de los que resulta: **1)** Que con fecha doce de septiembre de dos mil diecisiete (fs. 10/12) se recibió informe de la Dirección de Asuntos Legales

de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia poniendo en conocimiento la Medida Excepcional adoptada por parte de la Dirección de Protección de Derechos en representación del Servicio Zonal número ..., con relación a los niños L. N. C. y A. E. C., de actuales doce y siete años de edad respectivamente, ambos hijos de la Sra. C. A. C., fallecida el día veinticuatro de junio de dos mil diecisiete en la ciudad de ..., provincia de ...; fundada en lo dispuesto por el art. 48 y según lo establecido por el art. 53 de la Ley Provincial N° 9944. Expresa el informe que los niños permanecerán bajo el cuidado y protección de los Sres. M. G. M. y J. Z. S. V., referentes afectivos, con domicilio real en la Residencia ... con sede en barrio ... de esta ciudad de Córdoba, que es la institución en la que vivieron los últimos años junto a su progenitora, y en la cual se encontraban al tiempo de adoptarse la Medida Excepcional de Protección de Derechos. Conjuntamente con el informe legal se adjuntan informes técnicos y constancias documentales que dan cuenta de los extremos que se han considerado fundantes para la procedencia de la medida, a saber: a) Informes técnicos de fechas trece de julio y nueve de agosto, ambos de dos mil diecisiete, confeccionados por la Lic. G. N. B., profesional perteneciente al Equipo Técnico de la Institución R. (fs. 1/1vta), y por la Lic. S. M. A. y M. M. V., del Servicio Zonal número ... (fs. 4/5), de los que destaca: Que ese organismo administrativo tomó conocimiento de la situación de los niños mediante informe de la institución ... en el que se brindaba detalles de la historia de vida del grupo familiar, poniendo en conocimiento que los hermanos C. junto a su progenitora ingresaron a la sede de ... en la ciudad de ... en el año dos mil doce, dada la situación de calle en la que se encontraban tras un accidente de tránsito sufrido por la madre de los niños, el cual le deja secuelas incluso neurológicas; posteriormente, son trasladados los tres, niños y progenitora, a la sede de ... de ese mismo organismo, donde finalmente fallece la mujer el día veinticuatro de junio de dos mil diecisiete. Por ese motivo los niños son trasladados a la dependencia de ... de barrio ... en la ciudad de Córdoba, donde permanecen junto a los Sres. M.Z., directores de la institución, quienes conocen y colaboran activamente en los cuidados de los pequeños desde el año dos mil doce. Expresa que conforme lo informado por el Servicio Zonal

de Senaf, los niños desean quedarse junto a los nombrados, observándose los en buenas condiciones de salud en general y con sus necesidades básicas cubiertas dentro del ámbito institucional. Refiere asimismo entrevista con la Sra. M. quien manifiesta ... "son nuestro hijos más pequeños"... pronunciándose en iguales términos su esposo Sr. Z. S. V.; b) Encuesta Social e informe médico confeccionado desde el Hospital Municipal Dr. R. F. L., los que no resultan legibles; c) Copia del documento nacional de identidad de los niños y de los Sres. M. G. M. y J. Z. S. V. d) Notificación cursada a ... y a los adultos mencionados y Acta de Compromiso y Responsabilidad suscripta por éstos; y e) Notas de elevación dentro del organismo administrativo, de fecha veintitrés de agosto de dos mil diecisiete. Surge del informe legal que dado que los niños no cuentan con cuidados que provengan del ejercicio de la responsabilidad parental, y en ausencia de redes familiares nucleares y extensas, consideran pertinente adoptar la medida proteccional de tercer nivel, quedando al cuidado y responsabilidad de los Sres. M. Z. Hace saber que esa Dirección de Asuntos Legales remitió nota con carácter de urgente al Área de Protección de Derechos y por su intermedio al Equipo Técnico interviniente, solicitando se arbitren las estrategias pertinentes a efectos de que los niños reciban los correspondientes controles de salud, se inserten en el sistema educativo formal y asistan a tratamiento psicológico, de así considerarse necesario; tomen conocimiento acerca de la identidad y paradero actual de quien sería el progenitor de los pequeños de marras, instándolo a que reconozca en legal y debida forma a sus hijos en garantía de su derecho a la identidad, y en definitiva acompañen la situación familiar en la que L. y A. se encuentran, desplegando las medidas proteccionales de Segundo Nivel que pudiesen llegar a corresponder. Sugiere esa dependencia jurídica que se proceda a otorgar la guarda judicial de los niños a los Sres. M.Z., quienes se presentan como referentes afectivos, vencido el plazo de la cual, se les otorgue la tutela, a efectos de brindarles una mayor y más amplia protección a los derechos y prerrogativas que la ley les reconoce. Cita jurisprudencia que avala su postura. Finalmente expresa que se ha estimado el plazo de la Medida Excepcional adoptada en noventa días (art. 48, 4to párrafo,

Ley 9944) y solicita su ratificación. **2)** Con fecha catorce de septiembre del año en curso y mediante proveído obrante a fs. 15 se aboca la suscripta al conocimiento de los obrados (art. 64, inc. a, Ley 9944) y da intervención a la Unidad de Gestión de Audiencias (UGA) a los fines previstos por el art. 56 de la Ley 9944; asimismo da intervención al Representante Complementario de los niños, y designa Abogado del Niño L. N. C. al Asesor de Niñez que le sigue en turno. Consta a fs. 18 lo actuado por la UGA fijando fecha de audiencia para el día diez de octubre de dos mil diecisiete. A fs. 20 y ante la incomparecencia de las partes convocadas a la audiencia, se requiere a la UGA la fijación de nueva fecha a los mismos fines, y que remita al juzgado constancias de la notificación cursada a los citados, confeccionándose la ficha respectiva a sus efectos. Se incorpora en cuerpo "para agregar" a fs. 28/29 lo actuado por la UGA para la fijación de la nueva fecha peticionada. **3)** Conforme se desprende del acta incorporada a fs. 25, con fecha veintiséis de octubre del corriente año tuvo lugar la audiencia prescripta por el art. 56 de la Ley 9944, a la que comparecieron el Sr. J. Z. S. V. documento nacional de identidad número ..., y la Sra. M. G. M., documento nacional de identidad número ..., juntamente con el niño L. N. C., el cual se presenta acompañado por la Dra. M. M., Asesora de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de N. Turno en el carácter de Abogada del Niño quien pide participación y fija domicilio a los fines procesales en su público despacho; y el niño A. E. C.; todos en presencia del Sr. Asesor de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de O. Turno, Dr. H. C. en el carácter de Ministerio Público en ejercicio de la representación de los niños. En esa oportunidad los Sres. M. y Z. acompañan copia del acta de defunción de la progenitora de los niños C. A. C., la que se incorpora a fs. 22 de autos, y de sendas actas de nacimiento de A. E. C. y L. N. C., las cuales se glosan a fs. 23 y 24. Escuchados todos los comparecientes, se otorga a la Abogada del Niño la participación solicitada y se ordena pasar los autos a despacho, quedando la causa en estado de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

I) Que la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia (Senaf), como Autoridad de Aplicación estatuida por el art. 6 de la Ley 9944, en

cumplimiento de lo dispuesto por el art. 48, quinto párrafo del mismo ordenamiento legal eleva a este Tribunal a través de su Dirección de Asuntos Legales, el informe de la Medida Excepcional de Protección de Derechos adoptada con relación a los niños L. N. C. y A. E. C., de actuales doce y siete años de edad respectivamente, y adjunta los informes técnicos que consideró de fundamento a la medida adoptada, para el debido Control de Legalidad. II) Que este Tribunal es competente para ello en virtud de lo establecido por el art. 64 inc. a del mencionado ordenamiento jurídico, se ha abocado a su tratamiento y le ha dado el trámite de ley, por lo que corresponde expedirse acerca de la legalidad de la medida adoptada por la Autoridad de Aplicación de la Ley 9944, ratificándola o rechazándola (art. 56, Ley 9944). III) A fin de adentrarnos en el tratamiento de la cuestión sometida a análisis, se debe destacar en primer término, que el control de legalidad es una garantía para la defensa de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que implica un examen formal y material de la legalidad (y constitucionalidad) de las acciones llevadas a cabo por el órgano de aplicación de la Ley 9944 en el marco de una medida excepcional, y que otorga facultad al Poder Judicial para ratificar o rechazar la medida adoptada por aquél, en orden a una real y efectiva protección de los derechos fundamentales de la niñez (arts. 4 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada mediante Ley 23.849 y de jerarquía constitucional en virtud de lo normado por el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional). "Por lo tanto, si bien la labor del Poder Judicial no es diseñar políticas públicas, tiene el deber de examinar frente al caso concreto si la medida dispuesta por el Poder Administrador se adecuó a las normas constitucionales y legales. Es decir, si se consideró la prioridad del interés superior del niño y la garantía de sus derechos fundamentales, tal como lo prescribe el art. 5, ley 26061" (Grosman, Cecilia P., La responsabilidad del Estado en la institucionalización de niños y adolescentes. JA 2007 IV 1078 SJA 12/12/2007). En orden a lo expresado, se deberá meritar si en el procedimiento que se somete a análisis se han respetado las garantías mínimas de procedimiento previstas por el art. 31 de la Ley 9944 y demás lineamientos diseñados por este plexo legal para el desarrollo de la actuación desplegada por el organismo

administrativo; si la Autoridad de Aplicación de la ley ha respetado criterios de oportunidad, de proporcionalidad y de eficiencia, y ha logrado eficacia o "efectividad" en su actuación conforme establece el art. 11 de la Ley 9944. A más de ello se valorará si se han aplicado las pautas o criterios previstos por el art. 49 de la Ley 9944 en la implementación de la medida de protección de derechos. Y en definitiva se analizará si se ha respetado el compendio de derechos humanos reconocidos a los niños en el sistema normativo legal y constitucional, incluido el llamado "bloque de constitucionalidad federal" (art. 1 segundo párrafo, art. 4 tercer punto del primer párrafo y art. 31; Ley 9944). **IV)** Luego de una lectura detallada de las constancias de autos, de la escucha y el conocimiento directo y personal de los involucrados con la debida intervención del Ministerio Público, se ha ponderado que corresponde ratificar la medida adoptada por haber sido dispuesta en forma legal, guardando los presupuestos procedimentales establecidos por ley y respetando los mandatos legales y supra legales, en cuanto disponen la protección de derechos fundamentales. Sin embargo, se valora que la petición de la Senaf de otorgamiento de guarda judicial en el marco del art. 657 del Código Civil y Comercial de la Nación, y posterior tutela, no son precedentes, por no ser la solución que mejor protege los derechos de los niños. **V)** Es preciso consignar que se ha realizado una detenida lectura y análisis de todo el material probatorio incorporado en autos, pero se mencionará a continuación los fragmentos más salientes de los elementos que conforman las actuaciones que se valoraron como cardinales para arribar a la conclusión expresada: **1)** Informe de la Trabajadora Social de la institución..., Lic. G. N. B., que se adjunta a fs. 1/1vta. de autos. Este informe está dirigido a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, solicitando de manera excepcional la guarda de los hermanos C.. En sus partes más salientes dicho informe de fecha trece de julio de dos mil diecisiete puntualiza que: Los referidos niños ingresan a ... junto a su progenitora, C. A. C., documento nacional de identidad número ..., quien se incorpora como voluntaria debido a que se encontraba en situación de calle, presentando un informe médico y social del hospital Dr. R. L. del Municipio de ..., de esa provincia, donde se especificaba la situación familiar, cuya copia se

adjunta. Continúa refiriendo que la progenitora de L. y A. ingresó al hospital por haber sufrido un accidente de tránsito, el cual le generó secuelas físicas y neurológicas, por las que le otorgaron certificado de discapacidad con diagnóstico de "dependencia de silla de ruedas cuadriplejía espástica con secuela de traumatismo de cabeza y alteraciones del habla no clasificadas en otra parte", especificando también que no tenía redes familiares de contención ya que sus padres fallecieron y sus hermanos no quisieron hacerse cargo del cuidado de la familia, agregando que uno de ellos le habría quitado el dinero del juicio que habría cobrado la señora como así también su herencia, lo cual habría sido el origen de su situación de calle. En el año dos mil catorce se traslada a la familia a la sede de ..., para continuar el tratamiento y rehabilitación de la madre de los niños en el hospital zonal, hasta su fallecimiento ocurrido por deterioro de su estado de salud, con fecha veinticuatro de junio del año dos mil diecisiete. En ese momento los niños son trasladados al Hogar para niños de barrio ... en esta ciudad de Córdoba. Se destaca en el informe que si bien L. y A. vivían con su madre desde el momento de su ingreso, estuvieron bajo el cuidado de las autoridades institucionales, encontrándose a esa fecha en trámite el pase escolar, ya que A. cursaba segundo grado y L. tercero. Respecto a los vínculos familiares afirma que no tuvieron visitas ni contacto alguno y se desconoce datos acerca de los padres de los niños. Refiere buen comportamiento de los niños y buena relación tanto con pares como con figuras de autoridad, colaborando en las tareas del Hogar que se le asignan sin inconvenientes. Finaliza aseverando que todas sus necesidades básicas son cubiertas por la institución donde residen, siendo las condiciones habitacionales acordes a sus necesidades. A continuación se incorpora copia de lo que parece ser la Encuesta Social e Informe Médico del hospital Dr. R. L. del Municipio de ... mencionados (fs. 2/3), los que por la mala calidad de fotocopiado no son pasibles de ser leídos más que en escasos párrafos salteados, factor que los inhabilita como informes de mérito para ilustrar al Tribunal, por lo que deberán ser reenviados en debida forma. **2)** Informe de las Lics. en Trabajo Social de Senaf, S. M. A. y M. M. V., de fecha nueve de agosto de dos mil diecisiete, que se

adjunta a fs. 4/5 de autos. Está dirigido al Responsable del Equipo Zonal número ... Lic. J. G., y tiene como finalidad informar lo actuado por las mencionadas profesionales con relación a los niños de referencia. Aporta los datos identificatorios de los niños, mencionando que L. N. C., de entonces once años, asiste a cuarto grado de la escuela La S. M. y A. E. C., de siete años, a segundo grado de la misma escuela. Asimismo aporta datos del matrimonio responsable: J. Z. S. V., de cincuenta y tres años, Lic. En Filología inglesa, Pastor Evangélico, casado, Director de ...; y M. G. M., de cincuenta y dos años, secundario completo, colabora en las actividades administrativas de ... A continuación, luego de plasmar lo relatado por la Lic. B. de ..., en los mismos términos que lo referido precedentemente en el punto 2) del presente, relata: ... "Entrevistados los niños en la sede del Servicio Zonal n°..., expresaron su deseo de quedarse con M. y J. que los conocen desde que vivían en ... Se los ve en buenas condiciones generales, en aparente buen estado de salud. Están por retomar su escolarización en una escuela de las cercanías de la institución"... Continúa refiriendo datos aportados por la Lic. B. en su informe ya mencionado. Respecto a la entrevista mantenido con la Sra. M. expresa ... "contó que ella junto a su esposo, director de la institución están casados hace 25 años, tienen 10 hijos, todos conviven en las sedes de ... tanto de ... como de ... Participan activamente en las actividades que desarrollan como institución. Sus hijos mayores son responsables del cuidado de estos niños cuando ellos viajan, ya que deben repartir sus días entre ambas ciudades. Conocen a L. y N. desde hace 5 años, al tener certificado de discapacidad de la progenitora, en su momento solicitaron la curatela de la progenitora pero falleció antes de que pudiera efectivizarse el trámite. En esos años fue infructuosa la búsqueda de familiares de los mismos. Atento al vínculo que han entablado con los chicos es que deciden legalizar la situación por considerarlos parte de su familia 'son los hijos más pequeños que tenemos'. Por otra parte esto les va a facilitar los trámites relacionados con salud, educación, etc." ... A continuación puntualiza que en entrevista con el Sr. Z. éste coincidió con los dichos de su esposa, confirmando que esa decisión ha sido tomada en familia, con la

participación de sus hijos, agregando que su ocupación como director de ... lo lleva a viajar dos veces por semana a las distintas sedes que poseen. Refieren las profesionales que el Sr. Z. habló con mucho afecto de los niños, resaltando los duros momentos "que han vivido con su mamá discapacitada, viviendo en la calle y luego con el fallecimiento de la misma". Concluye el informe afirmando ... "Por lo antes descripto, se infiere que tanto L. N. como A. E. dentro de la institución, han constituido su centro de vida, siendo los adultos responsables y el grupo familiar referentes afectivos para ambos, garantizándoles el interés superior, no habiendo objeción alguna a estos acuerdos familiares desde Secretaría para que esta situación continúe. Atento a la situación de hecho se ADOPTA MEDIDA EXCEPCIONAL por el término de 90 días a los fines de que la Dirección de Asuntos Legales regularice la situación jurídica de los niños L. N. C., D.N.I. ... Y A. E. C., D.N.I. ... continuando al cuidado del matrimonio M.Z. S. J., en el domicilio de ... en ..." 3) Copia de las cédulas identificatorias: De los niños L. N. C., documento nacional de identidad número ..., nacido el día ... (fs. 5vta.), y A. E. C., documento nacional de identidad número ..., nacido el día ... (fs. 8vta.), ambos hijos de la Sra. C. A. C., documento nacional de identidad número ... De la Sra. M. G. M., documento nacional de identidad número ..., argentina, nacida el ...; y del Sr. J. Z. S. V., documento nacional de identidad número ..., de nacionalidad española, nacido el ... (fs. 6 y 6vta.). 4) Notificación (art. 54, Ley 9944), de fecha nueve de agosto de dos mil diecisiete, de la Medida Excepcional adoptada con relación a los niños L. y A. C.: A ..., la que es suscripta por el Sr. J. Z. y la Sra. M. M. (fs. 7). Al Sr. J. Z. y Sra. M. M. (fs. 7vta.). Al niño L. N. C. ante el Equipo Técnico del Servicio Zonal número ... de la Senaf (fs. 8). 5) Informe de fecha once de septiembre de dos mil diecisiete producido por la Dirección de Asuntos Legales de la Senaf en virtud de la Medida Excepcional adoptada por la Dirección de Protección de Derechos en representación del Servicio Zonal Número dos en relación a los niños L. N. y A. E. C., expresando que a los efectos de la conservación de sus derechos y reparación de las consecuencias producidas, permanecerán bajo el cuidado y protección de los Sres. M. G. M. y J. Z. S. V., como referentes afectivos, domiciliados en la residencia ... sita en barrio ... de esta ciudad

de Córdoba (fs. 10/12). Afirma que al tiempo de adoptarse la Medida Excepcional los niños se hallaban junto a su progenitora residiendo en la mencionada institución, destacando que los cuidados cotidianos se los prodigan desde el año dos mil doce las autoridades institucionales. Adjunta informes técnicos a fin de dar cuenta de los extremos que han considerado fundantes para la procedencia de la medida adoptada, de los que hace una breve reseña, y constancias documentales pertinentes, todo lo cual ha sido detallado en los puntos 1) a 4) precedentes. A tenor de ello, expresa el informe que atento a que A. y L. no cuentan con cuidados cotidianos que provengan del ejercicio de la responsabilidad parental, en ausencia de redes familiares nucleares y extensas que la pudieran asumir, consideraron necesario y pertinente adoptar la medida preceptual de tercer nivel que nos ocupa, de conformidad a lo preceptuado por los arts. 3, 6, 14 segundo párrafo, 48 y 49 inc. a) y d) de la Ley 9944 a fin de resguardar el interés superior de los niños, entendido como la satisfacción de la mayor cantidad de derechos que sean posibles, arts. 3, 9 punto 3, 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Entre la documental ya mencionada, manifiesta adjuntar acta de compromiso y responsabilidad suscripta por los Sres. Z.M., la que no se encuentra acompañada. Hace presente que se solicitó al Servicio Zonal número ... que arbitre las estrategias pertinentes a efectos de que los niños reciban los correspondientes controles de salud, se inserten o continúen insertos en el sistema educativo formal y asistan a tratamiento psicológico si fuere necesario; se averigüe el paradero de quien sería el progenitor de los niños instándolo a que los reconozca; y se desplieguen las acciones de segundo nivel que pudiesen corresponder. A continuación la Dirección de Asuntos Legales de Senaf sugiere que se otorgue la guarda judicial de L. y A. C. a los Sres. M.Z., quienes se presentan como referentes afectivos, y vencido el plazo legal, de considerarse adecuado a su interés superior, se otorgue su tutela a los mencionados adultos, por considerar que ello les brinda una mayor y más amplia protección a los derechos y prerrogativas que la ley les reconoce. Cita jurisprudencia del Juzgado de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de Segunda Nominación en la que se considera ese

tribunal competente para resolver en las guardas que dispone el art. 657 (se refiere al Código Civil y Comercial de la Nación) y en las hipotéticas tutelas que deriven de las mismas, en cumplimiento del principio de efectividad reconocido por el art. 11 de la Ley 9944, entendiéndose que al Fuero de Familia le compete la homologación de la delegación de la guarda realizada por los progenitores (art. 643 CCCN) y la tutela que derive en su consecuencia. Con relación al plazo de la Medida Excepcional de Protección de Derechos adoptada, la estima en noventa días a fin de laborar las estrategias que resulten pertinentes instrumentar conforme lo dispuesto por el art. 48, 4° párrafo, Ley 9944. Concluye solicitando se ratifique la medida adoptada. **6)** Audiencia fijada a los fines prescriptos por el art. 56 de la Ley 9944, la que tiene lugar conforme da cuenta el acta de fs. 25/27, a veintiséis días del mes de octubre de dos mil diecisiete, a la cual comparecen ante la suscripta y Secretaria autorizante, el Sr. J. Z. S. V. y la Sra. M. G. M.; juntamente con el niño L. N. C., quien lo hace acompañado por la Dra. M. M., Asesora de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de N. Turno como Abogada del Niño quien pide participación en tal carácter, la que en el acto le es concedida; y con el niño A. E. C.; en presencia del Sr. Asesor de Niñez, Adolescencia, Violencia Familiar y de Género de O. Turno, Dr. H. C. en el carácter de Ministerio Público en ejercicio de la representación de los niños. En esa oportunidad se consigna en el acta respectiva: ... “Abierto el acto por S.S., concede la palabra a los niños L. y A. C. quienes manifiestan: que están bien que vinieron con M. y Z.. Preguntados por S.S. respecto a cómo están dijeron: bien. Que están viviendo ahí. Que cuando eran chiquitos vivían en una villa. Después en ... en varios hogares y ahora acá. L. dijo: que va a la escuela y le va mal, tiene once años y va a tercer grado porque él empezó a los nueve años. Preguntados por el Dr. C. respecto a cómo llaman a M. y J., L. dijo que cuando estaba su mamá le decían abuela y abuelo. Ahora mamá y papá. Preguntados por S.S. respecto a con quién viven, L. dijo: que con muchos chicos; los varones por un lado y las nenas por otro. No sabe cuántos son pero son muchos. Que algunos son grandes. Uno es el encargado y tiene diecinueve años. Él está en la misma casa, diferente pieza. Preguntado por el Dr. C. si la cama de ellos siempre está en la

misma pieza, L. dijo: que cuando llegaron estaban en otra pieza. Preguntado por el Dr. C. por qué les dicen a J. y M. mamá y papá L. dijo: que así le dicen. Preguntados por S.S. respecto a por qué fueron a ... dijo: que su mamá estaba internada y a ellos vino una camioneta blanca y los llevó a un hogar. A. tenía un año. Después fueron a otro hogar de ...; después los cambiaron a ... y ahí falleció su mamá. Que su mamá falleció a la noche. Que ahí le dijeron que los iban a adoptar para que sean sus hijos y los cuiden. Preguntada por S.S. respecto a quién los cuidaba antes, L. dijo: que los cuidaba S. que ahora es su hermana porque es la hija de ellos. Preguntados por S.S. respecto a si tienen recuerdo de algún familiar L. dijo: que se acuerda de un tío que era malo con él y su mamá. Que otro tío le regaló la casa a su mamá. Preguntados por S.S. respecto a dónde quieren permanecer L. dijo: que quiere estar ahí donde está. Que cuando M. no está los cuida otra señora. Que los hijos de M. y J. viven ahí, los más grandes no. Preguntados por S.S. respecto a si ellos son iguales que los otros chicos L. dijo: que es un poco diferente, ellos van a otra escuela y cuando ellos necesitan algo M. trata de conseguirlo. Cuando comen están todos juntos en una mesa larga. Que A. no habla mucho porque es tímido. A. dijo: que sus amigos del colegio lo molestan, B. le pisó la mano y le roba las cosas. Que él a M. y Z. le dice papá y abuela. Que está bien; allá lo cuidaba S. Le gustaba más ... Que cuando se portaba mal o dice malas palabras S. lo ponía contra la pared. Preguntada por S.S. respecto a si se quieren quedar en Córdoba dijeron que sí. Preguntados por S.S. respecto a si hacen las tareas de la escuela L. dijo: que sí, que lo ayudan los chicos más grandes". Concedida la palabra a los Sres. J. Z. S. V. y M. G. M., dijeron: "que los niños son de ... Su madre tuvo un accidente y quedó cuadripléjica y la familia de la madre les robó el dinero y los echaron de la casa. Que ellos ingresaron a ... de ... y permanecieron poco tiempo. Que como la madre de los niños estaba muy enferma y el caso era muy complejo y tenían mayor facilidad para llegar al hospital en ... ya que tienen contacto con el hospital y por ello los trasladaron allí". A continuación la Sra. M. dijo: "que los chicos estaban a su cargo en ...; cuando la dicente no estaba los cuidaba S., su hija de veinte años. Que ellos tienen diez hijos biológicos, la menor tiene once años y el mayor

treinta. Sus hijos varones están acá en Córdoba. Que cuando la madre de los chicos vivía ellos les decían abuelos y ahora los llaman papá y mamá". Preguntados por el Dr. C. respecto a si los niños reciben trato diferenciado respecto de los otros niños que están en el hogar dijeron: "que viven con ellos en su casa. Ellos viven en una casa en una segunda planta. Que sus hijos mayores duermen en los salones con los otros niños y cumplen una función de cuidado; cuando ellos viajan L. y A. duermen con ellos". Preguntados por la Dra. M. respecto a si es la primera vez que ellos sienten esta necesidad de cuidar especialmente a los niños, M. dijo: "sí; siempre han cuidado niños, pero con ellos es especial". Preguntados por S.S. respecto a cuándo comenzaron a llamarlos mamá y papá la Sra. M. dijo: "que L. siempre les preguntaba qué iba a pasar cuando su mamá se muriera. Que le dijeron que iban a cuidarlos y los niños cuando falleció su madre comenzaron a llamarlos de esta manera. Que si bien el estado médico de la madre era muy complicado creían que iba a durar más tiempo, pero no fue así. Que A. le tenía miedo a su madre, no quería verla intubada, pero con L. la relación era distinta; él era consciente de que su mamá se iba a morir. Que no regresaron a ... por el colegio, pero lo van hacer; los chicos extrañan pero hablan mucho por teléfono incluso con sus amigos. Preguntados por S.S. respecto a cuál es su voluntad respecto de los niños dijeron: que ellos quieren adoptarlos. Que la madre de los chicos les dijo que quería que los chicos quedaran con ellos, pero no hicieron nada porque la enfermedad se aceleró de golpe. No pensaron que iba a morir tan pronto. Que saben por lo que la mamá dijo que el padre de L. falleció y del padre de A. nunca se habló. Que los abuelos de los niños también murieron. Que los niños tienen personalidades muy diferentes, A. es muy caprichoso y L. lo consiente; el que manda es A. y L. lo protege en todo. Preguntados por S.S. respecto a las actividades que realizan los niños la Sra. M. dijo: Que concurren a la escuela. A. va a la fonoaudióloga y una psicóloga concurre una vez a la semana al hogar. Preguntados por S.S. respecto a si manifestaron en SeNAF su voluntad de adopción dijeron: que si, pero les dijeron que tenían que esperar. Preguntados por el Dr. C. respecto a si L. va atrasado en la escuela porque tiene un retraso madurativo la Sra. M. dijo: que lo están evaluando,

habían comenzado en ... pero ahora con el cambio de escuela se empieza de nuevo. Posiblemente tenga que ir a una escuela especial. El médico dijo que todo podría deberse a que L. padeció de desnutrición. Que los niños han sufrido mucho. Sufren el rechazo. En ... la maestra le exigía que lleve a la madre a las reuniones, una vez la llevó y a partir de ahí los compañeros del colegio se burlaron por el estado de su madre. Que lo mismo pasó en el colegio de ..., los niños los apartan porque no tenían madre; desde el colegio trataron de revertirlo y se han integrado de a poco". Preguntados por S.S. respecto cuántos días permanecen en ... la Sra. M. dijo: "que el que viaja generalmente es J.. Que los niños están cuando vuelven del colegio con ella. J. dijo: que estos niños han sufrido muchos rechazos toda su vida y eso están tratando de revertirlo. Que acompañan copia de la partida de defunción de la madre de los niños de las actas de nacimiento de L. y A."... En la misma oportunidad, la Abogada del Niño L. C., Dra. M. M., concedida que le fue la palabra dijo: ... "que habiéndose cumplimentado en autos las garantías mínimas de procedimiento estipuladas en la ley 26061 y 9944 y respetando el derecho de todo niño de ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta al momento de resolver, acompaño y refuerzo la solicitud de L. de permanecer junto a M. y Z. a quienes llama "mamá" y "papá" siendo que en ellos encuentra protección y cuidados. Que las circunstancias de vida a las que L., y su pequeño hermano, estuvieron expuestos, junto a su madre de origen los llevaron a vivir varios años con el matrimonio Z.M. a quienes, cuando su madre vivía, llamaban "abuelos". Desde que su progenitora falleció, L. encontró en M. compañía y afecto. El niño manifestó que se siente querido por ambos miembros del matrimonio y pretende seguir viviendo con ellos considerando, el Hogar, su centro de vida. Valorando lo solicitado por L., refuerzo su deseo por considerar que su interés superior se vería satisfecho junto al matrimonio mencionado requiriendo se remita copia de la presente audiencia al órgano administrativo para que arbitre los medios a fin de encausar legalmente la solicitud de la Sra. M. y el Sr. Z. con relación a los niños de autos"... Por su parte, Dr. H. C. en el carácter de Ministerio Público en ejercicio de la representación de los niños, dictaminó expresando: ... "que L. y A. están

muy bien con el matrimonio M. M. y J. Z.. Por otra parte, la medida adoptada luce correcta. Debiendo apuntalar el camino que están realizando el matrimonio, quienes tienen serias intenciones de adoptar a los niños y estos últimos se refieren a los primeros como papá y mamá (mientras que en vida de su madre, les decían abuela y abuelo). Ante la falta de familiares que ocupen dicho lugar, y la voluntad de los niños y el matrimonio, se debe trabajar desde SeNAF el estado de adoptabilidad, y en su momento la inscripción del matrimonio en el Registro Único para su inscripción y evaluación. La especial situación, amerita la excepción, toda vez que ellos asumieron responsablemente el cuidado de la madre y los niños, pensando que la madre sobreviviría más tiempo, y que la muerte de ella los sorprendió, y continuaron de manera natural cuidando a los niños". Luego de oídos los comparecientes, en el mismo acto se dispone pasar los autos a despacho para resolver. **VI)** Lo referido hasta aquí convence a la firmante que debe ratificarse la Medida Excepcional de Protección de Derechos adoptada por Senaf en beneficio de los niños L. N. y A. E. C.. Se trata de niños que han vivido situaciones de alta exposición luego de padecer su madre un accidente que le produjo importantes e invalidantes secuelas; sin vinculación con sus respectivos padres ya sea por fallecimiento (el supuesto progenitor de L.), o por un desprendimiento voluntario o no, de sus obligaciones como tal (el supuesto progenitor de A.); que no recibieron de su familia extensa la contención y protección alternativa, sino que por el contrario, habrían sufrido de parte de ésta el despojo de lo obtenido por su madre como indemnización por el accidente. Niños que encontraron dignidad (art. 9 Ley 26.061 y art. 13 Ley 9944) y respeto por sus derechos más elementales al ser acogidos por la institución ... junto a su progenitora en el año dos mil doce, respetándose su derecho a una buena calidad de vida (art. 27 CDN, art. 8 Ley 26.061, art. 12 Ley 9944), a la vida familiar, a ser criados y desarrollarse dentro de su grupo familiar de origen (art. 7.1, 8, 9 y 18.2 de la CDN; art. 3 inc. c y 7 Ley 26.061; art. 14 Ley 9944), a la preservación de sus vínculos afectivos incluidos los fraternos, y con ello a su identidad personal, familiar e histórica, (art. 8 CDN; art. 11 Ley 26.061; art. 15 Ley 9944) a la vez que pudo recomponerse su

derecho a una vivienda digna (art. 27 CDN; art. 35 Ley 26.061; art. 45 Ley 9944), escolaridad (art. 28 CDN; art. 15 Ley 26.061; art. 18 Ley 9944), atención de su salud, (arts. 13 inc. a, 14, 15, 17, 18 de la Ley 9944), derechos que continúan ejerciendo los niños en la actualidad: ... "A. va a la fonoaudióloga y una psicóloga concurre una vez a la semana al hogar", a L. ... "lo están evaluando (...) posiblemente tenga que ir a una escuela especial"... (de lo manifestado en audiencia de fs. 25/27 por la Sra. M.); ... "L. N. (...) cursa 4to. Grado escuela La S. M. (...) A. E. (...) asiste a 2do. grado en la misma escuela"... "Todas sus necesidades básicas son cubiertas por la institución que dispone de las condiciones habitacionales acordes a las necesidades de ambos hermanos." (del informe de fs. 4). Es dable destacar la importancia de la Observación General nro. 7 del Comité de los Derechos del niño, en cuanto señala el carácter esencial del período denominado "primera infancia" (hasta los ocho años), en la realización de los derechos del niño, habida cuenta de la creación de fuertes vínculos emocionales de los niños pequeños respecto de sus padres, u otros cuidadores, de los que necesitan recibir cuidado, atención, orientación y protección, siendo vitales esos primeros años en la vida de los niños, para su salud física y mental. (Comité de los Derechos del niño, Observación General nro. 7, Realización de los derechos del niño en la primera infancia, 2005). L. y A., desde el año dos mil doce y durante el proceso de enfermedad de su madre, generaron con sus cuidadores Sres. M. y Z. y sus hijos mayores esos lazos vitales, y en consecuencia, mientras se sustancia este proceso y se analizan las distintas alternativas que mejor respondan a su interés superior, deben mantenerse. Además de cumplirse con lo mandado por el art. 12 CDN, art. 24 Ley 26.061 y arts. 3 inc. b, 4 último párrafo, y art. 27 de la Ley 9944 en cuanto establecen el derecho del niño a ser oído; en orden a los requisitos formales, y considerando las garantías mínimas de procedimiento estatuidas en el **artículo 31 de la Ley 9944**, se debe mencionar que, para arribar a la medida excepcional adoptada y a la presente resolución, los niños L. y A. han sido escuchados y se les ha dado participación tanto en sede administrativa como judicial; en la primera, por parte de profesionales idóneos quienes los han entrevistado

conforme se desprende del Informe de las Lics. en Trabajo Social de Senaf, S. M. A. y M. M. V., de fecha nueve de agosto de dos mil diecisiete, que se adjunta a fs. 4/5 de autos: ... "Entrevistados los niños en la sede del Servicio Zonal n° ..., expresaron su deseo de quedarse con M. y J. que los conocen desde que vivían en ..."; y constancia de notificación al niño L., obrante a fs. 8, de la que se desprende que es ilustrado sobre la medida adoptada y los derechos que le asisten, teniendo en cuenta su capacidad progresiva. Y en este juzgado, en oportunidad de desarrollarse la audiencia para conocerlos y oírlos en forma personal tal como se prevé en el art. 56 de la Ley 9944 (fs. 25/27), ocasión en que el niño L., de entonces once años de edad, conforme su madurez y desarrollo evolutivo se presenta acompañado de Abogada del Niño (art. 27 inc. c, Ley 26.061; art. 31 inc. c, Ley 9944), la que se le asigna de oficio dándosele la participación requerida, y a la cual se le da intervención desde el primer momento de iniciadas las actuaciones judiciales (proveído de fs. 15), del mismo modo en que se procede con el Ministerio Público como representante de los niños, conforme lo dispuesto por el art. 103 del CCCN y arts. 31 inc. a y 67 inc. a, de la Ley 9944. En cuanto al criterio de **oportunidad** en la actuación del organismo administrativo, se debe hacer la salvedad que en ocasiones, como la presente, no es procedente adoptar previamente medidas de primer y segundo nivel, sino que, al no tener los niños reconocimiento paterno, frente al fallecimiento de su progenitora quedan sin representación legal, y habiéndose desentendido de su suerte sus parientes durante años, quedan también privados de un medio familiar, lo que impone la inmediata intervención de la Senaf para el resguardo de sus derechos adoptando una medida de tercer nivel. Claramente las medidas de primer o segundo nivel resultarían inadecuadas en la situación particular para cumplir el objetivo de restituir a los niños el pleno ejercicio y goce de sus derechos vulnerados (art. 48, tercer párrafo, Ley 9944). Procedió por ende conforme a derecho la institución ... al comunicar esa situación a Senaf según se desprende del informe incorporado a fs. 1. Con antelación a ello, ya operaba lo preceptuado por la Ley 26.061 en su art. 6° en cuanto regula la participación comunitaria, estableciendo que ... "la comunidad, por motivos

de solidaridad y en ejercicio de la democracia participativa, debe y tiene derecho a ser parte activa en el logro de la vigencia plena y efectiva de los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes". Es precisamente lo que ocurrió al ser alojados L. y A. junto a su madre en ..., lo que les permitió mantener su núcleo familiar, respetándose su derecho a la vida en familia, a la vez que salir de la situación de alta vulnerabilidad en la que se encontraban en la calle, con su madre con una discapacidad producida por un accidente que le dejó como secuela dependencia de silla de ruedas, cuádrupleja espástica y alteraciones del habla. Al mantener a los niños a cargo de los mismos adultos que sirvieron de soporte a esa situación familiar de tanta fragilidad y que en la práctica se ocuparon durante años de cubrir todas sus necesidades tanto de alojamiento como de educación, salud y también de contención emocional, la Medida se muestra **proporcional** y adecuada al caso concreto, en tanto que responde a los criterios de prioridad para la aplicación de las medidas de tercer nivel que enumera el **art. 49 inc. a, de la Ley 9944**. A la vez esta determinación es **eficiente**, vale decir, conculca la menor cantidad de derechos posible al momento de propender a la restitución de derechos de igual jerarquía que se encuentran vulnerados, ya que al verse privados los niños de su medio familiar indefectiblemente se han visto afectados derechos humanos reconocidos y consagrados constitucionalmente, interviniendo el organismo administrativo en pro de la restitución de la mayor cantidad de derechos que sea posible en vistas de su interés superior (art. 3, Leyes 26061 y 9944). Los elementos incorporados por Senaf reúnen la mínima suficiencia, y han sido corroborados y ampliados en la instancia de audiencia ante la suscripta, como para afirmar que la Medida Excepcional de Protección de derechos fue adoptada conforme a ley. **VII)** Sin embargo, como hemos expresado, la medida que se adopte también deberá ser **eficaz**, esto es, lograr su objetivo de ofrecer a los niños un nuevo escenario que les devuelva efectivamente el goce de sus derechos vulnerados (principio de efectividad, art. 11 Ley 9944). Es en este punto donde se valorará la petición de la Dirección de Asuntos Legales de la Senaf de otorgar la guarda que prescribe el art. 657 del CCCN para posteriormente tramitar una

tutela la que, adelantamos, no luce como la alternativa que mejor protegería los intereses de L. y A. y el compendio de derechos que les asiste, ni se condice con el deseo expresado por ellos ni por los adultos involucrados, en audiencia ante este tribunal. En efecto, al ser interrogados los niños en oportunidad de la audiencia receptada, expresan que al fallecer su madre empezaron a llamar papá y mamá a M. y "Z.", y sus relatos dan cuenta que distinguen la situación de ellos, quienes ocuparían el lugar de miembros de la familia, a diferencia de los demás niños alojados en la institución: ... "los cuidaba S. que ahora es su hermana porque es la hija de ellos" ... "es un poco diferente, ellos van a otra escuela y cuando ellos necesitan algo M. trata de conseguirlo"... Del mismo modo la voluntad expresada por Sres. M. y Z. es coincidente con lo expresado por los niños ... "ahora los llaman papá y mamá (...) viven con ellos en su casa. Ellos viven en una casa en una segunda planta (...) siempre han cuidado niños, pero con ellos es especial (...) L. siempre les preguntaba qué iba a pasar cuando su mamá se muriera. Que le dijeron que iban a cuidarlos y los niños cuando falleció su madre comenzaron a llamarlos de esta manera (...) que ellos quieren adoptarlos. Que la madre de los chicos les dijo que quería que los chicos quedaran con ellos (...) lo mismo pasó en el colegio de Córdoba, los niños los apartan porque no tenían madre"... "que el que viaja generalmente es J.. Que los niños están cuando vuelven del colegio con ella"... "deciden legalizar su situación por considerarlos parte de su familia (...) son los hijos más pequeños que tenemos"... En ese sentido, la Abogada del Niño L. solicita en audiencia que se remita copia del acta respectiva al órgano administrativo para que arbitre los medios a fin de encausar legalmente la solicitud de la Sra. M. y el Sr. Z. con relación a los niños de autos (fs. 27). A su turno, el Ministerio Público en el carácter de representante de los niños considera que se debe apuntalar el camino que está realizando el matrimonio en su voluntad de adoptar a los niños quienes se refieren a ellos como papá y mamá, y ante la falta de familiares que ocupen dicho lugar, sostiene, se debe trabajar desde Senaf el estado de adoptabilidad. Dicho esto, la tutela no se manifiesta como la forma legal que traduciría la relación conformada en los hechos: sus manifestaciones dan cuenta que se

reconocen como padres e hijos. El sentir de estas personas nos lleva por otros caminos. Si bien la tutela propuesta por Senaf les proveería a L. y A. de todo lo materialmente necesario para su sano desarrollo, es esa una institución que impone limitaciones que no se le atribuyen a la responsabilidad parental que se asume mediante la adopción. Coincidiendo plenamente con lo planteado en audiencia por ambos Ministerios (Abogada del Niño y Representante), podemos afirmar que la posibilidad de tener padres que los ahijen, después de haber pasado por tantas situaciones de sufrimiento a pesar de tan corta edad de estos niños, puede ser una alternativa muy superadora y se debe considerar como prioritario reponerles a L. y A. el derecho a una vida en familia que les devuelva una experiencia lo más cercana a la realidad biológica de todo niño. A través de la Dirección de Asuntos Legales, Senaf solicitó el otorgamiento de la guarda regulada por el artículo 657 del CCCN, el cual, desde lo estrictamente legal, no prevé esa modalidad para personas ajenas al entorno familiar, ni se orienta a la situación de niños que no detentan filiación por fallecimiento de la única persona con quien mantenían ese vínculo, de hecho el último párrafo expresa: “sin perjuicio de que la titularidad de la responsabilidad parental permanece en cabeza de los progenitores”. El interés superior del niño normado por el art. 3 de la CDN y receptado por las leyes 26.061 y 9944 debe ser analizado frente al caso concreto y de acuerdo a las circunstancias particulares que lo revisten. Debe considerar la escucha al niño, debe tener en cuenta su deseo y analizarlo conforme a la mejor conveniencia del niño. Puede decirse que la que existe entre estos niños y el matrimonio M.Z. es aún una relación incipiente en cuanto a la modalidad que ha adoptado con posterioridad al fallecimiento de su madre, pero se vislumbra diferente a la de un tutor con relación a una persona menor de edad bajo su tutela o a la de un guardador. Por el contrario, debe analizarse si otorgar el status de padre y de madre para estos niños, el cual en los hechos se encuentra vacante, es acaso lo que mejor contemplaría su interés. Ocurre que para poder analizar si sería viable esta posibilidad, se requiere previamente verificar si se dan las condiciones para la declaración de estos niños en situación de adoptabilidad, lo cual conforme lo dispone el art.

607 inc. c, deberá valorar Senaf enviando el dictamen respectivo, para que se efectúe el correspondiente control de legalidad. Enumera el art. 607 del CCCN de manera precisa los tres supuestos fácticos y jurídicos que podrían dar lugar a la declaración judicial de situación de adoptabilidad que antecede a la adopción, siendo el primero de ellos la existencia de niños sin filiación establecida o progenitores fallecidos, siempre que el organismo administrativo competente haya agotado la búsqueda de familiares en un plazo determinado con posibilidad de prórroga, lo que deberá ponderar Senaf y, en su caso, dictaminar en consecuencia (art. 607 inc. c, CCCN). Si bien el art. 607 establece en su anteúltimo párrafo que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela, continúa expresando “*y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste*” por lo tanto, ante la manifestación de voluntad tanto del matrimonio como de los niños y de su representante complementario, se impone como hemos expresado, la necesidad de un dictamen del organismo administrativo sobre la situación de adoptabilidad. Ello emerge así, si se realiza una interpretación armónica de todo el ordenamiento legal y en consideración puntual a lo establecido en el inc. c de la citada norma, que se refiere a las situaciones en las que se han adoptado medidas excepcionales, imponiendo a Senaf como órgano de protección de derechos, la carga de dictaminar en ese sentido. La vida es compleja y diversa, por tanto debe analizarse cada caso contemplando sus particularidades. Las leyes no son compartimentos estancos, sino por el contrario conforman un compendio de normas que deben interpretarse como cuerpo. Y en lo que respecta a los derechos de los niños, es su interés superior la regla que adquiere preeminencia siempre frente a otras, ya que está estatuida en la más alta jerarquía de disposiciones normativas (Convención Internacional sobre los Derechos del Niño incorporada al art. 75 inc. 22 de la Const. Nac.), y a su vez la misma Convención que la establece le otorga un grado superlativo frente a otras normativas: “*una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*” (art. 3 CDN). Es por tanto una pauta que debe presidir cualquier toma de decisión que involucre a un niño

o a una niña, y obliga en todos los ámbitos, incluido el administrativo, en el que se deberá evaluar cuál posibilidad legal responde mejor a ese interés superior. **VIII)** Sin perjuicio de lo antedicho, considera la suscripta conveniente y útil para continuar este proceso de la manera más favorecedora para el mejor interés de los niños L. y A. C., dar intervención al Equipo Técnico del fuero, para que aporte mayores elementos que clarifiquen desde la interdisciplina su situación, ya que es menester una complementación con otros saberes para aprehender en su totalidad al ser humano. El siguiente párrafo ilustra sobre el beneficio de este aporte: ... “En ese contexto, se diseña el juez de los nuevos tiempos, no como espectador puro, neutro, sin ninguna relación con lo extrajurídico, confinado al expediente y al servicio de principios abstractos y en contacto sutil con el mundo de las esencias por su calidad de juzgador independiente e imparcial, (...) sino el juez protagonista que dialoga con las partes y que tiene frente a él a los autores del drama y los acompaña, que reconoce (...) que la construcción de su sistema de comprensión debe ser interdisciplinario para poder atender al contexto de la persona y a sus especialísimas circunstancias -a las que ha de acceder a partir del trabajo en equipo-, que le permitirá organizar una estrategia útil, entendida como una solución actual y previsor” ... (VILLAVERDE, María Silvia, Los equipos técnicos en el proceso de familia de la Provincia de Buenos Aires, Revista de Derecho Procesal, 2002-1, Derecho Procesal de Familia, I, Rubinzal-Culzoni Editores, abril 2002, Santa Fe, p. 268). La Ley 9944 en su art. 72 habilita el auxilio de este cuerpo técnico judicial especializado, sin perjuicio de la intervención de la Autoridad de Aplicación de la ley. **IX)** Se advierte que a la fecha, el plazo de vigencia de la medida excepcional de protección de derechos establecido por la Senaf se encuentra vencido, por lo que este organismo deberá expedirse sobre la necesidad de prorrogarlo, en caso de que persistan las causas que dieron origen a la medida adoptada, a fin de efectuar en esta sede el correspondiente control de legalidad (art. 48, cuarto párrafo, Ley 9944).

Por todo ello y disposiciones legales citadas, RESUELVO:

I) Ratificar la Medida Excepcional de Protección de Derechos dispuesta por la Senaf con fecha nueve de agosto del año dos mil diecisiete y por el plazo de noventa días, con relación a los niños L. N. C., documento nacional de identidad número ..., y A. E. C., documento nacional de identidad número ...; ambos hijos de la Sra. C. A. C. (fallecida), quienes permanecen al cuidado del matrimonio compuesto por los Sres. J. Z. S. V., documento nacional de identidad número ..., y M. G. M., documento nacional de identidad número ..., en el domicilio de ... en ... provincia de Córdoba.

II) Poner en conocimiento de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia que deberá expedirse sobre la prórroga de la Medida Excepcional dispuesta en caso de persistir las causas que le dieron origen, su innovación o cese, si correspondiere, elevando el informe respectivo para el control de su legalidad, y remitir en debida forma la Encuesta Social e Informe Médico del Hospital Dr. R. L. del Municipio de S. M. mencionados en el informe del Servicio Zonal número ..., cuya copia escasamente legible se encuentra incorporada a fs. 2/3 de autos.

III) Instar a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, como organismo administrativo de protección de derechos interviniente, a dictaminar en el marco de lo dispuesto por el art. 607 inc. c, CCCN y de conformidad a lo expresado en el punto VII) de los Considerandos de la presente resolución.

IV) Dar Intervención Al Equipo Técnico del fuero para que efectúe un estudio interdisciplinario de la situación de los niños L. y A. C. y su entorno familiar y comunitario, oficiando a sus efectos.

V) Comuníquese la presente resolución a la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, a cuyo fin, ofíciase remitiendo copia. Protocolícese y hágase saber.

FDO.: OTTOGALI.



RESPONSABILIDAD PARENTAL. CAMBIO DE CIUDAD DE RESIDENCIA. Oposición del progenitor no conviviente. PERSPECTIVA DE GÉNERO: Asunción voluntaria de la mujer de roles durante la convivencia: Rol de proveedor. Exclusión del ámbito externo productivo. Dificultad de reinserción en el ámbito laboral.*

El caso

La progenitora conviviente solicitó autorización judicial para el cambio de residencia junto a sus hijas a la localidad de Villa Dolores, Provincia de Córdoba. El progenitor no conviviente se opuso a la petición formulada. El Tribunal de Familia resolvió autorizar provisoriamente el cambio de residencia a la ciudad de Villa Dolores.

1. La autorización para radicarse con sus hijas en otra ciudad, se encuentra comprendida en las cuestiones derivadas del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 640 del CCyC). En este sentido, el art. 645 CCyC determina que se requiere el consentimiento de ambos progenitores para autorizar la salida de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero, no siendo necesaria para el caso de traslado de residencia permanente en el supuesto que sea dentro del país, salvo expresa oposición del progenitor. En dicho caso, resulta aplicable lo dispuesto por el art. 642 CCyC, con lo que ante el desacuerdo es el juez quien debe resolver. De tal guisa, la decisión que se adopte involucra otros aspectos también propios de la responsabilidad parental; ya que el plan de parentalidad que se adopte deberá necesariamente contemplar la distancia geográfica que el eventual cambio de domicilio de los niños o niñas involucrados implique. Así, la nueva legislación Civil y Comercial ha consagrado un verdadero derecho a la coparentalidad, que se traduce en la necesidad de un adecuado contacto materno - paterno filial que corresponde fundamentalmente como derecho a todo niño; consistente en el derecho de crecer con la presencia efectiva de ambos padres, el que por otra parte debe ejercerse primordialmente en beneficio del niño, sopesando su Superior Interés y el interés familiar, por sobre el individual de los progenitores. La conjunción entre el interés del niño y sus derechos fundamentales, implica que redundará en su beneficio toda acción o medida que tienda a respetarlos y a garantizar su efectivo ejercicio, máxime si se tiene en cuenta que el contacto materno - paterno filial apunta en esencia a atender las necesidades afectivas del niño, favoreciendo y promoviendo el desarrollo armónico e integral de su personalidad. En tal sentido, la enunciación que del referido principio preceptúa el art. 3.1 de la CDN debe entenderse como una fórmula paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades. La norma en cuestión constituye un “principio” estructurante que obliga a diversas autoridades a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso sino porque... los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida a su respecto se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los concluyen.

2. El art. 6 inc. b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belém do Para, dispone que el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: ... b. el derecho de

* Fallo seleccionado y reseñado por Mauro N. Córdoba.

la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. La asunción de roles en la pareja parental, producto de un acuerdo de la pareja, no implica que deba soslayarse que atrás de ello subyace un consecuente desequilibrio estructural entre las partes, en función de asumir uno de ellos el rol de proveedor y en consecuencia ser quien cuenta con recursos económicos autónomos, mientras que la otra, queda excluida del ámbito externo productivo, saliéndose del mercado laboral con las consecuentes dificultades de la reinserción posterior.

3. Las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, considera en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

4. Si bien es cierto que la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes, dispone en su artículo 3 inc. f que “se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”; también es cierto que la referida noción no sólo se conforma con el lugar físico donde se reside sino también con quién o quienes resultan ser los referentes cotidianos con los que se comparte la vida. Más precisamente a quién se llama por las noches ante un mal sueño, a quién se recurre cuando duele la panza, quién nos despierta con un beso por las mañanas, etc.

Juzg. de Familia de Primera Instancia y Sexta Nom. de Cba., 16/05/2018, “S. M. Y. y otro - Solicita homologación”

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: "S.M.Y. Y OTRO - SOLICITA HOMOLOGACIÓN" de los que resulta que: l) a fs. 15/17 comparece la Sra. M.Y.S, con el patrocinio letrado de la Dra. P.V.C., y solicita autorización judicial para el cambio de residencia junto a sus hijas a la localidad de Villa Dolores, Provincia de Córdoba y se fije audiencia con carácter urgente a los fines de tratar el régimen comunicacional a favor del progenitor. Expresa que es oriunda de la ciudad de Villa Dolores, arribando a la ciudad de Córdoba en el año 2001 para iniciar los estudios en psicopedagogía. Manifiesta que en el año 2007 comenzó un noviazgo con el Sr. M.M.A., consolidando posteriormente una convivencia, y en el año 2012 deja de trabajar, en acuerdo con su pareja, a los fines de poder encargar su primera hija, que nació el 09/12/2013. Refiere que a los días del nacimiento de M.L., la internan con diagnóstico reservado y luego de realizados los estudios pertinentes, en el mes de junio del año 2014, le diagnostican la enfermedad de Crohn,

que es una enfermedad autoinmune y crónica, con tratamiento vitalicio, que afecta su intestino. Indica que en el mes de julio de 2014, se retira del departamento que compartía con el Sr. M. y que en el año 2015, sin iniciar nuevamente la convivencia, tuvo un acercamiento con el progenitor, quedando embarazada en uno de ellos de su segunda hija A.M.S., nacida el 20 de mayo de 2016. Expresa que atento encontrarse con una niña de 3 años y embarazada de 4 meses, le comunicó al progenitor que necesitaba volver a la ciudad de Villa Dolores, ya que no podía continuar solventando los gastos en la ciudad de Córdoba. Atento a ello, él decide alquilar un departamento para que fuera a vivir junto a sus hijas y comienza a abonar en concepto de cuota alimentaria una suma mayor a la que estaba pactada de cuyo monto debe abonar el alquiler y todos los demás gastos de las niñas. En consecuencia, solicita la incorporación en el acuerdo de autos de la hija menor de edad, A.M.S., y el aumento de la cuota alimentaria acordada. Respecto a la solicitud de

traslado de jurisdicción, refiere que no puede continuar viviendo en la ciudad de Córdoba, ya que le resulta sumamente difícil poder criar sola a sus dos hijas de 3 años y 5 meses, alejada de sus padres y demás familiares cercanos que le colaboren en la satisfacción de las necesidades de las niñas y en las suyas propias, más aun ante su situación de salud, que no le permite realizar esfuerzos físicos, así como tampoco trabajar en turnos prolongados. Pone de manifiesto que la enfermedad que padece desde enero del 2014 le genera bajas de las defensas y procesos de fuertes anemias cuando se ve expuesta a situaciones de stress, siendo en su mayoría, causadas por la conducta del Sr. M., quien no colabora en la crianza de las niñas. Refiere que si bien el progenitor hace seis meses empezó a colaborar con un monto superior de mesada alimenticia, la misma le es insuficiente para poder abonar todos los gastos mensuales, y que sus padres deben realizar un sobre esfuerzo para que pueda pagar su alimentación, tratamiento, etc. Además de lo manifestado, aclara que la causa por la cual necesita volver a su ciudad de origen no es meramente económica, sino que el ritmo de vida allí es más tranquilo, lo cual es fundamental para su salud, y cuenta con la colaboración de su madre y sus hermanas para el cuidado sus hijas si en algún momento lo requiere. Asimismo, indica que le han ofrecido trabajar en blanco con turnos de media jornada en las tareas administrativas de la empresa de desagotes de su cuñado, con la libertad de poder continuar realizando sus controles médicos periódicos, todo lo cual se le hace imposible en esta ciudad. Relata que ha hecho un sobre esfuerzo todo este tiempo para continuar en la ciudad de Córdoba, y hoy ya no puede mantenerlo. Con respecto a la relación de las niñas con su padre, indica que en la actualidad las visita en su domicilio, retirando en algunas oportunidades a la mayor, M.L., pero sin pernocar en el domicilio del progenitor, ya que la niña llora y tiene que llevarse a ella. Con A., de 5 meses, nunca hubo un retiro y además se alimenta exclusivamente de leche materna. En lo referente al régimen de coparentalidad, resalta que el mismo se encuentra totalmente garantizado, proponiendo un régimen comunicacional a favor del progenitor. En suma, solicita una pronta resolución a la petición planteada, toda vez que debe radicarse definitivamente en la

localidad de Villa Dolores lo antes posible, a los fines de poder dejar de contraer deudas en esta ciudad y comenzar a organizarse para iniciar sus actividades laborales. II) A fs. 18 se imprime a lo peticionado el trámite previsto en el art. 73 de la ley 10.305 y se fija fecha de audiencia; compareciendo a fs. 20 la Asesora de Familia, quien toma intervención y se notifica de todo lo actuado. A fs. 43/49 y 55/60 comparece el Sr. M.A.M. con el patrocinio letrado de las Dras. E.S. y C.E.C., y contesta la presentación realizada por la Sra. M.Y.S. Manifiesta el rechazo total y absoluto en todos sus términos, de los hechos, pretensiones y derechos invocados por la actora. Señala que es verdad que luego del nacimiento de M.L. le diagnostican a la actora la enfermedad de Cronh, motivo por el cual no solo se ha preocupado por la salud de la peticionante, sino que también se ha ocupado de cubrir de manera real sus necesidades. En este sentido, refiere que durante todo el periodo de su convivencia la actora contaba con la obra social APROSS, y que desde el 10/10/2013 y hasta la actualidad tanto sus hijas como la Sra. S. cuentan con una asistencia de "urgencias médicas" URG, siendo el costo de la misma solventada por él. Sostiene que si bien la Sra. S. padece esta enfermedad, la misma no supone una discapacidad para realizar una actividad laborable ya que tal como surge de la historia clínica acompañada como documental por la demandante, la progenitora presenta una buena respuesta al tratamiento comenzado y actualmente se encuentra en remisión. Asimismo, señala que se le indicaron controles ambulatorios, por lo que la enfermedad no le impide desenvolverse como cualquier persona que goza de buena salud, pudiendo perfectamente tener un empleo de media jornada; continuar realizando sus controles médicos periódicos en la ciudad de Córdoba y compartir el resto del tiempo con las menores de edad. Refiere que resulta un tanto contradictoria la dicente cuando manifiesta que en la ciudad de Córdoba no puede trabajar por razones de enfermedad pero por el contrario, si podría hacerlo en la ciudad de Villa Dolores, tratándose de simples excusas para no trabajar. En relación al pedido de alimentos, niega y rechaza lo manifestado por la actora. Expresa que cumple en tiempo y forma el acuerdo celebrado con la progenitora en septiembre de 2014 y que luego del nacimiento de su hija A. incremento voluntariamente

el monto de la cuota alimentaria a la suma equivalente al treinta por ciento (30%) de los haberes que percibe. Aclara que el departamento en el que se encuentra viviendo la progenitora a la fecha ha sido alquilado por él, figurando como locatario en el contrato de locación y sus hermanas, como garantes del mismo. Resalta que tanto él, sus padres -abuelos paternos de las niñas- y hermanas, viven a diez cuadras de distancia de la progenitora, por lo que la actora cuenta "incondicionalmente" y en cualquier horario con su apoyo y el de su familia. Agrega que con el fin de que la Sra. S. se encuentre comunicada, puso a su disposición un teléfono celular con una línea que le permite hablarle sin costo alguno en cualquier momento del día. Asimismo, ofrece una cuota alimentaria a favor de las niñas. Indica que el traslado de las niñas a la ciudad de Villa Dolores implicaría sacarlas de su centro de vida y que el bienestar de sus hijas debe primar por sobre cualquier decisión que disponga voluntariamente la progenitora. Cita doctrina y jurisprudencia. Refiere que dicho traslado implicaría también una violación al derecho de coparentalidad, atento que un cambio de domicilio afecta de forma manifiesta el ejercicio de los derechos del otro progenitor y los de las propias menores, en orden al mantenimiento de una relación fluida y frecuente con aquellas; y tales contactos son un factor de decisiva importancia para el desarrollo emocional de sus hijas. Expresa que siempre, conviviendo con la Sra. S. o no, les ha brindado a las niñas el cariño y atención que necesitan para poder crecer en perfectas condiciones. Como prueba de ello señala que desde sus primeros días de vida las menores cuentan con una mutua y un servicio de urgencia y siempre ha sido él quien las ha llevado a su pediatra. Refiere, que visita a sus hijas diariamente, les compra indumentaria, con M.L. comparte salidas al cine, a cenar, etc., como así también, la niña, comparte momentos con sus tíos y sus primas/os paternos. Resalta que el fundamento del rechazo total y absoluto al traslado de sus hijas tiene su sustento fáctico en la ruptura de todas y cada una de las circunstancias que rodearon la vida de las niñas: la concurrencia diaria a su casa y a la de sus abuelos, tíos y primos; el contacto que mantienen; todos sus ámbitos comunes y frecuentes -lugares de esparcimiento, modo de vida; exponiéndolas la Sra. S. a un entorno

que le es íntegramente extraño. Explica que la decisión de trasladar a la menores a otra ciudad debe ir acompañada de una transformación de las situaciones fácticas que lo justifique, lo que en el caso planteado en autos, no ha ocurrido. Refiere que considera trascendental en la vida de las menores contar con ambos progenitores en su día a día, ya que esta solución aparece como la mejor manera de proteger el interés de las niñas; por ello, considera que resulta menester contar con prueba concluyente que acredite que el traslado de las niñas a la ciudad de Villa Dolores es el mejor arbitrio; extremos que no han sido probados por la progenitora. Indica que la misma, hace referencia a una oferta laboral en blanco en la empresa de su cuñado, ubicada en la ciudad de Villa Dolores, cuya circunstancia no acredita. Resalta que la progenitora cuenta en la ciudad de Córdoba con el apoyo moral y material de su hermana -quien vive en el mismo edificio que ella-, los abuelos paternos de las menores -que se encuentran a diez cuadras de su casa-, las hermanas y cuñados del compareciente, y, por su puesto, con su apoyo incondicional. Advierte también que en su solicitud, la actora no menciona el lugar donde residirían las menores en la ciudad de Villa Dolores, si contarían con seguridad, atención médica, etc. En suma, destaca que la Sra. M.Y.S. no puede sustraerse al cumplimiento del acuerdo que ha suscripto oportunamente, y que no se advierte en el escrito presentado cuál es el sustento que justificaría un supuesto cambio de domicilio, ni las pruebas tendientes a demostrar que ello sería indispensable. Acompaña propuesta de régimen comunicacional. Ofrece prueba documental, pericial e informativa. III) A fs. 62, con fecha 5 de diciembre de 2016 obra acta de audiencia prevista por el art. 73 de la Ley 10.305 a la que concurren ambas partes sin arribar a un acuerdo sobre la pretensión de cambio de residencia de la progenitora junto a sus hijas a la ciudad de Villa Dolores ventilada en los presentes, razón por la cual ambas partes ratifican los escritos de demanda y contestación obrantes a fs. 15/17 y 43/49 respectivamente, y previo a resolver, el Tribunal ordena correr vista a la Asesora de Familia interviniente, la que es evacuada a fs. 63/64. A fs. 65/66, mediante proveído de fecha 13 de diciembre de 2016 el Tribunal resuelve rechazando provisoriamente la autorización peticionada por la

Sra. S. manteniéndose de momento la residencia de las niñas en esta Ciudad de Córdoba, y requiriendo al CATEMU la realización de un informe. A fs. 95, obra incorporado, con fecha 26 de abril de 2017, el informe técnico psicológico efectuado por la Licenciada V.P., integrante del Cuerpo Técnico del Fuero de Familia a la Sra. M.Y.S. y a la niña M.L.M.S. Afs. 115, comparece la Sra. Asesora de Familia interviniente, se notifica de todo lo actuado y solicita la elaboración de un nuevo informe por parte del CATEMU, que contemple la participación y mirada del progenitor, lo que es proveído de conformidad por el Tribunal a fs. 126. Afs. 134, mediante proveído de fecha 30 de agosto de 2017, se ordena dar intervención al Área Social del CATEMU a los fines de integrar el estudio de psicología solicitado en autos. Afs. 136/137, obra incorporado, con fecha 18 de octubre de 2017, el informe técnico psicológico efectuado al Sr. M.A.M. por la Licenciada V.P.; incorporándose a fs. 161/165 el informe social elaborado por la Trabajadora Social Licenciada A.C., ambas integrantes del Cuerpo Técnico del Fuero de Familia. IV) Afs. 138 se ordena correr vista a las partes y a la Asesora de Familia interviniente, el que resulta evacuado en primer término por la Sra. S. a fs. 139. En su escrito señala que las palabras de dicho informe son claras y contundentes en cuanto a que el progenitor privilegia sus expectativas y proyectos personales, sin reconocer las necesidades y limitaciones que viene padeciendo la progenitora, las que se han agravado en este año (léase 2017). Refiere que las posibilidades de mejorar su situación actual siguen vigentes en la localidad de Villa Dolores ya que allí cuenta con la contención y ayuda de su familia, y la posibilidad de contar con un trabajo en forma inmediata, habida cuenta de la existencia de un contrato de trabajo suscripto con su empleadora, acorde a sus posibilidades físicas y la flexibilidad que necesita. Resalta que todas las cargas que asumió el Sr. M. el día de la audiencia, para evitar su traslado, eran palabras vacías, sumado a la poca disponibilidad horaria del progenitor y sus limitaciones para atender las necesidades cotidianas de las mismas. Destaca lo informado en cuanto a la imposibilidad del progenitor de ver los beneficios del traslado de jurisdicción solicitado, el cual, lejos de ser un ataque al Sr. M., busca mejorar la calidad de vida de las niñas y la de la progenitora. Reitera la

solicitud de traslado a la localidad de Villa Dolores, fijándose a favor del progenitor un régimen de comunicación. V) Afs. 141/144 evacúa la vista el Sr. M.A.M., quien manifiesta su disconformidad con el informe emitido por la integrante del Equipo Técnico del Fuero de Familia en relación a la valoración psicológica que realiza de su persona. Reitera su oposición al traslado de las niñas a la Ciudad de Villa Dolores, aclarando que de ningún modo pretende desconocer la importancia en la vida de las niñas del rol materno, sino por el contrario, está convencido que el mismo es primordial para la crianza de sus hijas, pero también considera que más allá de los intereses particulares que pudieran existir en la Sra. S. para mudarse a otra jurisdicción, debe primar el interés superior de las niñas de autos como lo es la preservación de su equilibrio emotivo y espiritual. A modo de cierre, indica que de ningún modo quiere impedir el traslado o la necesidad que tiene la Sra. S. de vivir en la localidad de Villa Dolores, ya que goza de libertad para poder hacerlo, pero sí rechaza absolutamente el traslado de las niñas a dicha ciudad. VI) Afs. 146/150 evacúa la vista la Sra. Asesora de Familia interviniente. En dicha ocasión la Sra. Asesora realiza un racconto de la causa, analiza la prueba arimada y manifiesta que si bien de los informes elaborados por el Equipo Técnico del fuero surge que el cambio de residencia de las niñas no produciría efecto negativo (fs. 95), ello no es óbice para considerar que las niñas puedan continuar residiendo en esta ciudad. Entiende que alterar de modo unilateral el régimen de contacto previamente establecido con el otro progenitor, importaría la posibilidad de producir cambios sustanciales en la vida de las hijas por alterarse de un modo muy sensible ese contacto. Advierte, en cuanto al informe presentado a fs. 136/137, que si bien se hace referencia a las dificultades que ostenta el progenitor en el ejercicio de su rol parental, resultaría inapropiado fundamentar el traslado bajo dicha estimación, toda vez que de un análisis en conjunto de toda la prueba aportada en este acotado trámite, surge que existe una alta conflictividad entre "ambos" progenitores que dificulta la posibilidad de acordar las cuestiones atinentes a los cuidados personales de las hijas en común. Por lo expuesto, considera que no están dadas "de momento" las condiciones para que la progenitora cambie el centro de vida de sus

representadas. En definitiva, y a los fines de resguardar el interés superior de las niñas de autos, considera que no debe concederse la autorización peticionada. VII) Finalmente y habiéndose fijado audiencia por el Tribunal (proveído de fs. 151), con fecha 13 de marzo de 2018 se celebra la misma (fs. 192), a la que concurren ambas partes. En dicha oportunidad la progenitora ratifica una vez más su pedido de radicación en Villa Dolores proponiendo como régimen comunicacional que se disponga dos fines de semana al mes en los que personalmente traerá a sus hijas a la ciudad de Córdoba, y los otros dos fines el Sr. M. viaje a Villa Dolores a buscar a las niñas. A fs. 194, se expide la Representante Complementaria reiterando lo sostenido en el dictamen presentado con fecha 20/12/2017 (fs. 146/150). VIII) A fs. 200 se decreta autos y se emplaza a los letrados intervinientes para que manifiesten su condición tributaria ante la AFIP, lo que es cumplimentado por el Dr. J.B. y la Dra. E.S. a fs. 210 y 215 respectivamente, y el que una vez firme, deja la causa en estado de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

I) El pedido de autorización efectuado por la Sra. M.Y.S. para radicarse junto a sus hijas, M.L. y A.M.S. en la Ciudad de Villa Dolores, Provincia de Córdoba, sobre el que corresponde resolver, atento la oposición del progenitor de las niñas, Sr. M.A.M.. II) Que la competencia de la suscripta se desprende de lo establecido en el art. 16 inc. 7 de la ley 10.305. III) En primer lugar corresponde efectuar algunas precisiones de índole general en cuanto al encuadre legal del caso. A tal efecto, tal como lo ha señalado la Sra. Asesora de Familia interviniente, la autorización peticionada se encuentra comprendida en las cuestiones derivadas del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 640 del CCyC). En este sentido, el art. 645 CCyC determina que se requiere el consentimiento de ambos progenitores para autorizar la salida de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero, no siendo necesaria para el caso de traslado de residencia permanente en el supuesto que sea dentro del país, salvo expresa oposición del progenitor. En dicho caso, resulta aplicable lo dispuesto por el art. 642 CCyC, con lo que ante el desacuerdo es el juez quien debe resolver. De tal guisa, la decisión

que se adopte involucra otros aspectos también propios de la responsabilidad parental; ya que el plan de parentalidad que se adopte deberá necesariamente contemplar la distancia geográfica que el eventual cambio de domicilio de los niños o niñas involucrados implique. Así, la nueva legislación Civil y Comercial ha consagrado un verdadero derecho a la coparentalidad, que se traduce en la necesidad de un adecuado contacto materno - paterno filial que corresponde fundamentalmente como derecho a todo niño; consistente en el derecho de crecer con la presencia efectiva de ambos padres, el que por otra parte debe ejercerse primordialmente en beneficio del niño, sopesando su Superior Interés y el interés familiar, por sobre el individual de los progenitores. La conjunción entre el interés del niño y sus derechos fundamentales, implica que redundará en su beneficio toda acción o medida que tienda a respetarlos y a garantizar su efectivo ejercicio, máxime si se tiene en cuenta que el contacto materno - paterno filial apunta en esencia a atender las necesidades afectivas del niño, favoreciendo y promoviendo el desarrollo armónico e integral de su personalidad. En tal sentido, la enunciación que del referido principio preceptúa el art. 3.1 de la CDN debe entenderse como una fórmula paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades. En razón de ello se ha sostenido que: "... la norma en cuestión constituye un "principio" estructurante que obliga a diversas autoridades a estimar el "interés superior del niño" como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso sino porque... los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida a su respecto se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen (conf. Aida Kemelmajer de Carlucci - Marisa Herrera - Nora Lloveras: Tratado de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014, Tomo IV, Editorial Rubinzal - Culzoni Editores Año 2014, pag. 29). IV) En este marco conceptual y adentrándonos en el estudio de las presentes actuaciones, tras el repaso de las postulaciones efectuadas por las partes, los informes psicológicos y social del Equipo Técnico del Fuero de Familia y la opinión de la Sra. Asesora de Familia interviniente, se debe destacar el amplio debate dado a la cuestión más allá del trámite

impreso (art. 73 de la ley 10305); lo que obedece claramente a la trascendencia de la decisión a adoptar y las múltiples aristas que la misma involucra. De tal suerte, cabe señalar que ambas partes han sido consecuentes a lo largo del trámite con las posiciones asumidas inicialmente, no habiéndose podido arribar a acuerdo pese a los múltiples esfuerzos realizados al respecto. Así, la progenitora ha ratificado en reiteradas oportunidades su pretensión de radicarse con sus hijas en la Ciudad de Villa Dolores, a lo que el progenitor se ha opuesto sistemáticamente. Ahora bien, no puede soslayarse que la cuestión a resolver se encuentra circunscripta al lugar de residencia de las niñas M.S. y no el de su mamá, Sra. S.; ya que lo contrario implicaría una intromisión inaceptable en la libertad personal de esta última, que como adulta cuenta con absolutas facultades para elegir el lugar donde vivir y donde consolidar su proyecto de vida. Resulta consecuencia de lo dicho que en caso de negarse la autorización peticionada y decidirse que las niñas deberán continuar residiendo en esta ciudad, si la Sra. S. mantiene su postura de trasladarse a Villa Dolores tal como ha manifestado en audiencia, debe resolverse asimismo con quién vivirán las niñas en Córdoba. En tal sentido, es recién en la fase final del proceso, más precisamente en la audiencia de fs. 192 donde el Sr. M., tras lo conversado con la suscripta en dicha oportunidad, ha expresado su voluntad de que se le otorgue el cuidado personal de sus hijas con residencia principal en su domicilio. También resulta importante destacar que tal es la dificultad de la decisión a adoptar que no sólo las partes han expresado posturas distintas sino que también lo han hecho las diferentes áreas del cuerpo técnico, esto es la psicológica (fs. 95 y 136/137) y la social (fs. 161/165); sin perjuicio de lo cual deberá procurar la suscripta realizar una interpretación armónica de los distintos aportes desde una verdadera mirada interdisciplinaria. Así, de lo vertido en las presentes actuaciones cabe adelantar opinión en cuanto a que, en discrepancia con lo dictaminado por la Sra. Asesora de Familia interviniente, corresponde hacer lugar a lo peticionado por la Sra. M.Y.S. Doy razones. V) En primer lugar, entiendo que las particularidades del caso imponen que su examen se haga conforme una adecuada perspectiva de género. En tal sentido resulta relevante destacar

que la Sra. S. resulta ser oriunda de la Ciudad de Villa Dolores donde pide autorización para radicarse junto a sus hijas. La misma manifiesta que habría venido a esta Ciudad en el año 2001 para iniciar los estudios en psicopedagogía, comenzando su relación con el Sr. M. en el año 2007, consolidando posteriormente una convivencia. Asimismo indica que en el año 2012 habría dejado de trabajar, en acuerdo con su pareja, a los fines de encarar el proyecto de ser padres, naciendo M.L. el 09/12/2013. Refiere que a los días del nacimiento de M.L., la internan con diagnóstico reservado y luego de realizados los estudios pertinentes, en el mes de junio del año 2014, le diagnostican la enfermedad de Crohn. Estas circunstancias no resultan controvertidas por la contraria, quién las ha reconocido tácitamente, más allá de discrepar con la Sra. S. en cuanto a que su enfermedad no le impide trabajar. Ahora bien, lo cierto es que de lo antes expuesto surge con claridad y contundencia que una vez iniciada la convivencia, la pareja adoptó una organización propia de hombre proveedor y mujer dedicada al cuidado del hogar, propia de una distribución de roles estereotipados de conducta que encuadra en lo reglado por el art. 6 inc. b de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer, conocida como Convención de Belém do Pará. La norma citada dispone exactamente que "El derecho de toda mujer a una vida libre de violencia incluye, entre otros: ... b. el derecho de la mujer a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación". Lo dicho no implica juzgar sobre las denuncias de violencia familiar que tramitaran por ante otro fuero donde se expidieran otros magistrados conforme su competencia, sino sólo poner de resalto el desequilibrio estructural históricamente convalidado entre las partes derivado de la distribución de roles conforme el género, lo que en la hipótesis se ha agravado en función de especiales condiciones de vulnerabilidad de la Sra. S. De tal suerte, el cuerpo legal supranacional citado (Convención de Belém Do Pará) consigna textualmente en su preámbulo "...AFIRMANDO que la violencia contra la mujer constituye una violación de los derechos humanos y las libertades fundamentales y limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y

ejercicio de tales derechos y libertades; PREOCUPADOS porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres...". Por ello, más allá de considerar que la asunción de dichos roles en la pareja parental de autos habría sido en palabras de la propia Sra. S. producto de un acuerdo de la pareja con motivo del proyecto de ser papás que juntos decidieron encarar, ello no implica que deba soslayarse que atrás de ello subyace un consecuente desequilibrio estructural entre las partes, en función de asumir uno de ellos el rol de proveedor y en consecuencia ser quien cuenta con recursos económicos autónomos, mientras que la otra, queda excluida del ámbito externo productivo, saliéndose del mercado laboral con las consecuentes dificultades de la reinserción posterior. Esta situación, que se habría prolongado hasta la actualidad por cuanto de las constancias de autos surge que la Sra. S. no se habría reinsertado en el sistema formal de trabajo realizando algunas actividades productivas informales, tales como cocina, costura etc.; se habría visto agravada en el caso de autos con motivo de la enfermedad que le fuera diagnosticada a la antes nombrada, casi de manera inmediata al nacimiento de su primera hija. Esto determina a su vez, reitero, una especial situación de vulnerabilidad de la que no puede prescindirse, ya que tampoco resulta hecho controvertido el estado de salud de la Sra. S., acreditado a su vez con la documental obrante a fs. 14, 111 y 152/155. La antes nombrada padece de la enfermedad de Crohn, diagnosticada en el mes de junio de 2014, resultando ello uno de los principales argumentos invocados en función de que en la Ciudad donde pretende radicarse vive su familia de origen; amén de tratarse de una localidad del interior provincial, donde la vida suele ser más tranquila. A esta vulnerabilidad propia de ser una mujer enferma y sin trabajo se suma el de ser una mamá sobre quién ha recaído históricamente el cuidado personal de las niñas, no sólo luego de la separación de las partes, sino también antes, conforme la distribución de roles que efectuaran durante la convivencia. Reitero que sólo en las instancias finales del proceso ha ofrecido el progenitor hacerse cargo de manera prioritaria de sus hijas, siendo el contacto paterno filial hasta el momento pautado

y habiéndose incluso incrementado en el último tiempo a instancias de lo trabajado en estos obrados. Incluso a fs. 79 puede leerse una presentación de la Sra. S. donde propone un régimen comunicacional a desarrollarse todos los días con la finalidad de poder realizar por su parte alguna actividad laboral, de la que corrida vista al Sr. M., el mismo se expidió a fs. 85 proponiendo un régimen de contacto de dos días a la semana y fin de semana de por medio. Todo lo expuesto es puesto de resalto por ejemplo por el informe de la Trabajadora Social A.C. obrante a fs. 161/165, donde se indica que "...Al momento de la presente intervención la señora S. se encuentra en situación de vulnerabilidad social, particularmente en lo que se refiere a empleo y vivienda agravada por el escaso capital social en relación a sus problemas de salud. A lo largo de los años no logro insertarse en el mercado laboral formal o informal por lo que carece de recursos genuinos para su propia subsistencia y la de sus hijas, dependiendo de terceros para la satisfacción de las necesidades básicas." Asimismo, si bien de las constancias de autos y lo escuchado en audiencia surge que en esta Ciudad de Córdoba, viviría una hermana de la Sra. S., ésta sería el único referente familiar con que la misma contaría en esta Ciudad, radicándose el resto de la familia extensa en la Ciudad de Villa Dolores. Esto determina asimismo una suerte de aislamiento, lo que es considerado uno de los indicadores propios de la desigualdad de género que ahonda la vulnerabilidad determinada por las circunstancias antes valoradas. Es cierto que también en el referido informe emitido por la Licenciada C. se valora que "... En su intención de trasladarse a Villa Dolores no se advierte un proyecto personal y de familia, ni siquiera en la resolución de lo cotidiano, ya que no logra explicitar dónde, con quién y de qué vivirían ella y sus hijas pues no queda claro ni siquiera si se instalaría en la casa de sus padres o en otro lado". En relación a esto último, y más allá que al respecto se han realizado algunas aclaraciones a posteriori tanto de manera personal en audiencia como por escrito (por ejemplo a fs. 205/206 se agrega un contrato de trabajo por tiempo indeterminado de la Sra. S. en Villa Dolores), se permite la suscripta discrepar con lo dictaminado, entendiéndose que ello se circunscribe a una mera valoración de la licenciada actuante sin quedar claros los fundamentos

técnicos en que se asienta dicha conclusión. Por el contrario, por mi parte entiendo que el proyecto personal se ha sostenido con total coherencia a lo largo de las presentes actuaciones, siendo indiscutido el lugar donde la misma pretende radicarse con sus hijas, esto es la Ciudad de Villa Dolores, cuya idiosincrasia y modo de vida conoce, más allá de que en los hechos ello se concrete en el domicilio de sus padres o en uno diferenciado; contando incluso en Villa Dolores con los mismos recursos económicos con que cuenta en la actualidad a los que se agregarían potencialmente los provenientes de un trabajo propio. Cabe destacar que aquí en Córdoba, dichos recursos se limitan a lo que obtiene por su trabajo informal, el aporte alimentario paterno para el sostén de sus hijas y que incluso habría sido el Sr. M. quién se habría hecho cargo del alquiler del inmueble habitado por la Sra. S. y las niñas. Así, de manera contraria a la valoración realizada en el informe social, la suscripta entiende que a la hora de valorar íntegramente la situación personal de la Sra. S., resultan aplicables al caso las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, donde en la Sección 2ª. Punto 1 se indica que "se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico." (el subrayado me pertenece). Dice el punto 8 (Género) que "la discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurra alguna otra causa de vulnerabilidad". Si bien en los presentes, la Sra. S. ha tenido acceso a la justicia lo que se ha traducido en su activa participación en el proceso, no pueden ignorarse sus especiales condiciones de vulnerabilidad a la hora de considerar lo sustentable del proyecto de vida que invoca, máxime cuando la misma se ha visto obligada a transitar un largo trámite judicial que hoy se resuelve. VI) En segundo lugar, a todo lo valorado se suma que del contacto personal mantenido con las niñas, especialmente con M.L., la suscripta ha llegado a la conclusión de que lo solicitado por la Sra. S. se trata de un

proyecto de vida compartido por las niñas, más allá de las cuestiones involucradas en cualquier mudanza; máxime cuando ello representa dar continuidad a la convivencia con su mamá de manera principal. Cobra relevancia en esta instancia el principio de status quo a los fines de una conformación integral de la noción de centro de vida; puesto que es cierto que las niñas han vivido siempre en Córdoba pero también es cierto que lo han hecho con su mamá. Así, si bien es cierto que la ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas Niños y Adolescentes, dispone en su artículo 3 inc. f que "se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia"; también es cierto que la referida noción no sólo se conforma con el lugar físico donde se reside sino también con quién o quienes resultan ser los referentes cotidianos con los que se comparte la vida. Más precisamente a quién se llama por las noches ante un mal sueño, a quién se recurre cuando duele la panza, quién nos despierta con un beso por las mañanas, etc. Ello no significa considerar que las niñas de autos no compartan parte de su cotidianeidad con su padre, Sr. M., con quién, tal como ha sido comprobado con el contacto personal en coincidencia con lo informado por la Licenciada C. existe un vínculo afectivo profundo. Ahora bien, lo dicho no inhibe la conclusión indicada en el informe psicológico de fs. 95, donde con relación a la niña: "se advierte la internalización de ambas figuras parentales reconociendo a la mamá como una figura contenedora y amorosa, en tanto el papa lo vivencia en ocasiones, como una figura ausente emocionalmente. En relación a las familias extensas de ambos progenitores (abuelos, tíos, primos) se advierte que para la niña son figuras presentes y afectivas, expresando de manera discriminada las características y actividades que realiza con cada uno, como así también los lugares donde habitan (Villa Dolores y Córdoba)". Tan es así, que el informe de la trabajadora social (fs. 161/165) indica entre sus conclusiones que "... desde el punto de vista social se considera que tanto la Sra. S. como el Sr. M. tendrían voluntad y potencialidad para asumir la crianza de sus hijas en el plano socio afectivo, con mayor o menor dependencia de la familia extensa". Es en este punto entonces donde la doctrina del status quo

beneficia a la progenitora aún cuando la misma se radique con las niñas en otra localidad, toda vez que en su caso la asunción de la crianza no ha quedado meramente en el plano potencial sino que se ha consolidado en los hechos desde el nacimiento de L. y A. Cabe destacar una vez más que durante la tramitación de la causa mucho se ha avanzado en la inclusión del progenitor en la cotidianeidad de las niñas, tal como lo refiere el informe que analizamos (fs. 164 vta.) al indicar que "... En este tiempo el señor ha logrado organizarse satisfactoriamente para atender a las hijas sin descuidar el trabajo, contando para ello con ayuda familiar..." (el subrayado me pertenece). A su vez, los informes psicológicos realizados en la persona del Sr. M. aportan como elementos convictivos relevantes que "En su discurso deja entrever que privilegia sus expectativas y proyectos personales planificados, mostrando limitaciones para adaptarse a la nueva situación. Se advierte que no habría elaborado la ruptura del vínculo conyugal, no pudiendo reconocer al otro como diferente de sí mismo, con necesidades y deseos distintos a los suyos... Si bien expresa su deseo de participar diariamente en la vida de las niñas, en la actualidad cuenta con escasa disponibilidad de horarios por sus múltiples actividades laborales, advirtiendo además que en ocasiones tiene limitaciones para atender las necesidades cotidianas y emocionales de las mismas... Es por ello posiblemente que vivencia la separación y el traslado de las niñas como una pérdida y sensación de vacío que lo transforma en un ataque hacia su persona, imposibilitándole reflexionar sobre los posibles beneficios que tendrían sus hijas. En relación a los vínculos interpersonales estos se muestran rígidos, egocéntricos y con limitada empatía lo que puede evidenciar dificultades en el ejercicio del rol parental, no pudiendo reconocer y discriminar las necesidades individuales d no existe contradicción suficiente entre los derechos invocados por la progenitora -, esto es fundamentalmente el derecho a desarrollar un proyecto de vida que viene sosteniendo desde hace largo tiempo -, y el de las niñas - derecho a la coparentalidad -, más allá de las adecuaciones que haya que realizar en torno al plan de parentalidad. Así se ha indicado en el informe psicológico ordenado en autos (fs. 95) donde se concluye que "... si bien una mudanza o

un traslado constituyen una situación de cambio, al momento actual, se valora que dicha situación no produciría un efecto negativo en las niñas, atento que para ellas la ciudad de Villa Dolores es un lugar conocido y familiar, constituyendo la posibilidad de vivir en contacto con familiares internalizados como figuras de cuidado y protección siendo el deseo de M.L. de compartir tiempo con ellos. Asimismo, la cooperación y ayuda que la señora recibiría por parte de su familia, impactaría positivamente en sus hijas, dada las dificultades laborales y de salud que afronta en la actualidad...". Sí puede inferirse con alto grado de probabilidad un impacto negativo en caso de mantenerse la residencia de las mismas en la Ciudad de Córdoba, con lo cual las mismas dejarían de convivir con su mamá. Todo lo expuesto, me lleva a la conclusión de que debe otorgarse al menos provisoriamente la autorización peticionada por la Sra. S. para mudar el domicilio de las niñas a la Ciudad de Villa Dolores. A los efectos de revisar lo resuelto, y previo a expedirme sobre mi competencia en lo sucesivo conforme lo dispuesto por el art. 716 del Código Civil y Comercial de la Nación, entiendo que debe fijarse una audiencia con las partes y las niñas M.L. y A. al cabo de seis meses de producido el cambio de domicilio, lo que deberá denunciarse en autos a las 48 hs. de efectivizado el mismo. Asimismo, a fin de contar con mayores elementos de convicción, debe ordenarse la realización de un informe social a llevarse a cabo al cabo de cuatro meses de radicadas las niñas y sus mamá en la Ciudad de Villa Dolores, a cuyos efectos se deberá librar el exhorto correspondiente. VIII) Como corolario de lo antes expuesto, se extrae que deben redefinirse las pautas de contacto paterno filiales a fin de garantizar la continuidad del vínculo. A tal efecto corresponde resolver que fin de semana de por medio las niñas compartan con su papá desde el día viernes por la noche al domingo por la tarde, siendo a cargo de la progenitora el traslado de las mismas hasta y desde esta Ciudad. Lo antes expuesto, podrá ampliarse al resto de los fines de semana del mes a criterio del progenitor, siendo a su cargo el traslado de las niñas desde y al domicilio materno. IX) Con relación a las costas considero que éstas deben ser impuestas por el orden causado, atento la naturaleza de la acción incoada y el resultado arribado, habiendo sido la cuestión sometida a amplio debate y prueba, lo que acredita

su complejidad (art. 130 del CPC). X) En consecuencia no corresponde, con la salvedad de lo que será analizado en el punto siguiente, regular honorarios a los letrados intervinientes - art. 26 de la ley 9459 contrario sensu-, sin perjuicio de hacerlo posteriormente a pedido de parte. XI) En relación a los honorarios del Dr. J.B., corresponde destacar que luego de dictado el proveído de autos el mismo compareció en dos oportunidades para manifestar su condición fiscal (monotributista), concretamente a fs. 210 y 211, solicitando regulación sólo en la segunda. Ahora bien la tarea profesional del letrado consistió en patrocinar al Sr. M.A.M. a fs. 192 compareciendo con su representado a la audiencia celebrada con fecha 13/03/2018 donde las partes no arribaron a un acuerdo. En dicha audiencia el mencionado letrado solicitó participación de ley, ratificando el domicilio previamente constituido en autos, continuando a posteriori el Sr. M. en los actos procesales sucesivos con el patrocinio del Dr. L., manteniendo siempre el mismo domicilio. De tal suerte, y siendo que la tarea profesional se ha desarrollado en el marco de un patrocinio conjunto con otro letrado, quién es además conforme constancias de autos, quién ha asumido mayormente la asistencia letrada, entiendo que debe diferirse el pedido de regulación para su oportunidad.

Por lo expuesto, lo dispuesto por los artículos, 640, 642, 645 cc. y ss del CCyC, 3.1. de la Convención de los Derechos del Niños, 3 inc. f de la ley 26061, art. 6 inc. b de la Convención Interamericana Para Prevenir Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Belém do Para), Sección 2ª. Puntos 1 y 8 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad, arts. 16 inc. 7 y 21 inc. 3 de la ley 10305, art. 130 del CPC, art. 26 de la ley 9459, y demás normas legales citadas, RESUELVO:

1) Autorizar provisoriamente a la Sra. M.Y.S. para mudar el domicilio de las niñas M.L. y A.M.S. a la Ciudad de Villa Dolores.

2) Redefinir las pautas de contacto paterno filiales a fin de garantizar la continuidad del vínculo, fijando como régimen comunicacional a favor de las niñas y su progenitor, Sr. M.A.M. fin de semana de por medio en esta Ciudad de Córdoba, desde el día viernes por la tarde al domingo por la tarde, siendo a cargo de la Sra. S. el traslado de las niñas entre Villa Dolores y esta Ciudad. A criterio del Sr. M. y conforme sus posibilidades se podrá efectivizar igual régimen en los fines de semana intermedios siendo a su cargo el traslado de las niñas; debiendo comunicar a la progenitora dicha circunstancia con una antelación de 48 hs.

3) Emplazar a la Sra. M.Y.S. a denunciar el domicilio real de las niñas en la Ciudad de Villa Dolores dentro de las 48 horas de efectivizado el mismo, bajo apercibimiento de ley.

4) Exhortar una vez cumplimentado el punto precedente al Juzgado de la Ciudad de Villa Dolores que por turno corresponda con competencia en familia a fin de que al cabo de cuatro meses ordene la realización de un informe social en el domicilio que se informe.

5) Convocar oportunamente a audiencia a las partes y a las niñas M.L. y A. en fecha a definir una vez cumplimentados los puntos precedentes.

6) Imponer costas por su orden.

7) No regular honorarios en esta oportunidad (puntos VII y VIII del Considerando). Protocolícese, hágase saber y dése copia.

FDO.: ESLAVA.

ACTUALIDAD JURIDICA
Online

Civil y Comercial | Penal y Procesal Penal
Laboral | Familia & Niñez | Derecho Público

www.actualidadjuridica.com.ar

VIOLENCIA DE GÉNERO DIGITAL: Publicación en redes sociales de fotos de índole privada. Deber de debida diligencia del Estado. Perspectiva de género en el abordaje de estas causas. Eliminación del perfil registrado bajo el nombre del demandado, previo informar a todos los contactos de dicha cuenta los motivos por los cuales se ha ordenado dicha eliminación. VIOLENCIA FAMILIAR: daño a la integridad psíquica del hijo en común. Suspensión del régimen comunicacional.*

El caso

En la causa promovida con motivo de hechos de violencia familiar, la denunciante manifestó y acreditó que su ex pareja ponía en riesgo la salud psicofísica del hijo en común, al escribirle mensajes a su celular y contarle situaciones obscenas y eróticas respecto de la progenitora. Asimismo, denunció que su ex pareja enviaba mensajes con fotos privadas, de contenido erótico, a los compañeros de trabajo de la misma y a terceros, publicando comentarios hostiles, agresivos, e insultos. El juez interviniente resolvió ordenar al demandado que cese en forma inmediata y se abstenga en lo sucesivo de publicar fotografías, videos y comentarios respecto a la actora mediante la utilización de su cuenta de Facebook y/o cualquier otro medio informático; ordenó a la empresa Facebook la eliminación del perfil registrado bajo el nombre del demandado, mediante el cual se realizaban actos configurativos de violencia de género contra la actora, previo a ello la empresa debía informar a todos los contactos de dicha cuenta los motivos por los cuales se había ordenado dicha eliminación. Asimismo, dispuso suspender el régimen de comunicación entre el demandado y su hijo hasta tanto se acredite la realización del tratamiento psicológico ordenado.

1. En el apartado c) del artículo 4 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, se insta a los Estados a “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”. Esta norma de la “debida diligencia”, obliga a los Estados a aplicar las normas existentes de derechos humanos para garantizar que se haga frente en todos los niveles, desde el doméstico al transnacional, a las causas profundas y a las consecuencias de la violencia sexista.

2. En idéntico sentido y ya en el plano regional, el apartado b) del artículo 7 de la Convención de Belém do Para requiere que los Estados actúen “con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. ... Casos como el presente deben ser juzgados con “perspectiva de género”, consistente en visualizar si se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente, ello a los efectos de romper esa desigualdad.

3. La “violencia de género digital”, como forma novedosa de la violencia de género tradicional, tiene características que la hacen autónoma, específica, pero que no deja de reflejar una jerarquía de poder entre el agresor y su víctima, adaptándose en su forma a la

* Fallo reseñado por María Verónica Ruiu.

nueva realidad de las comunicaciones digitales, que abarcan las redes sociales, la mensajería instantánea, entre otras y que afectan a la mujer en su integridad moral y emocional, dejándola expuesta ante conocidos y desconocidos, pues como en el sub lite, se utiliza una red social de acceso público para someter a la víctima al control y dominación, dañando su reputación y generándole un tipo de agresión o presión psicológica y moral que la afecta gravemente. Es que al ejercer violencia de género difundiendo comentarios ofensivos, fotografías íntimas, comentarios humillantes, coacciones y amenazas mediante el uso de las redes sociales, se traspassa el ámbito privado, se “viralizan”, perpetuando de tal modo la violencia ejercida.

4. En el presente caso se encuentran reunidas las condiciones que aconsejan ordenar la suspensión del régimen de comunicación, en forma momentánea, a fin de velar por el interés superior del hijo de las partes, en tanto el derecho de comunicación insito en la relación paterno-filial puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del niño o su salud física o moral... Por ello, teniendo en cuenta que el accionar del demandado encuadra en un caso de violencia de género ejercido contra la progenitora de su hijo, utilizándolo al niño como herramienta para ejercer el control de la actora, resultando por ello perjudicial para la psiquis del niño, además de configurarse también ello en un método reproductor de enseñanza generacional de violencia, corresponde ordenar la suspensión del régimen de comunicación.

5. Dicha suspensión obedece al hecho de que la responsabilidad parental persigue un determinado objeto-fin (la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo menor); y para poder cumplir con dicha función social consagrada por la ley (art. 638 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), es necesario “satisfacer necesidades del menor de variada índole, asumiendo el cumplimiento de un plexo de conductas legalmente esperadas y determinadas en la ley civil” (D’Antonio, Daniel H., “Patria Potestad”, Ed. Astrea, Bs. As., p. 25).

Juzgado de Familia N° 5, Cipolletti, 07/05/2018, “P. M. B. s/ incidente denuncia por violencia de género (ley 26.485)”

RESULTA:

I. Que conforme fuera ordenado en fecha 21 de febrero de 2018, a fs. 80 vta. de los autos caratulados “P. M. B. s/ ley 3040” (Expt. Nro. ...), se ordenó formar la presente causa a fin de encausar el tratamiento y resolución de los hechos que denunciara la Sra. M. P. mediante la vía incidental, providencia de la cual el denunciado se notificó ministerio legis, encontrándose firme la misma.

En cumplimiento de la orden impartida, se procedió a formar la presente causa con las copias cuya reproducción fotostática fue ordenada a fs. 35 de la causa referenciada supra, ordenándose correr traslado al denunciado conforme los arts. 175 y sgts. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

En la misma fecha y atento el tenor de la prueba documental acompañada, se ordenó, en uso de las facultades otorgadas al Suscripto por los arts. 706 y 709 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y con la finalidad de preservar dicha prueba, obtener capturas e impresiones de las fotografías y comentarios realizados en el perfil de Facebook denunciado, certificando su autenticidad la Sra. Actuaría del Juzgado, medida que fue cumplimentada en la misma fecha.

El traslado ordenado se notificó, conforme surge del sistema de notificaciones electrónicas del Juzgado, al domicilio constituido por el denunciado en las causas conexas en que el mismo resulta parte (Expt. Nro. ... y Expt. Nro. ...; el primero de ellos, en el cual se resolviera la formación del presente incidente), acto procesal cumplido

conforme basta doctrina que admite tal proceder. En dicho sentido se ha expresado la Cámara de Apelaciones local en autos “R.G.A. c. Particular ISJ s/ beneficio de litigar sin gastos” (Expt. Nro. ...), al afirmar: “Es así que un amplio sector de la jurisprudencia sostiene que el domicilio procesal constituido en el juicio principal, tiene pleno efecto en los incidentes vinculados a éste (vid. C.Ap. CC de Mar del Plata Sala II in re “L.B., J.C.”, del 12./02/1991); admitiendo, inclusive, la notificación en dicho domicilio del traslado que correspondiera correr respecto del escrito de promoción del incidente (vid. C.Ap. CC de La Plata, Sala III in re “Cooperativa Agropecuaria de Granja y Consumo de Lobos”, sent. del 27/08/1992; id. C.ApCC de Zapala “Kosfelder Trommer” del 22/07/2014). En esa línea de razonamientos se inscriben distinguidos tratadistas (vid. A. Maurino, “Notificaciones Procesales”, p. 285, Ed. Astrea, 2004; Morello y otros, “Cód. Proc. Comentado”, t. 2-A, p. 759, Ed. Platense Abeledo Perrot 1984); Toribio Sosa en “Notificaciones Procesales”, p. 172 y sus citas, Ed. LALEY). Coinciden con dicha tesis L. Palacio y A. Alvarado Velloso, quienes indican que una de las características del domicilio procesal es que es “único”, por manera que no pueden coexistir dos o más domicilios constituidos en el proceso y sus incidentes; razón esta por la cual el constituido en el principal vale para los incidentes (aut. cit., “Cód. Proc. Comentado”, t. 2, p. 349, y sus citas jurisprudenciales, Ed. Rubinzal Culzoni).

Sin perjuicio de ello, y atento la renuncia formulada por los letrados que patrocinaron al demandado en los autos principales, se dispuso a fs. 36 una notificación del traslado ordenado, esta vez al domicilio real, la cual se cumplimentó a fs. 37.

A fs. 38, se tuvo por incontestado el incidente, se recibió la causa a prueba y se señaló audiencia para la comparecencia de las partes y los testigos propuestos, como así también para escuchar la opinión del niño Y. A. V., hijo de las partes.

A fs. 39 tomó intervención la Sra. Defensora de Menores.

A fs. 44 obra acta de audiencia, a la cual no compareció el demandado, recepcionándose la prueba testimonial. En dicha oportunidad también se recepcionó la opinión del niño, en presencia de la Sra. Defensora de Menores, obrando su registro en soporte audiovisual.

A fs. 47/48 la denunciante acompaña copia de capturas de pantallas de la red social Facebook correspondiente a nuevas publicaciones efectuadas en el perfil del demandado.

A fs. 50 obra dictamen de la Sra. Defensora de Menores, quien solicita la suspensión del régimen de comunicación del denunciado con su hijo hasta tanto el mismo acredite realización de tratamiento psicológico acorde a la problemática planteada en autos.

A fs. 51 se dispuso el pase de autos a resolver, providencia que se encuentra firme.

CONSIDERANDO:

II. En primer lugar corresponde que explicité los motivos por los cuales se ordenó incidentar la cuestión denunciada, para su tratamiento y resolución. En tal sentido cabe recordar que en el apartado c) del artículo 4 de la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en el año 1993, se insta a los Estados a “proceder con la debida diligencia a fin de prevenir, investigar y, conforme a la legislación nacional, castigar todo acto de violencia contra la mujer, ya se trate de actos perpetrados por el Estado o por particulares”.

Esta norma de la “debida diligencia”, obliga a los Estados a aplicar las normas existentes de derechos humanos para garantizar que se haga frente en todos los niveles, desde el doméstico al transnacional, a las causas profundas y a las consecuencias de la violencia sexista. En cuanto a su aplicación, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer pidió a los Estados en su Recomendación General Nro. 19 (1992) que actuaran con la debida diligencia para prevenir la violencia contra la mujer y responder a ella.

En idéntico sentido y ya en el plano regional, el apartado b) del artículo 7 de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (1994) (Convención de Belém do Para), requiere que los Estados actúen “con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra la mujer”. Referido al tema en cuestión, en la causa “Velásquez Rodríguez”, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló que la obligación del Estado de prevenir incluye el empleo de “todos los medios legales, políticos, administrativos y

culturales para promover la protección de los derechos humanos y asegurar que toda violación sea considerada y tratada como un acto ilícito que puede dar lugar al castigo de los responsables”.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que en la evolución del derecho y de la práctica relacionada con la aplicación del estándar de la debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres destacan cuatro principios: 1) El estado puede incurrir en responsabilidad internacional por no actuar con debida diligencia para prevenir, investigar, sancionar y reparar los actos de violencia contra las mujeres. 2) Existe un vínculo entre la discriminación, la violencia contra las mujeres y la debida diligencia, por lo tanto, es un deber de los Estados enfrentar y responder a la violencia contra las mujeres. Los Estados deben adoptar las medidas necesarias para modificar los patrones de comportamiento sociales y culturales de hombres y mujeres. 3) Existe un vínculo entre el deber de actuar con la debida diligencia y la obligación de los Estados de garantizar el acceso a recursos judiciales adecuados y efectivos para las víctimas y sus familiares, cuando son objeto de actos de violencia. 4) Existen ciertos grupos de mujeres expuestos a un riesgo particular de sufrir actos de violencia, lo que debe ser considerado por los Estados en la adopción de medidas para prevenir todas las formas de violencia.

Apontado entonces en tales premisas, se ordenó la formación y sustanciación del presente incidente, a fin de dar adecuada respuesta jurisdiccional a la problemática planteada por la denunciante.

Resulta sabido que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena de 1993 se pronunció, a través de la Declaración de Viena, en favor del reconocimiento de los derechos específicos de las mujeres y elevó a la categoría de derecho humano el derecho de las mujeres a vivir sin violencia y declaró por primera vez, que los derechos de la mujer y de la niña, forman parte inalienable, integral e indivisible de los derechos humanos universales.

Se ha afirmado que en ese sentido, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la mujer

(Convención de Belém do Para), desarrolla un nuevo marco teórico de protección de las mujeres, al recoger el criterio sostenido por el Comité contra Todas las Formas de Discriminación de la Mujer (CEDAW), el cual estableció desde 1992 que los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la “debida diligencia” para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia. Dicho marco protectorio y en tanto obligación a cargo del Estado de actuar con la “debida diligencia” que el caso amerita, dan sustento a la formación de la presente causa.

III. En la presentación que en copia certificada obra a fs. 05/07 de estos autos la denunciante puso en conocimiento del Suscripto -en las actuaciones promovidas con motivo de hechos de violencia familiar- [-] que su ex pareja ponía en riesgo la salud psicofísica del hijo en común, al escribirle mensajes a su celular y contarle cosas obscenas y eróticas respecto de la progenitora, [-] incluso imprimiéndole una imagen de contenido sexual de la denunciante, refiriéndose a ella como “p...” y “la amante”, desarrollando de tal modo conductas perniciosas hacia el niño, alterando así su estado emocional y bienestar psíquico. Agrega que el denunciado ha difundido fotos de ella, de contenido erótico.

En la nueva presentación de fs. 16/17 la denunciante pone en conocimiento nuevos hechos de violencia, expresando que su ex pareja continúa enviando mensajes con fotos privadas, de contenido erótico, a los compañeros de trabajo de la misma y a terceros, publicando comentarios hostiles, agresivos, e insultos, que ofenden su persona y perjudican su mora[-]l. Expresa la denunciante que tal proceder le causa humillación, maltrato y violencia psicológica en tanto los hechos descriptos han trascendido inclusive en su ámbito laboral, generándole deshonra y desacreditación de su persona.

A fs. 32/34 obra nueva presentación de la cual surge que alertada por compañeros de trabajo, la denunciante toma conocimiento de que su ex pareja estaría difundiendo fotos suyas de carácter privado, sin su autorización, de contenido erótico y con mensajes mediante los cuales solicitaba el reenvío de tales fotografías a todos los contactos de los destinatarios en sus perfiles de Facebook.

IV. La conducta procesal del demandado: Iniciadas las actuaciones y sustanciado el respectivo traslado, el denunciado no ha comparecido al proceso. Tengo en cuenta que el art. 163 inc. 5to. del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación dispone "La sentencia definitiva de primera instancia deberá contener:...5. Los fundamentos y la aplicación de la ley...La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones", por lo que la falta de comparencia al proceso denota la total falta de interés del demandado respecto del proceso judicial, elemento a tener en cuenta al momento de valorar la conducta denunciada.

Respecto de esta valoración ha dicho destacada doctrina procesalista que "Pareciera que dado el contexto dentro del cual se encuentra inserta, el legislador hubiera entendido que corresponde asignarle un valor indiciario o presuncional a la conducta de las partes en juicio..." y "...la conducta desarrollada por las partes durante la tramitación del proceso, puede servir de elemento de convicción, más precisamente de sustento para la configuración de una prueba indiciaria o presuncional" ("Límites de la doctrina del valor probatorio de la conducta procesal de las partes", en *Proceso Civil y Comercial. Conflictos procesales*. Juris, Rosario 2002, p. 522). Por su parte se admite también que el comportamiento procesal puede encajar en ciertos casos dentro del concepto de la prueba judicial, pues "...constituye un preciso antecedente del cual podrán inferirse hechos principales y secundarios en grado suficiente para que el magistrado forme su convicción respecto de su probabilística existencia como presupuesto o causa de actuación de la ley que se pretende. De ello se desprende que los mismos sujetos que intervienen en la litis son sustancialmente empleados en el moderno proceso civil, como fuente probatoria, de los que se extraerán tanto testimonios bajo la forma de confesiones judiciales como presunciones simples, libremente valoradas por el juez" ("La conducta procesal de las partes como prueba en el proceso civil", Jorge A. Kielmanovich, LALEY 1985-B-1022/1031).

V. La prueba colectada en el proceso: En cuanto a la prueba colectada en el proceso, la denunciante

ofreció y acompañó en cada una de sus presentaciones distintas capturas impresas de las publicaciones efectuadas por el demandado mediante su página de Facebook, como así también de los mensajes enviados al teléfono celular de su hijo. Ello se vio corroborado al ordenar el suscripto que por Secretaría se procediera a obtener una impresión de las publicaciones efectuadas y su oportuna certificación, como así también de lo narrado por los testigos ofrecidos y de los mensajes y fotografías que le fueron enviados a los mismos, los que me fueron exhibidos en el acto de la audiencia testimonial, por obrar en sus teléfonos celulares y que, a los fines probatorios, fueron registrados en soporte audiovisual en oportunidad de llevarse a cabo tal audiencia.

Los testigos relataron que desde aproximadamente el mes de diciembre del año 2017 comenzaron a recibir mensajes y fotografías en sus perfiles de Facebook provenientes del perfil del demandado, mediante los cuales se exponía a la actora en fotografías íntimas y de carácter privado, se la acusaba de ser la amante de otra persona a la cual se identificaba por su nombre y apellido, lugar de residencia y de trabajo; se efectuaban comentarios respecto de la vida privada de compañeras de trabajo de la denunciante. La testigo C. expresó que le causaba pudor exhibir las fotos recibidas, y que también le fueron enviadas a su marido y a través de las redes sociales, como así también a muchos compañeros de trabajo de la actora, incluso personas que trabajan en otro sector de la empresa, que no comparten tareas diarias con la actora. Afirmó que "todo el mundo" se enteró de la situación, generándose todo tipo de comentarios en el ámbito laboral de la actora. He podido corroborar en forma personal accediendo al perfil de Facebook registrado con el nombre del demandado que también se publicaban fotos del hijo de las partes, criticando el modo en que era vestido por la progenitora, el estado de sus útiles escolares, los objetos que supuestamente la actora adquiriría con el dinero de la cuota alimentaria y los motivos por los cuales el denunciado considera a la actora una "mala madre". Pero como si eso no fuera poco, también aparecen publicadas fotografías de la actora, de carácter privado e incluso, con posterioridad a que el Suscripto ordenara extraer

copia de tales publicaciones, y notificado el demandado de la promoción de la presente causa, el perfil de Facebook indicado dejó de registrar movimientos y publicaciones, sin embargo los testigos dieron cuenta que a partir de ese momento el hostigamiento hacia la actora se realizaba a través de la aplicación de "Messenger" de la página de Facebook. El testigo R. S., quien desarrolla tareas laborales en el mismo lugar que la actora, exhibió en oportunidad de prestar declaración testimonial, fotografías de la misma de clara connotación sexual, y por ello privadas, y relató que en dicha oportunidad habló con la actora y le mostró las fotografías que estaba recibiendo por esa vía de comunicación para que tomara medidas al respecto. Los testigos fueron contestes en afirmar que a partir del hostigamiento del que resultó víctima, la actora se notaba retraída, no participó más de reuniones entre compañeros de trabajo, no mantenía conversaciones con nadie y la notaban mal de ánimo. Exhibidas que les fueron a los testigos las impresiones de las fotografías y comentarios de la página de Facebook que obran reservadas en Secretaría, fueron reconocidas por los mismos como aquellas que recibieron en sus perfiles.

Luego de valorar la prueba rendida en autos, tengo plenamente probadas las acciones endilgadas al demandado, y el hostigamiento del que ha resultado víctima la actora, como así también el ataque a su honra.[-]

Para arribar a dicho estado de convicción probatoria recuerdo que casos como el presente deben ser juzgados con "perspectiva de género", consistente en visualizar si en el caso se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente, ello a los efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar el concepto de "categorías sospechosas" (sospechosas de sufrir discriminación) al momento de repartir el concepto de la carga probatoria, como cuando nos encontramos frente a mujeres, niños, grupos LGTBTI y personas con discapacidad.

En tal tesitura, el art. 30 de la ley 26.485 (Ley de Protección Integral de las Mujeres), dispone: "El/la juez/a tendrá amplias facultades para ordenar e impulsar el proceso, pudiendo disponer las medidas que fueren necesarias para indagar los

sucesos, ubicar el paradero del presunto agresor, y proteger a quienes corran el riesgo de padecer nuevos actos de violencia, rigiendo el principio de obtención de la verdad material".

En comentario al artículo transcrito, afirma Graciela Medina -si bien referido a la instrucción penal, pero plenamente aplicable al presente caso-, que "...se hacen imprescindibles la rapidez y la inmediatez durante los momentos que siguen a la denuncia de los hechos presuntamente constitutivos de una de las infracciones penales típicas de violencia de género. Y es que una buena recopilación del material instructorio puede ser, como afirman, la clave del éxito del desarrollo posterior del juicio oral" (Violencia de Género y Violencia Doméstica", Edit. Rubinzal Culzoni, p. 267).

Por su parte el art. 31 de dicha ley establece: "Regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas ofrecidas de acuerdo con el principio de la sana crítica. Se considerarán las presunciones que contribuyan a la demostración de los hechos, siempre que sean indicios graves, precisos y concordantes".

No escapa a mi consideración que el demandado podría haber rechazado la autoría del accionar que se le endilga, cosa que no hizo al no haber comparecido al proceso.[-] sin embargo ante dicha hipótesis, y teniendo en cuenta que el artículo supra transcrito impone como método de valoración de la prueba reunida en autos el principio de la sana crítica, creo oportuno dejar sentado que dicho principio impone al suscripto efectuar un análisis valorativo en conjunto del aporte probatorio -resultante de una mezcla armoniosa de principios lógicos y empíricos- tanto de la prueba de testigos, como de la prueba documental y las presunciones, ello sobre la base del principio de normalidad, que "...es de origen tanto sustancial (arts. 1726 y 1727 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), como procesal (art. 386 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), y que predica que en ausencia de prueba en contrario las cosas suceden naturalmente, de modo ordinario, según su curso habitual, que permite tener por conformado un sólido plexo probatorio. Se trata de un método de interpretación que consiste en proceder a la integración y combinación de distintos medios de pruebas autónomos, que hasta incluso y por

separado algunos de ellos puedan resultar insuficientes, pero que apreciados en conjunto, esto es relacionándolos y complementándose entre sí, adquieren eficacia probatoria plena porque constituyen prueba compuesta” (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Azul, autos “C.N. c. Mugueta Miguel A. s/ daños y perjuicios” - Sentencia del 17/10/2017 - Jueces: Víctor Mario Peralta Rey - Jorge Mario Galdós-María Inés Longobardi. - Cita: MJ-JU-M-107458-AR).

Bajo dicho marco de análisis del causal probatorio, advierto que en la página de Facebook en la cual se realizaron las publicaciones y comentarios referidos supra, también se publicaron fotografías del hijo de las partes, de un acta de denuncia policial radicada por el demandado y comentarios referidos al cumplimiento del régimen de comunicación entre el demandado y su hijo, elementos que me persuaden de que el perfil de Facebook desde el cual se realizaban las publicaciones aludidas corresponde al demandado y por lo tanto la autoría del accionar denunciado. Es que a las comprobaciones adquiridas a través del análisis de la prueba documental aportada y la extraída por la Actuaría de la página de Facebook denunciada, cabe sumar como valor probatorio corroborante el resultado de la ponderación de la prueba testimonial y lo que surge del acto de la escucha del niño, hijo de las partes, realizado en presencia de la Sra. Defensora de Menores e Incapaces, convocado no en calidad de testigo, sino a fin de que el mismo expresara su opinión ante el pedido de suspensión del régimen de comunicación con su progenitor, narrando que insistentemente el progenitor lo interroga en forma solapada respecto de las actividades de la actora, con quiénes organiza salidas y demás actos de su vida cotidiana, e incluso graba las conversaciones que mantiene con su hijo mediante una aplicación en su teléfono celular y las comparte con sus amistades, con quienes mantiene diálogos respecto a hechos de la vida de la actora y del niño.

De tal modo tengo por acreditada con total grado de certeza la autoría material del demandado de los hechos atribuidos al mismo, y que resultan no sólo configurativos de violencia de género (art. 4 de la ley 26.485), sino también manifestaciones que lesionan los derechos personalísimos del honor y la honra de la actora (arts. 51 y 1170 y cctes. del

Cód. Civ. y Com. de la Nación), a los que infra referiré.

VI. Hace tiempo ya se ha comenzado a hablar en distintos ámbitos doctrinarios, de la “violencia de género digital”, como forma novedosa de la violencia de género tradicional, que tiene características que la hacen autónoma, específica, pero que no deja de reflejar una jerarquía de poder entre el agresor y su víctima, adaptándose en su forma a la nueva realidad de las comunicaciones digitales, que abarcan las redes sociales, la mensajería instantánea, entre otras y que afectan a la mujer en su integridad moral y emocional, dejándola expuesta ante conocidos y desconocidos, pues como en el sub lite, se utiliza una red social de acceso público para someter a la víctima al control y dominación, dañando su reputación y generándole un tipo de agresión o presión psicológica y moral que la afecta gravemente. Es que al ejercer violencia de género difundiendo comentarios ofensivos, fotografías íntimas, comentarios humillantes, coacciones y amenazas mediante el uso de las redes sociales, se traspasa el ámbito privado, se “viralizan”, perpetuando de tal modo la violencia ejercida[-]. Es mediante la utilización de las nuevas tecnologías y las redes sociales, que el machismo ha encontrado una nueva forma de control, humillación y vejación de las mujeres.

En cuanto a la violencia de género, dispone el art. 4 de la ley 28.495: “Se entiende por violencia contra las mujeres toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público, como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecta su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal...”

Afirma Graciela Medina -en relación a la definición de violencia contenida en la ley 26.485- que “...parte de la doctrina ha dicho que “...se optó por una comprensión amplia, que coloca el eje en la víctima de la violencia más que en el autor o responsable: para la ley, la violencia se configura en función de la afectación de ciertos derechos de las víctimas. La definición, entonces, comprende la violencia: a) directa o indirecta; b) que ocurra en el ámbito público o privado; c) perpetrada por particulares, o por el Estado o sus agentes.... El reconocimiento de la violencia de género supone la relación desigual

de poder entre varones y mujeres, resultado de una construcción sociocultural...” (citando a Asensio, “Breves comentarios sobre la ley 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres”, obra cit., p. 96).

La ley 26.485 tipifica varios tipos de violencia, interesando para lo que al caso atañe, la definición contenida en el inc. 2 del art. 5) referida a la violencia psicológica. Dice el texto legal: “La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación, aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación”.

Y en cuanto a sus modalidades, legisla: “A los efectos de esta ley se entiende por modalidades las formas en que se manifiestan los distintos tipos de violencia contra las mujeres en los diferentes ámbitos, quedando especialmente comprendidas las siguientes: a) Violencia doméstica contra las mujeres: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia” (art. 6° ley 26.485).

Siendo que las partes conformaron un matrimonio, aunque no vigente a la fecha, y que de dicha unión nació un hijo, la violencia denunciada en autos queda comprendida en la norma transcrita, no resultando obstáculo para ello que el vínculo matrimonial entre las mismas se encuentre finalizado. Es que “En orden a la violencia

doméstica es de tener en cuenta que ésta no tiene su fin con el divorcio ni con el fin de la convivencia de la pareja afectiva, sino que por el contrario entre los exesposos y las exparejas se registra un elevado número de hechos de violencia que se prueba con las estadísticas realizadas por la OVD en el período 2009-2010...” (Medina, Graciela, “Violencia de Género y Violencia Doméstica”, Rubinzal-Culzoni - 2013, p. 110).

En cuanto a la afectación que los hechos denunciados han provocado en la actora, baste repasar el informe de situación emanado del Área Mujer dependiente de la Municipalidad local, obrante a fs. 76/77 de estos autos, de los que puede extraerse que de la entrevista realizada con la actora en el mes de enero pasado, la misma se encuentra atravesando desde tiempo prolongado una situación de violencia psicológica por parte del demandado, corroborándose conductas intencionadas y prolongadas por parte del mismo que atentan contra la integridad emocional y psíquica de la actora. Entre los comportamientos relatados se presencian hechos de intimidación, humillación, descalificación, control excesivo de actividades cotidianas y acoso. Agrega el informe que dichas situaciones se han dado de forma paulatina y han ido progresando en intensidad y gravedad, a través de la utilización de redes sociales, con el fin de humillarla y exponer la intimidad de la actora ante compañeros de trabajo, familiares y conocidos, extendiendo el acoso constante a su entorno social. Considera dicho organismo que la actora padece de violencia familiar y que tales acontecimientos estresantes han actuado como facilitadores de la persistencia en la somatización cutánea que presenta la actora, situación que el demandado ha hecho pública a través de su cuenta de Facebook.

En cuanto a la definición de violencia, pero ya en el plano supranacional, el art. 1 de la Convención de Belém do Para establece que para sus efectos “debe entenderse por violencia contra las mujeres cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado”.

Adopta la Convención un concepto amplio de violencia que abarca todas las formas de violencia dirigidas contra las mujeres por el hecho de ser mujeres, o que afecta a las mujeres

desproporcionadamente (Cedaw, Recomendación General Nro. 19: "La violencia contra la mujer" (11° período de sesiones, 1992). La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha interpretado "que no toda violación de un derecho humano cometida en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belém do Pará ("Caso Perozo y otros vs. Venezuela: Sentencia del 28 de enero de 2009, párrafo 295) y para tener por infringido dicho instrumento, la Corte, basada en el artículo 1ro. estableció que se requiere que la violación esté basada en razones de género y eventualmente enmarcada dentro de un reconocido contexto de violencia contra las mujeres ("Caso González y otras -Campo Algodonero- vs. México": Sentencia del 16 de noviembre de 2009, párrafo 231).

En cuanto a las formas de violencia, el artículo 2do. de la Convención de Belém do Pará establece: "Se entenderá que violencia contra la mujer incluye la violencia física, sexual y psicológica: a) que tenga lugar dentro de la familia o unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, ya sea que el agresor comparta o haya compartido el mismo domicilio que la mujer, y que comprende, entre otros, violación, maltrato y abuso sexual; b) que tenga lugar en la comunidad y sea perpetrada por cualquier persona y que comprende, entre otros, violación, abuso sexual, tortura, trata de personas, prostitución forzada, secuestro y acoso sexual en el lugar de trabajo, así como en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar, y d) que sea perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, donde quiera que ocurra".

Se afirma que la violencia contra las mujeres asume numerosas y distintas expresiones, que se manifiestan en una serie continua de formas múltiples, interrelacionadas y a veces recurrentes, que variarán según contextos sociales, económicos, culturales y políticos; y que ninguna lista de formas de violencia contra las mujeres puede ser exhaustiva, por lo que los estados deben reconocer el carácter cambiante de la violencia contra las mujeres y reaccionar ante las nuevas formas a medida que se las va reconociendo (Naciones Unidas, "Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer", 2006, A/RES/ 48/104, página 41). De tal modo por ejemplo, la violencia económica, patrimonial o

financiera, que no fue mencionada expresamente por la Convención es actualmente considerada una forma de violencia a nivel internacional, y está incluida en algunas legislaciones nacionales (Mesecvi, 2012-a, Segundo Informe Hemisférico sobre la implementación de la Convención Belém do Pará, página 19).

VII. Dije más arriba que el accionar del demandado, además de configurar un claro caso de violencia de género, resulta lesivo de los derechos personalísimos del honor y la honra de la actora (arts. 51 y 1170 y cctes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación). Afirmo ello por cuanto cabe considerar que los derechos personalísimos o de la personalidad, también llamados derechos o intereses personalísimos, se encuentran protegidos por el Cód. Civ. y Com. de la Nación, en tanto en su art. 51 dispone "La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad". Por su parte el art. 52 legisla: "La persona humana lesionada en su intimidad personal o familiar, honra o reputación, imagen o identidad, o que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención y reparación de los daños sufridos...".

Es que como afirmara hace ya largo tiempo la Corte Suprema de Justicia de la Nación "El hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo -más allá de su naturaleza trascendente- su persona es inviolable y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen carácter instrumental" (caso "Bahamondez Marcelo" - 1993).

Traigo a colación este enfoque de la cuestión, pues considero que se configura en el caso una vulneración de los derechos personalísimos de la actora, que conllevan la presunción de un daño moral resarcible (art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), aunque la actora no lo ha reclamado en estos autos y éste incidente no resulta ser la vía procedimental prevista para ello, en tanto la normativa referida a la violencia de género (ley 26.485) dispone en su art. 35 que la parte damnificada "podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia".

El daño moral ha sido descripto como todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra y como tal

debe ser indemnizado; constituye “toda modificación disvaliosa del espíritu, es su alteración no subsumible sólo en el dolor, ya que puede consistir en profundas preocupaciones, estados de aguda irritación, que exceden lo que por el sentido amplio de dolor se entiende, afectando el equilibrio anímico de la persona sobre el cual los demás no pueden avanzar, de manera que todo cambio disvalioso del bienestar psicofísico de una persona por una acción atribuible a otra configura un daño moral” (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, Ac. L55728, 19/09/1995, “Toledo”). Encuentro en el caso reunidas las condiciones legales habilitantes de un reclamo por la reparación del daño moral que considero causado a la actora, aunque reitero, me encuentro inhibido para su fijación atento que el art. 35 de la ley 26.485 lo condiciona a las vicisitudes del inicio de un posterior reclamo, en otro proceso. Postura legislativa ésta que no comparto, aunque el tema excede el tratamiento de la cuestión ventilada en autos.

IX. El pedido de suspensión del régimen de comunicación: La Sra. Defensora de Menores e Incapaces interviniente en autos ha requerido a fs. 50 se suspenda el régimen de comunicación del niño con su progenitor aquí demandado, hasta tanto este último comience y acredite la realización de tratamiento psicológico acorde a la problemática planteada.

Adelanto que haré lugar a dicha petición.

Es que como afirma la Dra. Silvina A. Bentivegna en su artículo “Medidas cautelares que atañen a los niños en materia de violencia familiar y su cotejo con el nuevo Código Civil y Comercial” (Erreius online, mayo del 2015) los casos de violencia intrafamiliar llevan a la necesidad, cuando hay hijos menores de edad involucrados en la escena familiar, de desvincularlos del victimario temporariamente, atento el riesgo existente en la integridad psicofísica de los niños como personas.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en su art. 9 inc. 1) dispone que “los Estados parte velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

Pues bien, considero que en el presente caso se encuentran reunidas las condiciones que aconsejan ordenar la suspensión del régimen de comunicación, en forma momentánea, a fin de velar por el interés superior del hijo de las partes, en tanto el derecho de comunicación insito en la relación paterno-filiar puede ser suspendido cuando medien causas de extrema gravedad que pongan en peligro la seguridad del niño o su salud física o moral.[-]

Para arribar a dicha conclusión tengo en cuenta que el hombre es el ser viviente que nace más inmaduro y que necesita mayor tiempo de maduración, lo que le da un mayor tiempo de indefensión y de dependencia de los demás para subsistir y desarrollarse. Durante ese largo tiempo de maduración “está en el mundo”, y la convivencia con otros hombres condiciona sus potencialidades biológicas, psicológicas y sociales, y se va formando su “ser social” (Agulla, Jorge, “La promesa de la sociología”, Ed. Belgrano, 1985, p. 144).

Afirma el autor citado que “sea que el origen de la persona social se considere exclusivamente un mecanismo psicológico (Sigmund Freud) o un mecanismo también social adquirido en la convivencia humana mediante la “comunicación” (George H. Mead), lo cierto es que la familia juega un papel primordial” y que “la familia es un agrupamiento social “parental” que satisface necesidades o fines comunes a sus miembros y que condiciona al hombre desde el nacimiento, en sus hábitos y en sus pautas sociales por la mera interacción” (ob. citada, ps. 144 y 191).

Es sabido que en la familia, los progenitores mediante el ejercicio del poder que les da su posición de autoridad, van formando al niño en sus creencias y en sus conductas familiares.

En las familias violentas, se cercena la autonomía y se abusa de esa posición de poder que detentan sus miembros a partir de una violencia ideológica, cuya base se encuentra en una ideología transmitida de generación en generación, de desigualdad jerárquica fija en función de género: el hombre es superior a la mujer, y por ende tiene mayor poder, los hijos son propiedad de los padres y se espera de ellos obediencia total, los padres tienen poder de corrección sobre los hijos “con el propósito de disciplinarlos y educarlos” (Grosman, Cecilia - Mesterman, Silvia, “Violencia Familiar”,

Enciclopedia de Derecho de Familia, t. III, Edit. Universidad, Bs. As. 1994, ps. 61/75).

Así, en dicho marco conceptual se concluye en que la familia puede actuar en beneficio o en perjuicio de sus niños. “El niño pequeño aprende que las conductas agresivas, representan un método eficaz para controlar a las demás personas y para realizar sus propios deseos. Aún cuando la persuasión y la negociación podrían producir iguales o mejores resultados, este no es el código que muchas familias legan a sus hijos. Así, la transmisión generacional se erige en germen de la violencia en el conjunto social” (Grossman - Mesterman, “Maltrato al menor”, Ed. Universidad, Bs. As. 1998, ps. 24/25).

Por ello, teniendo en cuenta que el accionar del demandado encuadra en un caso de violencia de género ejercido contra la progenitora de su hijo, utilizándolo al niño como herramienta para ejercer el control de la actora, resultando por ello perjudicial para la psiquis del niño, además de configurarse también ello en un método reproductor de enseñanza generacional de violencia, corresponde ordenar la suspensión del régimen de comunicación.[-]

Dicha suspensión obedece al hecho de que la responsabilidad parental persigue un determinado objeto-fin (la protección, el desarrollo y la formación integral del hijo menor); y para poder cumplir con dicha función social consagrada por la ley (art. 638 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), es necesario “satisfacer necesidades del menor de variada índole, asumiendo el cumplimiento de un plexo de conductas legalmente esperadas y determinadas en la ley civil” (D’Antonio, Daniel H., “Patria Potestad”, Ed. Astrea, Bs. As., p. 25). Resulta evidente que un vínculo paterno-filial que se desarrolla en las condiciones advertidas y probadas en estas actuaciones, se corrompe y se degenera en sus fines.

Por todo lo expuesto, doctrina y jurisprudencia citada FALLO:

I. Ordenar al demandado que Cese en forma inmediata y se abstenga en lo sucesivo de publicar fotografías, videos y comentarios respecto de la

actora mediante la utilización de su cuenta de Facebook y/o cualquier otro medio informático, redes sociales, mensajería instantánea y telefonía celular, bajo apercibimiento de incurrir en desobediencia de una orden judicial, y de dar inmediata intervención a la justicia penal.[-]

II. Ordenar a la empresa Facebook Argentina SRL la eliminación del perfil registrado bajo el nombre del demandado, mediante el cual se realizaran actos configurativos de violencia de género contra la actora. Previo a su eliminación deberá la empresa informar a todos los contactos (“amigos”) de dicha cuenta los motivos por los cuales se ha ordenado dicha eliminación.

III. Ordenar al demandado la realización de tratamiento en el dispositivo “Ruca-Quimey”, con la finalidad de deconstruir el proceso de aprendizaje de la comunicación violenta y el hostigamiento ejercidos contra la actora. A dichos fines se remitirá copia de la presente.

IV. Suspender el régimen de comunicación entre el demandado y su hijo Y.A.V., hasta tanto se acredite la realización del tratamiento ordenado en el punto III, y su resultado beneficioso.[-]

V. Oficiar a la empleadora del demandado, comunicando a la misma lo aquí resuelto y solicitándole a título de colaboración permita que su dependiente concurra al tratamiento ordenado, para el caso que sus horarios laborales coincidan con los de atención del Ruca-Quimey.

VI. Imponer las costas del proceso al demandado perdedor (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

VII. Regular los honorarios de la letrada patrocinante de la actora, Dra. Mercedes de Zavaleta, en la suma de Pesos Once mil quinientos sesenta pesos (\$11.560,00 - 10 IUS - arts. 6, 7 y 9 de la ley 2212 texto consolidado), dejándose constancia que se han tenido en consideración la naturaleza, extensión y resultado de la tarea profesional llevada a cabo por su beneficiaria).

VIII. Regístrese y notifíquese a las partes con Habilitación de día y hora, y a la Sra. Defensora de Menores e Incapaces en su público despacho.

FDO.: BENATTI.



ADOPCIÓN. Adopción integrativa del hijo del conviviente. Progenitor fallecido.

El caso

El peticionante solicitó la adopción integrativa del hijo de su conviviente, con quien ya tiene un hijo en común. El Juez de Familia resolvió hacer lugar a la adopción requerida, con los efectos de adopción simple.

1. El Código Civil y Comercial de la Nación regula tres tipos de adopción: plena, simple, y de integración (art. 619); definiendo a ésta última como aquella que se configura “... cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4° de este Capítulo...” (art. 620). La adopción de integración no está destinada a excluir, extinguir o restringir vínculos, sino a ampliarlos mediante la integración de una persona a un grupo familiar ya existente, al que un niño o adolescente conforma con su progenitor.

2. Se persigue en definitiva brindar, a las relaciones humanas ya establecidas, un reconocimiento jurídico a la figura del padre o madre que en los hechos ejerce sus funciones. Es decir, se reconoce una conformación determinada de la familia ya desarrollada en la realidad. En la adopción de integración el niño, niña o adolescente tiene satisfecho su derecho a la convivencia familiar con al menos uno de sus progenitores y lo que se pretende es integrar a la pareja (convivencial o matrimonial) del padre o madre biológicos.

3. El Código Civil y Comercial de la Nación regula dos tipos de efectos en este tipo de adopción: **a)** efectos entre el adoptado y su progenitor de origen: estableciéndose específicamente que siempre se mantienen el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen (art. 630). Éste nunca se extinguirá en caso de adopción de integración; **b)** los efectos entre el adoptado y el adoptante: diferenciando a su vez, si el adoptando tiene un único vínculo filial o dos vínculos filiales. En el primer supuesto el adoptado se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena (art. 631, inc. a); mientras que en el segundo caso -doble vínculo filiar-, el juez otorgará la adopción simple o plena según las circunstancias y atendiendo al interés superior del niño, en remisión a la norma del art. 621 del Código Civil y Comercial (art. 631, inc. b). La normativa del nuevo ordenamiento jurídico autoriza la adopción de integración con efectos de adopción plena o simple según la valoración de las circunstancias y lo que mejor convenga al interés del menor de edad.

Juzg. Flia. de Primera Instancia y Segunda Nominación, Cba., 05/03/2018, “V. S. L. - Adopción”

Y VISTOS:

Los autos caratulados “V. S. L. - ADOPCIÓN-” (EXPTE. N° 3587668), de los que resulta que: I) A fs. 1/2 comparece el Sr. S. L. V., DNI N° ..., con el patrocinio de la Ab. María Ines Minolfi y promueve demanda de adopción de integración del niño A. F. S., D.N.I. ... Expresa que es hijo de

su conviviente, Sra. M. E. M. y del Sr. G. A. S., fallecido el 30 de junio de 2010. Asevera que desde hace seis años comparte un proyecto de vida en común con la Sra. M. en unión convivencial, desde que A. F. contaba con dos años de edad. Que el progenitor del niño falleció cuando tenía apenas un año, momento hasta el cual había convivido

con su papá y su mamá, rodeado de su amor y cuidados. Dice que su nombre A. F., es de origen árabe y significa “el único”. Añade que a raíz de la construcción de un proyecto de vida en común con la madre, se fue desarrollando una relación paterno filial entre ambos. Tan es así que junto con su hijo T. (T. V., de 14 años de edad) y T. (V., de 3 años), fruto éste último de su relación con M. E., conforman una verdadera familia, integrados los cinco en el hogar. Destaca que Al F. mantuvo desde siempre contacto asiduo con su abuela paterna, N. S., con quien comparte tiempo, siendo parte importante de su vida, por lo que solicita que al otorgar la adopción, ello sea tenido en cuenta a los fines de la manutención del vínculo jurídico, no obstante solicitar, salvo mejor criterio, se otorguen los efectos de la adopción plena. Peticiona que se mantenga el apellido paterno, llamándose AL F. S. V., por un profundo respeto a su identidad, tanto en su faz estática como dinámica y en virtud del pedido expreso del niño. Hace presente que reúne todos los requisitos exigidos por la ley y que acredita su solvencia económica y personal conforme pruebas que acompaña, adjuntando recibo de haberes, certificado de buena conducta y certificado médico. Ofrece prueba documental, testimonial y pericial. Fundamenta su petición en los arts. 602, 619, 620, 621, 630/633, 716 y concordantes del CCyC; 16 inc. 6 y 21 inc. 1 de la Ley 10305. Afs. 5/19 acompaña documental que acredita los vínculos y extremos invocados. **II)** Admitida la demanda, se imprime el trámite previsto por los arts. 75 y ss. de la ley 10.305, se cita a comparecer a la progenitora de Al F. y se le da intervención al Asesor de Familia en el carácter de representante complementario del niño y a la Fiscalía de Familia, quienes toman participación a fs. 25 y 22, respectivamente. A fs. 28 comparece la Sra. M. E. M. con el patrocinio letrado de la Ab. Claudia Ramacciotti, expresando que se allana a la petición incoada por el Sr. S. L. V., en los términos del art. 331 del C. de P.C.C.. Afirma que se encuentra en unión convivencial con el nombrado desde hace seis años, conformando una familia ensamblada, junto a T., hijo de S., y T., hijo de la pareja, habiendo construido verdaderos lazos fraternos, luego del fallecimiento del Sr. G. A. S. y transcurrida la etapa de duelo. Agrega que teniendo sus otros hijos el apellido V., fue una observación recurrente de A. F. “*que es el único de los hijos que*

no lleva el apellido Villalón”, por lo que comenzaron a proyectar esta instancia judicial. Destaca que los vínculos con la familia paterna de origen se mantienen incólumes por cuanto F. comparte con frecuencia tiempo con su abuela N., su tío D., sus primos Y., K. y A. -hijos de este último- y también con T. y T., en reuniones familiares. Finalmente expresa que el lado forjado entre F. y su papá G. permanece intacto en su corazón, y que la relación que lo une a S., caracterizada por el respeto y amor mutuo, necesita como corolario la sentencia que así lo declare. **III)** A fs. 35 obra el acta de la audiencia del art. 81 de la ley foral, momento en que tomé contacto personal con A. F., T. y T., en presencia de la Sra. Asesora de Familia del Tercer Turno y de la Sra. Fiscal de Cámaras de Familia. Seguidamente, luego de escuchar a las partes y sus letrados patrocinantes, se proveyó a la prueba ofrecida. **IV)** Afs. 41, 44 y 47 se receptionan las declaraciones testimoniales de los Sres. A. D. S., H. F. L. y S. A. V., respectivamente. Afs. 48/50 se incorpora el informe elaborado por el C.A.TE.MU.. **V)** Encontrándose diligenciada toda la prueba, se corre traslado al peticionante (fs. 52), a la Sra. M. E. M. (fs. 55) a la representante complementaria (fs. 59) y a la Fiscal de Familia (fs. 62), a los fines que aleguen sobre el mérito de la prueba. **VI)** Afs. 53/54 presenta su alegato el actor, quien luego de realizar un análisis de lo actuado y la prueba diligenciada concluye que la adopción de Al F. resulta beneficiosa, emplazándolo en el lugar de hijo que de hecho ostenta desde hace varios años, en el marco de una familia ensamblada, atendiendo a su interés superior y en la construcción de su identidad dinámica. Respecto al carácter de la misma, reitera, como ya lo hiciera en la demanda, que debe otorgarse la adopción plena, porque -dice- de esa manera se equiparan los derechos jurídicos y de protección de sus hijos, en los efectos legales que le pudieren corresponder. **VII)** A fs. 56/58 incorpora su alegato la Sra. M. E. M., quien ratifica lo expresado y el allanamiento que formulara oportunamente, y luego de analizar los presupuestos de procedencia y lo actuado en la causa, concluye que el CCyC lejos de adoptar posturas rígidas, introduce reglas generales, con ductilidad suficiente para adaptar los hechos que sostienen la filiación adoptiva a las múltiples, variadas y complejas relaciones que se derivan del dinamismo vital. Que se ha comprobado que el

vínculo adoptivo que se pretende complementa sus derechos, los del adoptado y el pretense adoptante ha acreditado la solvencia moral y material para el desempeño pretendido. **VIII)** A fs. 60/61 comparece la Asesora de Familia del Tercer Turno en su carácter de representante complementaria del niño y luego de analizar la prueba y las constancias de autos, estima que se encuentran cumplidos los requisitos para otorgar la adopción de integración requerida y otorgarse con carácter de plena, sin perjuicio de entender que correspondería mantener subsistente el vínculo jurídico de A. F. con sus parientes de la familia de origen. Asimismo, entiende que en relación al apellido de su representado, correspondería hacer lugar a lo peticionado por las partes, agregando con posterioridad a su apellido (S.), el apellido del peticionante (V.), en función de las disposiciones contenidas en los arts. 627, 626 y 68 del CCyC.. **IX)** Por su parte a fs. 63/65 comparece la Fiscal de Familia, y luego de recorrer los presupuestos legales desde lo que se asienta la acción entablada y analizar toda la prueba recolectada en autos ese Ministerio entiende *“que los elementos arimados a la causa permiten acreditar el cumplimiento de los requisitos objetivos y subjetivos exigidos por la normativa vigente. En consecuencia, y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 630 corr. y conc. del CCyC, estimo que la acción de adopción de integración impetrada por el Sr. S. L. Villalón respecto de A. F. S. resulta admisible”*. Además con respecto al apellido del niño, opina tal como solicitara el adoptante, con la conformidad del adoptado- que ésta sea inscripto como “A. F. S. Villalón”. Asimismo, en relación al tipo de acción, expresa que surge claramente que A. F. mantiene contacto asiduo con su abuela paterna, N. S., con quien comparte tiempo y es una figura importante en su vida, como también con su tío D. sus primos y demás familiares por vía paterna. Que ello surge de lo relatado por el actor, por el propio niño en la audiencia y del informe elaborado por el C.A.TE.MU.. Que ese vínculo con la familia S. fortalece y facilita el sostenimiento de las relaciones familiares maternas/paternas del niño. Por ello considera que *“es conveniente para el menor otorgar la adopción con carácter simple no borrando definitivamente los vínculos jurídicos de parentesco que lo unían a su padre biológico...”*. **X)** Seguidamente (fs. 66), se dicta el proveído de

autos, el que se encuentra firme y consentido, por lo que la causa queda en estado de resolver.

Y CONSIDERANDO:

I) Que la competencia de quien suscribe deviene de lo dispuesto por los arts. 16 inc. 6° y 21 inc. 1° de la ley 10.305. **II)** El pedido de adopción de integración planteado por el Sr. S. L. V. respecto al niño A. F. S., hijo de su conviviente, M. E. M. y del Sr. G. A. S., fallecido hace siete años. **III)** Por razones de método, analizaré en primer término los requisitos generales exigidos por el Código Civil y Comercial para el otorgamiento de la adopción de integración (art. 632, primer párrafo), para luego determinar los alcances que la misma debe tener. **IV)** Con relación al **pretense adoptante** quedó acreditado en la causa que S. L. V. tiene treinta y nueve años de edad (nació el día 5 de agosto de 1978), según se desprende de la copia del Documento Nacional de Identidad (fs. 16), con lo cual se da acabado cumplimiento al art. 601 inc. a del Código Civil y Comercial, referido a la edad mínima del adoptante. Asimismo, el compareciente vive en **unión convivencial** con la madre de A. F., Sra. M. E. M., según reconocieron ambos personalmente, presupuesto para la adopción de integración según lo normado por los arts. 619 y 620, último párrafo del Código Civil y Comercial. También quedaron probadas las **condiciones personales y aptitudes del adoptante** (art. 613, segundo párrafo, del Código Civil y Comercial), así como lo beneficioso que puede resultar otorgar esta adopción de integración para el niño. Ello se concluye del análisis del informe interdisciplinario del CATEMU (fs. 31/32)-suscripto por los Lic. Pablo Díaz Caballero (psicólogo) y Alicia Soldevilla (trabajadora social)- quienes señalan que *“la decisión de concretar el trámite de adopción integrativa de A. F. S. por parte del Sr. S. L. V. ha permitido tanto al grupo de convivencia como a las redes familiares ampliadas de las que forman parte ambos, reconocer un proceso de relaciones afectivas y de pertenencias que se ha venido construyendo desde el año 2011... Al momento actual, el trámite es significado por el niño, el señor y el grupo familiar como una formalización de una realidad construida y establecida de hecho en la vida cotidiana. Teniendo la adopción un valor simbólico para el niño y su red en cuanto reconoce el estatus de padre e hijo construido por S. V. y A.*

F. S., las relaciones fraternales constituidas y las referencias familiares mutuas desde las cuales se reconocen cada uno de sus miembros.” Además refieren que “la organización cotidiana de este grupo se estructura a partir de las figuras adultas maternas y paternas quiénes en un proceso de crianza compartido están pudiendo reconocer y atender las necesidades específicas de T., A. F. y T., adecuando las respuestas al momento vital de cada uno... En la interacción cotidiana se habilitan espacios para la comunicación y expresión de las emociones por parte de los diferentes miembros, ...acordando ambos adultos los criterios y modalidades para la puesta de límites adecuada a la edad de cada uno de los hijos.” Por ello concluyen que se considera necesario dar curso favorable al trámite de adopción integrativa de A. F. S. por parte de S. L. V. Por otra parte, del recibo de haberes acompañado a fs. 17 se prueba que el actor cuenta con empleo en la firma “Embotelladora del Atlántico S.A.”, por lo que cuenta con un ingreso que le permite afrontar las necesidades del grupo familiar, surgiendo además del informe elaborado por el C.A.TE.MU. que la Sra. M. también desarrolla tareas fuera del hogar. Todo lo expuesto se ve corroborado también por los dichos de los testigos. En efecto, el Sr. A. D. -tío paterno de A. F. - refiere que “conoce a S. desde hace varios años, cuando M. E. lo presentara como su pareja a posteriori del fallecimiento de G. S., hace aproximadamente cinco o seis años... Que conoce el vínculo entre S. y A. F., que es muy bueno, que se comportan como si fueran padre e hijo, que le hace bien al niño y que lo necesita por su corta edad y la falta de su padre biológico...”. Preguntado sobre la relación de su sobrino con las familias paterna y extendida del Sr. V., el testigo expresó que “la relación es excelente, especialmente con su madre, que se mueren por estar juntos... que se ven cada quince días, cuando A. F. pernocta en casa del declarante todo el fin de semana y comparten actividades recreativas con otro hermano suyo y sus hijos, y que se llevan muy bien” (fs. 41/41 vta.). Por su parte, el Sr. H. F. L. -vecino de los Sres. V./M. - contesta que el actor y A. F. “tienen una relación de padre e hijo... la misma que puede tener con Thomas o Teo... los ve todos los días compartir tiempo, actividades de juego, reuniones sociales, vacaciones, actividades extraescolares y escolares... Que A.

F. visita a su familia paterna y la familia lo visita a él en la casa de S., con total libertad y fluidez”. Preguntado acerca de la relación del niño con la familia extendida de S., expresó “que el trato es igual que con su familia de sangre, fluida, de encuentros y de reuniones frecuentes con sus primos. Es notable el cariño que hay en las familias, tanto en la de sangre como en la de S. (fs. 44/44 vta.). De igual manera, S. V., hermana del actor, quien además es psicóloga miembro del equipo técnico del Poder Judicial en ..., refirió al vínculo que han forjado su hermano, la Sra. M. y los tres hijos que conforman su familia, como de cariño y afecto. Manifestó que “F. está incluido en su familia grande como cualquier otro de sus sobrinos, y al igual que los dos otros hijos de S. ... Que son de familia muy extendida ya que son cuatro hermanos y viven aún sus padres... para el padre de la testigo, F. es un nieto más. Preguntada acerca de la situación patrimonial del Sr. V., contestó que “es empleado de la Coca Cola y vive de su trabajo, que cuenta con dos autos y dos casas y que conoce que percibe buenos ingresos ya que su esposo trabaja en la misma empresa...” (fs. 47/47 vta.). Estos testimonios vienen a confirmar los extremos precedentemente analizados, y revelan la existencia de un verdadero trato de padre/hijo, de un vínculo afectivo estrecho y sólido, y de una absoluta integración del niño al grupo familiar ensamblado que formaron los Sres. V. y M. -con el hijo del primero y con el más pequeño, nacido de esa unión-, acreditándose de este modo la idoneidad del peticionante para cumplir con las funciones de cuidado y educación de A. F. (art. 613 del Código Civil y Comercial). **V)** Por otra parte, corresponde destacar que del informe interdisciplinario elaborado por el equipo técnico del fuero, se marca que “desde el inicio de la vida en común de la progenitora del niño con el Sr. V., la identidad ligada al origen de A. F., su historia paterna y familiar, fue preservada y valorada por la pareja, constituyendo el marco desde el cual se llevó adelante el proyecto familiar... y agrega que “La incorporación del apellido V. junto a S. ha sido definido por el niño, significándolo como la concreción y simbolización de una relación plena con el señor y el grupo familiar...” Ello lo corroboré además de manera personal al momento de tomar contacto con el niño, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 617, inc. b del Código Civil y Comercial.

A. F., en esa audiencia, demostró que tenía cabal conciencia de su situación familiar, de lo que representaba estar ese día en tribunales, destacando el vínculo que mantiene con ambas familias. Por tal motivo estimo que se encuentra resguardado debidamente su derecho a la identidad (art. 595 inc. b y e). **VI) Cumplimentados los requisitos generales prescriptos por la normativa para el otorgamiento de la filiación adoptiva de integración, resta definir en qué efectos establecerla. En este sentido, el Código Civil y Comercial de la Nación regula tres tipos de adopción: plena, simple, y de integración (art. 619); definiendo a ésta última como aquella que se configura “... cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4° de este Capítulo...” (art. 620). La adopción de integración no está destinada a excluir, extinguir o restringir vínculos, sino a ampliarlos mediante la integración de una persona a un grupo familiar ya existente, al que un niño o adolescente conforma con su progenitor (Herrera, Marisa, *Comentario a los arts. 630 a 633*, págs. 676 y ss. en: *Tratado de Derecho de Familia*. Según el Código Civil y Comercial del 2014, Tomo III. Directoras: Aída Kemelmajer de Carlucci; Marisa Herrera; Nora Lloveras, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2014). Se persigue en definitiva brindar, a las relaciones humanas ya establecidas, un reconocimiento jurídico a la figura del padre o madre que en los hechos ejerce sus funciones. Es decir, se reconoce una conformación determinada de la familia ya desarrollada en la realidad. En la adopción de integración el niño, niña o adolescente tiene satisfecho su derecho a la convivencia familiar con al menos uno de sus progenitores y lo que se pretende es integrar a la pareja (convivencial o matrimonial) del padre o madre biológicos (González de Vicel, Mariela, *comentario los arts. 594 a 637 del Código Civil y Comercial de la Nación*, págs. 462 y ss. en: *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo II, directores: Marisa Herrera, G. Caramelo, Sebastián, Picasso, Infojus, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2015). El Código Civil y Comercial de la Nación regula dos tipos de efectos en este tipo de adopción: **a) efectos entre el adoptado y su progenitor de origen: estableciéndose específicamente que *siempre se mantienen el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen*****

(art. 630). Éste nunca se extinguirá en caso de adopción de integración; **b) los efectos entre el adoptado y el adoptante: diferenciando a su vez, si el adoptando tiene un único vínculo filial o dos vínculos filiales. En el primer supuesto el adoptado se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena (art. 631, inc. a); mientras que en el segundo caso -doble vínculo filiar-, el juez otorgará la adopción simple o plena según las circunstancias y atendiendo al interés superior del niño, en remisión a la norma del art. 621 del Código Civil y Comercial (art. 631, inc. b). La normativa del nuevo ordenamiento jurídico autoriza la adopción de integración con efectos de adopción plena o simple según la valoración de las circunstancias y lo que mejor convenga al interés del menor de edad. El caso de autos trata de la adopción del hijo de la conviviente y del Sr. G. A. S., quien falleció cuando el niño tenía menos de dos años de edad. Sin embargo, A. F. ha forjado un vínculo de amor verdadero con toda la familia de su padre. Según dan cuenta los informes psicosociales y las testimoniales rendidas en la causa, existe una relación familiar fraterna y permanente del niño con los padres, hermanos y sobrinos de su papá biológico. Es decir, aunque no cuente con su presencia física, A. F., no carece de la figura paterna de origen. Por el contrario, conoce perfectamente lo sucedido y el rol que ocupa cada uno de los miembros de su familia. Sí debe destacarse que el pretense adoptante viene cumpliendo una importante función de protección y formación integral del niño desde que es muy pequeño, poco tiempo después de que falleciera su progenitor biológico. El Sr. V. ha logrado conformar junto a su conviviente -madre del adoptando- un verdadero núcleo familiar, satisfaciendo las necesidades espirituales y materiales de sus integrantes y creando un vínculo profundo entre ellos. A ello se suma además el nacimiento de un hijo de la pareja y la convivencia con ellos de Thomas, hijo del Sr. V.. De lo actuado, puede concluirse que A. F. ha sumado vínculos familiares desde la convivencia de su mamá con el pretense adoptante. Así, mantiene fuertes lazos con su familia paterna biológica, y ha incorporado en sus relaciones a los familiares de quien hoy peticiona su adopción. En suma, entiendo que lo que mejor resguarda el interés superior de A. F. es otorgar la presente adopción con el carácter de**

simple, manteniendo los vínculos jurídicos afectivos paterno-filiales biológicos. **VII)** Por todo ello, teniendo en cuenta lo dictaminado por la Representante complementaria del niño y por la Sra. Fiscal de Cámaras de Familia y lo dispuesto por los arts. 619, 621 1er. Párrafo, 627, 629, 630, 631 inc. b), 632, 633 y concordantes del Código Civil y Comercial; y arts. 16 inc. 6º y 178 de la ley 10.305, estimo que para este caso en particular corresponde hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. S. L. V. y concederle la ADOPCIÓN DE INTEGRACIÓN CON EFECTOS DE ADOPCIÓN SIMPLE de A.I.F.S., D.N.I. ..., nacido el día 9 de octubre de 2008 e inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Córdoba en el Acta de Nacimiento N° XXX, Tomo X, Serie "X", Año 2008 con efecto retroactivo a la fecha de la promoción de la presente acción, esto es, 12 de abril de 2017 y con los efectos previstos por los arts. 6247, 629 y 630 a 633 del Código Civil y Comercial. **X)** Dicho ello, corresponde tratar la solicitud de adicionar al nombre del niño el apellido del adoptante, y que se lo inscriba como "A.F. S. V.". Ello fue petitionado expresamente por el actor, por la progenitora y por el propio niño al momento de ser oído, por lo que indudablemente debe prosperar dicha solicitud, tal como además lo manifestara la representante complementaria y la Fiscal, en sus respectivos dictámenes. Ello permitirá al niño portar también el apellido de sus hermanos, por lo que deberá comunicarse al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a fin que se proceda a la inscripción correspondiente con ese nombre. **XI)** De acuerdo al desarrollo y resultado del proceso, en especial el allanamiento de la progenitora a la petición del actor, corresponde imponer las costas del presente por el orden causado. Atento a lo prescripto por los arts. 1, 2 y 26 -interpretado en sentido contrario- de la ley 9459, no corresponde regular los honorarios profesionales de la Abogada María Ines Minolfi. Conforme la petición expresa de la Ab. Claudia Ramacciotti deben regularse sus honorarios profesionales. A tal fin, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 74 de la norma citada, que prevé un

mínimo de treinta (30) jus y un máximo de ciento cincuenta (150) jus, y tenerse en cuenta, fundamentalmente, que la letrada ha participado como patrocinante de la progenitora del niño respecto a quien su conviviente petitiona la adopción de integración. En la situación planteada no existen mayores posibilidades de actuación que la adoptada en autos por la Sra. M., es decir, prestar conformidad a dicha petición, no existiendo necesidad de contradecir, ofrecer pruebas, etc.. Por ello, y en función de las pautas valorativas del art. 39 inc. 2º, 4º y 7º, y la consideración especial prevista en el art. 69, estimo justo y equitativo regular la suma de pesos veintisiete mil ciento diecisiete con veinte centavos (\$ 27.117,20), equivalentes a cuarenta (40) jus, según su valor al día de la fecha. **XII)** Por lo expuesto y normas legales citadas; RESUELVO:

I) Hacer lugar a la demanda interpuesta por el Sr. S. L. V., DNI N° ... y concederle la ADOPCIÓN DE INTEGRACIÓN CON EFECTOS DE ADOPCIÓN SIMPLE del niño A.I.F.S., D.N.I. ..., nacido el día 9 de octubre de 2008 e inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la ciudad de Córdoba en el Acta de Nacimiento N° ..., Tomo ..., Serie "...", Año 2008 y con los efectos previstos por los arts. 626, 627, 629 y 630 a 633 del Código Civil y Comercial.

II) Ordenar la inscripción del niño con el nombre de A. F. S. V.

III) Oficiar al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas a los fines de que se proceda a la toma de razón, con las copias respectivas de la presente resolución.

IV) Imponer las costas por el orden causado.

V) No regular los honorarios profesionales de la Ab. María Ines Minolfi.

VI) Regular los honorarios profesionales de la Ab. Claudia Ramacciotti en la suma de pesos veintisiete mil ciento diecisiete con veinte centavos (\$ 27.117,20), equivalente a cuarenta (40) jus (arts. 74, 69, 39 y cc. de la Ley 9459). Protocolícese, hágase saber y dese copia.

FDO.: TAVIP.

www.actualidadjuridica.com.ar

Web Site

Una de las mayores bases de datos de Argentina
- Jurisprudencia
- Doctrina
- Legislación
- Acordadas
- Convenios colectivos de trabajo
- Modelos de escritos... y mucho más.
Nuevos links: Noticias y Revistas Virtuales

ACCIONES DE FILIACIÓN. ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN PRESUMIDA POR LA LEY. Prueba genética. Eficacia probatoria. Valoración. RECHAZO DE LA DEMANDA: Improcedencia de la sanción del art. 83 del CPC.*

El caso

El actor interpuso acción de impugnación de la filiación presumida por la ley en contra de su hijo y la progenitora, afirmando que luego de divorciarse, le llegaron comentarios de gente amiga y allegados que ponían en duda su paternidad respecto del codemandado. El Juez de Familia resolvió rechazar la demanda entablada.

1. Mediante la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley prevista por los art. 589 y 590 del Código Civil y Comercial, lo que se intenta atacar es la presunción de filiación dispuesta por el art. 566 del Código Civil y Comercial, que se establece respecto a los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del mismo, de la separación de hecho o de la muerte. En definitiva, debe acreditarse que el o la cónyuge no pueden ser el padre o/madre, ó que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Tanto el art. 589 del Código Civil y Comercial (referido a esta acción en particular) como el art. 579 de ese cuerpo legal establecen expresamente el principio de amplitud probatoria en materia de filiación, lo que permite a las partes recurrir a cualquier medio de prueba para determinar el vínculo, incluidas las genéticas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte. El esencial medio probatorio actual para establecer la probabilidad de paternidad es el test de ADN, universalmente aplicado y cuyos resultados han sido reconocidos por la doctrina y jurisprudencia en forma unánime, pues dicha técnica científica permite la comprobación del nexo biológico en porcentajes cercanos al 100%.

2. Hay consenso acerca de que las modernas pruebas genéticas resultan esenciales para atribuir o descartar la paternidad, conforme al avance de la ciencia y constituyen un ejemplo de proceso civil cuyo resultado, en lo sustancial, depende de la eficacia pericial. No hay dudas de que el legislador da preponderancia a este tipo de pruebas en los juicios de filiación, debido al alto grado de precisión que arrojan en la determinación de la paternidad o la maternidad, Justamente, en virtud de la certeza que otorgan (más del 99%), es que se sostienen que los juicios de filiación se han transformado en procesos eminentemente periciales.

3. El mero rechazo de una demanda, no torna procedente la aplicación del apercibimiento que prevé el art. 83 de nuestro CPC.. Así pues, aunque pueda interpretarse que se ha generado un desgaste jurisdiccional, la garantía de acceso a la justicia que debe ser resguardada absolutamente, impide que una demanda que no prospera, configure la conducta manifiestamente maliciosa, temeraria, dilatoria o perturbadora que la citada norma trata de disuadir. Las normas que sancionan la inconducta están destinadas exclusivamente a los casos de real gravedad...El art. 83 exige que la temeridad la

* Fallo seleccionado y reseñado por Mauro N. Córdoba.

malicia deban ser manifiestas para ser pasibles de sanción, por lo que en caso de duda razonable, respecto de si la actuación es maliciosa o no, debe estarse por la amplitud de la defensa.

**Juzg. de Flia. de Primera Instancia y Segunda Nominación, Cba.,
Sent. Nº 79, 19/03/2018, “G. M. N. c/ G. V. y otro - Acciones de filiación
- Contencioso”**

Y VISTOS:

Los autos caratulados “G. M. N. C/ G. V. Y OTRO - ACCIONES DE FILIACIÓN - CONTENCIOSO” (EXPTE. Nº ...) de los que resulta que: I) A fs. 1/3 comparece el Sr. M. N. G., con el patrocinio letrado del Ab. Daniel Alberto Avaca e interpone demanda de impugnación de la “*paternidad matrimonial*” (sic) -léase “*impugnación de la filiación presumida por la ley*” - en contra de su hija V. G. y de la progenitora Sra. S. M. M. Dice que contrajo matrimonio con la Sra. S. M. M. el 25 de noviembre de 1999 y que el 26 de junio de 2003 nació V. G. Refiere que el matrimonio no funcionó por lo que tramitaron el divorcio vincular por ante la Excm. Cámara de Familia de Primera Nominación, quien dictó sentencia el 07/06/2005. Afirma que mucho después del divorcio (no hace más de nueve meses, dice) le llegaron comentarios de gente amiga y allegados que ponían en duda su paternidad respecto a V. En ese marco, le solicitó a la Sra. M. la realización de un examen genético de ADN, pero que aquella se negó rotundamente. Ante ese cuadro de situación, y teniendo en cuenta el interés supremo de V. de conocer y tener certeza de su verdadera identidad, decidió emprender las acciones legales a los fines de impugnar el reconocimiento de la paternidad efectuado. Cita normas de raigambre constitucional y jurisprudencia que estima avalan su postura. Ofrece prueba documental y pericial genética. II) A fs. 14 se admite la demanda de impugnación de la filiación presumida por la ley y se le otorga el trámite previsto en el art. 75 y ss. de la ley 10.305. En consecuencia, se cita y emplaza a la Sra. S. M. M. para que comparezca a estar a derecho, conteste la demanda y en su caso oponga excepciones. Además se ordena dar intervención a una Asesora de Familia a los efectos que asuma el rol de “tutora ad litem” de la niña, a la representante complementaria y a la Fiscalía de Familia. III) A fs. 16 toma intervención la Sra.

Asesora de Familia del Primer Turno, en su carácter de Representante complementaria de la joven. A fs. 18 hace lo propio Sra. Asesora de Familia del Segundo Turno, en su calidad de Tutora Ad-Litem. IV) A fs. 21/22 comparece la Sra. S. M. M., con el patrocinio de la Ab. Anahí Sandiano y contesta la demanda incoada, peticionando su rechazo con costas. Dice que es cierto que estuvo casada con el Sr. G. desde el 25 de noviembre de 1999, que la sentencia de divorcio se dictó el 7 de junio de 2005 y que tuvieron a su hija V. Que no es cierto que haya llegado a su conocimiento que “...no hace más de 9 meses...” que V. no es su hija biológica. La pretensión del actor carece de precisión sobre hechos, circunstancias o individualización de personas que de manera fehaciente y ostensible puedan haberlo llevado a la convicción, o al menos un estado de duda que de manera altamente probable, lo habilite a interponer la presente demanda. Por su parte, -dice- tampoco ha logrado establecer el tiempo en que pudo haber tomado conocimiento. Es decir, a creer de manera fundada, que V. no es su hija. Que no es cierto que haya “...comentarios de gente amiga y allegados...” que le hayan hecho dudar de su paternidad. Expresa que con ello se vulnera su derecho de defensa, ya que no determina quién es la “gente amiga”, a los que ni siquiera ofreció como testigos. Que no es cierto que “...haya consultado a determinadas personas, las que me aseguran que V. no es mi hija...” No individualiza a quienes pueden haber asegurado materialmente esa situación, no aporta la fuente de ese convencimiento de manera indubitada, y además -expresa- es a través de la prueba genética, de carácter científico, que se puede lograr el convencimiento, no la verbalización de una persona no identificada. Luego de enumerar las causas judiciales mantenidas con el actor -tanto en el fuero de familia como penal-, destaca que el Sr. G. les produjo a ella y a su hija un daño psicológico y moral que continúa profundizándose.

Finalmente, pone de resalto que ha transcurrido el plazo de caducidad previsto por el art. 590 del CCyC. Al respecto, dice, se ha superado con creces el tiempo de la inscripción de la menor y tampoco se precisó, ni ofreció material probatorio sobre el momento en que tomó conocimiento que V. puede no ser su hija. Para terminar, niega haberse opuesto a la realización del estudio genético de ADN, el que deja ofrecido como prueba pericial, además de ofrecer prueba documental, absolución de posiciones y testimonial. Peticiona, en definitiva, el rechazo de la demanda, con imposición de costas y se aplique al demandado el art. 83 del C.P.C.. A fs. 29 toma intervención la Fiscal de Familia, quien peticona que se provea formalmente a la inconstitucionalidad planteada por el actor, a fin de resguardar el debido derecho de defensa de las partes, a tenor del escrito de contestación de demanda, en cuanto al vencimiento del plazo de caducidad. Considera que de los hechos narrados se trata del planteo de inconstitucionalidad del art. 590 del CCyC (por aplicación de la regla "iura novit curia"). Conforme a dicha petición, se corre traslado a la Sra. M. S. M. (fs. 30). **V)** Afs. 35 se recepciona la audiencia que prescribe el art. 81 de la ley 10.305. En la misma, las partes -a través de sus letrados- manifiestan la imposibilidad de arribar a un acuerdo y expresan que tenían turno para la semana siguiente para la realización del análisis de ADN en el Centro Integral de Genética Aplicada (CIGA), estando el costo del mismo a cargo del Sr. G. Actor y demandada ratifican sus respectivas pretensiones contenidas en demanda y contestación, se provee a la prueba ofrecida (Documental-Instrumental, Pericial, Confesional, Testimonial) y se fija audiencia a fines de escuchar a V. **VI)** Afs. 48/49 comparece la Sra. S. M. M., con su letrada patrocinante, Ab. Anahí Sandiano y contesta el traslado del planteo de inconstitucionalidad planteado, a la vez que acompaña copia del estudio de ADN (fs. 37 a 47) suscripto por el Dr. Juan Carlos Jaime y la bioquímica Victoria Infante, realizado en las personas del actor, de la demandada y de la adolescente V. En dicho estudio se concluye que "Según los resultados obtenidos del estudio de polimorfismos de ADN, el Sr. M. N. G. no puede ser excluido de su paternidad biológica en la persona de V. G. M. Probabilidad de paternidad= 99,999%". En virtud de ello, solicita el rechazo del

planteo de inconstitucionalidad y reitera su petición de rechazo de la demanda, aplicación de costas y del art. 83 del C.P.C.. **VII)** De la incorporación del estudio mencionado se da noticia a las partes y participantes. En esa oportunidad, la Tutora ad litem de V. entiende que ya no tendría sentido traer a la adolescente a los estrados del Tribunal, por lo que debería suspenderse la audiencia fijada a esos fines. Asimismo, peticona la regulación de sus honorarios por la participación ejercida, al finalizar el proceso. **VIII)** Afs. 58 vta. la letrada de la demandada solicita el pase a fallo de la causa. En virtud de ello, se fija audiencia para recepcionar la declaración testimonial del Dr. J. C. J. y para la absolución de posiciones del Sr. M. G.. Esta se recepciona en ausencia del absolvente, por lo que la apoderada de la Sra. M. (Poder apud acta obrante a fs. 66), peticona se lo tenga por confeso a tenor del pliego de posiciones glosado a fs. 70 y se le apliquen los apercibimientos de ley (fs. 71). En virtud de lo dispuesto por Acuerdo Reglamentario Nro. 146 del 25/4/2017 se dispone librar oficio al laboratorio CIGA para que refiera si las firmas incluidas en el informe pertenecen a los profesionales que suscriben, fecha de la práctica y en su caso, acompañen copia autenticada del resultado. **IX)** Afs. 76/81 obra la contestación del laboratorio CIGA, desde donde aceptan que en ese centro se realizó el estudio de ADN incorporado en autos. **X)** Afs. 84 se corre traslado al actor para alegar sobre el mérito de la prueba. Éste no lo evacúa, lo que así se certifica a fs. 85. Afs. 86 evacúa el traslado la Sra. S. M. M. y luego de realizar una síntesis de los actuado en la causa concluye que "El actor provocó un dispendio jurisdiccional, sin aportar prueba que diera sustento a su pretensión... ni siquiera ofreció los testigos de la versión que arguye. Por otra parte, se desvaneció su defensa sin asumir responsabilidad ante el resultado del ADN que fue contundente sobre el porcentaje de probabilidad de paternidad. Estas circunstancias demuestran que su conducta mostró la convicción sobre su paternidad, pero subestimó tanto a esta parte como la labor judicial, provocando este desgaste jurisdiccional... Por ello entiende que debe rechazarse la demanda con ejemplar imposición de costas. **XI)** Corrido traslado a la Sra. Asesora de Familia del Segundo Turno, en su carácter de Tutora Ad-Litem, comparece a fs. 90 y también opina que corresponde rechazar

a la demanda de impugnación de la filiación presumida por la ley incoada. **XII)** Corrido traslado a la representante complementaria, a fs. 92/93 comparece la Sra. Asesora de Familia del Primer Turno, quien luego de meritar las constancias de la causa, estima que con la prueba biológica realizada por el CIGA-pericia que no fue impugnada se encuentra acreditada la existencia del vínculo biológico entre su representada y el Sr. G., y que por lo tanto correspondería rechazar la demanda de impugnación de la filiación presumida por la ley interpuesta. **XIII)** Corrido traslado a la Sra. Fiscal de Familia, comparece a fs. 95/96 y luego de reseñar las constancias y la prueba rendida en autos, manifiesta que corresponde rechazar la acción impetrada. Para ello tiene en consideración la prueba genética incorporada en autos y la conducta procesal asumida por el actor, quien abandonó su participación en el proceso luego de la audiencia del art. 81 de la Ley 10305, no aportando autónomamente ningún dato convictivo. Todo ello, reforzado por la confesional ficta del Sr. G. quien no compareció a la absolución de posiciones, efectivizándose el apercibimiento prescripto por el art. 222 del C.P.C. Además entiende que el rechazo de la demanda, torna estéril el planteamiento de inconstitucionalidad. **XIV)** Dictado el proveído de autos (fs. 97), el mismo queda firme y la causa en estado de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

I) Que la competencia de quien suscribe deviene por lo dispuesto por los arts. 16 inc. 5 y 21 inc. 1 de la Ley 10.305. II) Que el Sr. M. N. G., por derecho propio y quien se encuentra legitimado para ello (art. 589 del CCyC) promueve formal demanda de **impugnación de la filiación presumida por la ley** (art. 589 y 590 del Código Civil y Comercial de la Nación) en contra de su hija V. G. y de su progenitora Sra. S. M. M. Peticionó asimismo, se declare la inconstitucionalidad del art. 588 del CCyC (Planteo que fuera readequado por el Tribunal, entendiendo que se refería al art. 590 del CCyC). Que la Sra. M. en su propio nombre solicitó el rechazo de la demanda y del pedido de inconstitucionalidad, con aplicación de costas y del apercibimiento que prescribe el art. 83 del C.P.C. En estos términos quedó trabada la litis. III) Mediante la acción de impugnación de la filiación presumida por la ley prevista por los art. 589 y 590

del Código Civil y Comercial, lo que se intenta atacar es la presunción de filiación dispuesta por el art. 566 del Código Civil y Comercial, que se establece respecto a los hijos nacidos después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del mismo, de la separación de hecho o de la muerte. En definitiva, debe acreditarse que el o la cónyuge no pueden ser el padre o/madre, ó que la filiación presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Tanto el art. 589 del Código Civil y Comercial (referido a esta acción en particular) como el art. 579 de ese cuerpo legal establecen expresamente el principio de amplitud probatoria en materia de filiación, lo que permite a las partes recurrir a cualquier medio de prueba para determinar el vínculo, incluidas las genéticas, las que podrán ser decretadas de oficio o a petición de parte. El esencial medio probatorio actual para establecer la probabilidad de paternidad es el test de ADN, universalmente aplicado y cuyos resultados han sido reconocidos por la doctrina y jurisprudencia en forma unánime, pues dicha técnica científica permite la comprobación del nexo biológico en porcentajes cercanos al 100%. Al respecto (...) *hay consenso acerca de que las modernas pruebas genéticas resultan esenciales para atribuir o descartar la paternidad, conforme al avance de la ciencia y constituyen un ejemplo de proceso civil cuyo resultado, en lo sustancial, depende de la eficacia pericial. No hay dudas de que el legislador da preponderancia a este tipo de pruebas en los juicios de filiación, debido al alto grado de precisión que arrojan en la determinación de la paternidad o la maternidad. Justamente, en virtud de la certeza que otorgan (más del 99%), es que se sostienen que los juicios de filiación se han transformado en procesos eminentemente periciales...* (cfr. Lorenzetti, Ricardo Luis -Director-: "Código Civil y Comercial Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, Tomo III, p. 597/598). El test basado en la propiedad del ácido desoxirribonucleico logra la demostración de paternidad con altísima certeza y resulta una prueba absoluta para determinar su exclusión. En consecuencia, en el presente caso, dicha probanza deviene trascendente y suficientemente elocuente como para poder afirmar que es cierta la paternidad establecida y la filiación que actualmente tiene la

niña de autos. En este marco es que cabe examinar los elementos probatorios obrantes en la causa. Así, del estudio de polimorfismo del ADN efectuado por el Centro Integral de Genética Aplicada CIGA), de fecha 7 de octubre de 2016 (fs. 37/47), con el objetivo de determinar el vínculo de filiación paterna, realizado entre el Sr. M. N. G., la Sra. S. M. M. y la niña V. G., se concluye que “*Según los resultados obtenidos del estudio de polimorfismos de ADN, el Sr. M. N. G. no puede ser excluido de su paternidad biológica en la persona de V. G. M. Probabilidad de paternidad= 99,999%*”. Asu vez, el estudio fue reconocido por los profesionales firmantes (fs. 81), de acuerdo a lo que dispone el Acuerdo Reglamentario N° 146 del Tribunal Superior de Justicia de Córdoba. Estimo que esos resultados son prueba suficiente para tener por acreditado el vínculo biológico determinado por la presunción legal, logrando demostrar la paternidad que se pretendía impugnar con esta acción y por lo tanto confirmar que V. es hija biológica de M. N. G.. Además, la conducta procesal asumida por el actor a lo largo del proceso, no hace más que corroborar tal conclusión. En efecto, sin perjuicio de los imprecisos términos y afirmaciones contenidos en la demanda -además de incluir el planteo de inconstitucionalidad de una norma errónea-, luego de la celebración de la audiencia que prescribe el art. 81 de la Ley 7676 abandonó el proceso. Así, no efectuó manifestación alguna al dársele noticia de la incorporación de la pericia biológica, no compareció a la audiencia de absolución de posiciones -por lo que corresponde hacer efectivo el apercibimiento prescripto por el art. 222 del C.P.C., ni formuló alegato, dejando vencer el plazo del traslado corrido. Todo ello no hace más que poner en evidencia clara que la pretensión inicial debe ser rechazada, **IV**) Esa petición de rechazo de la demanda fue sostenida expresamente en oportunidad de expresar los alegatos por la parte demandada, siendo coincidentes al respecto la Tutora Ad-Litem, la representante complementaria y la Fiscal de Familia. **V**) La conclusión a la que se arriba torna improcedente el tratamiento del planteo de inconstitucionalidad formulado respecto al art. 590 del CCyC (consignado erróneamente en la demanda inicial como art. 588 del CCyC) y exime a éste Tribunal de mayores consideraciones. **VI**) La Sra. S. M. M., al contestar la demanda solicitó se aplique al actor el apercibimiento prescripto por

el art. 83 del C.P.C.. Si bien la pretensión del Sr. M. N. G. en los presentes resulta rechazada - como se expresó ut supra- y ello puede reflejar la formulación de un planteo judicial obviando recaudos, entiendo que el mero rechazo de una demanda, no torna procedente la aplicación del apercibimiento que prevé el art. 83 de nuestro CPC.. Así pues, aunque pueda interpretarse que se ha generado un desgaste jurisdiccional, la garantía de acceso a la justicia que debe ser resguardada absolutamente, impide que una demanda que no prospera, configure la conducta manifiestamente maliciosa, temeraria, dilatoria o perturbadora que la citada norma trata de disuadir. Al respecto, la doctrina expresa: “...*Las normas que sancionan la inconducta están destinadas exclusivamente a los casos de real gravedad... El art. 83 exige que la temeridad la malicia deban ser manifiestas para ser pasibles de sanción, por lo que en caso de duda razonable, respecto de si la actuación es maliciosa o no, debe estarse por la amplitud de la defensa...*” (cfr.: Vénica, Oscar Hugo: “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba”, Marcos Lerner Editora Córdoba, 1997, Tomo I, pág. 238). Por lo expuesto, entiendo que esta pretensión no debe prosperar. **VII**) Atento el resultado de la presente, en virtud del principio objetivo de la derrota, corresponde imponer las costas al actor vencido, Sr. M. N. G. (art. 130 del C.P.C.). **VIII**) Conforme lo dispuesto por los arts. 26, 74 y las reglas de evaluación cualitativas contenidas en el art. 39 de la Ley 9459, corresponde regular los honorarios profesionales de la Ab. Anahí Sandiano en la suma de pesos sesenta y siete mil setecientos noventa y tres (\$ 67.793), equivalente a Cien (100) jus, según su valor al día de la fecha. Asimismo, deben regularse los honorarios de la Sra. Asesora de Familia del Segundo Turno, -Tutora ad litem. En virtud de lo establecido en los arts. 24, 39 y 74 (1° párrafo) supra citados, los mismos se fijan en la suma de pesos cuarenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y cinco con diez centavos (\$ 47.455,10), equivalente a Setenta (70) jus, - según su valor al día de la fecha- y se imputarán al Fondo Especial del Poder Judicial, debiendo librarse oficio a la Dirección de Administración del Poder Judicial, con copias de la presente resolución. De acuerdo a lo establecido por los arts. 1, 2 y 26 -interpretación en sentido contrario- del Código Arancelario, no corresponde regular los

honorarios profesionales del Ab. Daniel Alberto Abaca.

Por todo lo expuesto, normas legales citadas, y teniendo en cuenta lo dictaminado por las representantes del Ministerio Público, RESUELVO:

I) Rechazar la demanda de impugnación de la filiación presumida por ley entablada por el Sr. M. N. G.

II) Declarar abstracto el planteo de inconstitucionalidad formulado respecto al art. 590 del CCyC.

III) No hacer lugar al pedido de aplicación del apercibimiento previsto por el art. 83 del C.P.C.

IV) Imponer las costas al Sr. M. N. G.

V) Regular los honorarios profesionales de la Ab. Anahí Sandiano en la suma de pesos sesenta y siete mil setecientos noventa y tres (\$ 67.793).

VI) Regular los honorarios de la Sra. Asesora de Familia del Segundo Turno -Tutora ad litem- en la suma de pesos cuarenta y siete mil cuatrocientos cincuenta y cinco con diez centavos (\$ 47.455,10), debiendo librarse oficio a la Dirección de Administración del Poder Judicial, con copias de la presente resolución.

VII) No regular los honorarios profesionales del Ab. Daniel Alberto Abaca. Protocolícese, hágase saber y dese copia.

FDO.: TAVIP.

COMPETENCIA. CENTRO DE VIDA: Interpretación armónica con otros principios: Tutela judicial efectiva. Inmediatez. Capacidad progresiva. Derecho a ser oído. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.*

El caso

La progenitora interpuso recurso de reposición con apelación en subsidio en contra del proveído del Juez de Familia de Primera Instancia que resolvió apartarse de seguir entendiendo en las actuaciones y remitirlas al Juez con competencia en Familia de la ciudad de Villa María, por entender que en dicha ciudad se encuentra el centro de vida del adolescente de autos. La recurrente se agravió por cuanto entiende que el centro de vida se encuentra en la ciudad de Córdoba y que la resolución atacada, provocará la revictimización del menor. El Juez de Familia interviniente resolvió rechazar el recurso de reposición intentado.

1. La noción de “centro de vida”, que es contemplada en el art. 3 inc. f de la ley 26061, debe ser interpretada conjuntamente y de manera armónica con otros principios, tales como el de la tutela judicial efectiva, la inmediatez, la capacidad progresiva, el derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes. Todos ellos de manera integral dan cuerpo al denominado “interés superior”, principio rector desde el que se deben adoptar todas las decisiones que a ellos competen. Ese mejor interés fue definido como la “directriz que cumple una función correctora e integradora de las normas legales, que se constituyen en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, como así también en el criterio a ser tenido en cuenta para la intervención institucional destinada a la satisfacción de los derechos del niño, niñas y adolescentes.

2. El CCyCN consagra una serie de reglas de competencia en los procesos de familia. Así, el art. 716 dispone que “en los procesos referidos a la responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen comunicacional, alimentos, adopción y otros que deciden en

* Fallo seleccionado y reseñado por Mauro N. Córdoba.

forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derecho de niños y adolescentes es competente el lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida". Se trata de un criterio de índole fáctica para la atribución de competencia en supuestos en los que se encuentra en juego el derecho de un menor de edad o de una persona con capacidad restringida. Este criterio, el del 'centro de vida' que recepta el mencionado artículo 716, por ser una disposición procesal es de aplicación inmediata, según lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) se trata de asignar la competencia con una modalidad más flexible que las reglas tradicionales previstas en resguardo de la seguridad jurídica, las garantías del juez natural y del debido proceso. Ese carácter dúctil es el que permite apreciar desde la realidad y con criterio de actualidad cual es el juez que está en mejores condiciones de garantizar los derechos de las personas menores de edad involucradas. Surge que 'residencia habitual' y 'centro de vida', son ideas equivalentes y se basan en un supuesto factico (no jurídico) que se configura con la residencia principal o permanente de quien se protege, lo cual supone conceptos de estabilidad y permanencia. No depende de la determinación del domicilio real de sus padres o representantes legales y su evaluación exige una perspectiva de actualidad, atendiendo a las circunstancias existentes al momento de la decisión.

3. A los fines de determinar competencia territorial, no es viable atenerse a una noción inamovible del "centro de vida". No lo podemos entender como una cuestión de temporalidad estricta. Es que conforme lo previsto por el art 3 inc. f de la ley 26.061 que expresa: "se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia". De la norma se infieren dos cuestiones, una la temporal, esto es donde el niño transcurrió su vida mayormente, y el otro, las condiciones legítimas del lugar en el que reside. Esta calificación ("condiciones legítimas"), tiene su motivación en evitar la modificación del centro de vida por traslado inconsultos, sin importar el tiempo de la residencia, cuando el mismo no fue legítimo. Estos dos elementos deben ser interpretados de manera conjunta y armónica ya que para que se configure el "centro de vida", tal cual se lo ha definido, ambos deben existir.

4. La regla *forum personae* hace referencia al lugar en donde los menores viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la inmediación, y se profundiza y refina en la noción "centro de vida", que hace suya el art 3, inc f Ley 26.061. Esta inmediatez del juzgador con el adolescente es la que le garantiza al mismo el principio de la tutela efectiva.

Juzg. de Flia. de Primera Instancia y Segunda Nominación, Cba., Auto N° 327, 07/05/2018, "T., J. I. - F., V. M. - Divorcio vincular- No contencioso-"

Y VISTOS:

Estos autos caratulados "T., J. I. - F., V. M. - DIVORCIO VINCULAR- NO CONTENCIOSO-" (Expte. N° 2578489) de los que resulta: **1)** Que a fs. 151/152 comparece la Sra. V. M. F., con el patrocinio de las Abs. Mónica Assandri y Lilian Alanis e interpone recurso de reposición, con

apelación en subsidio, en contra del proveído de fs. 142 en tanto dispone que "...*Atento constancias de autos, de donde surge que el adolescente A. T. reside en la ciudad de Villa María y lo dispuesto por el art. 716 del C.C.C.N. por cuanto "En los procesos referidos a la responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación,*

alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifiquen lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”, remítanse estos obrados al Sr. Juez con competencia en familia de la ciudad mencionada”. Expresa que el día 8 de febrero de 2017, se fijó la audiencia prescripta por el art. 81 de la ley 10305, para el 10 de marzo de 2017. Que durante el desarrollo de la misma fueron entrevistados el menor (sic) y sus progenitores, arribándose a un acuerdo que fue homologado por el Tribunal, dando por concluido el incidente planteado en autos. Continúa indicando, “que de esta manera el Tribunal actuó protegiendo y garantizando los derechos de A. al escucharlo y tener en cuenta su opinión, materializándose el principio constitucional del interés superior del adolescente, brindándole las garantías mínimas del procedimiento judicial (ley 26.061, art 27)” (sic). Añade que del acta de fecha 10 de febrero de 2017, surge que el Tribunal tomó conocimiento de la problemática familiar y por esto adopta medidas de control y seguimiento del cuidado personal de A., exigiéndole a los progenitores “... acompañar en los presentes y en el plazo de un mes certificado del inicio de tratamiento, y cada tres meses acompañar informe de continuidad del mismo”. Señala la impugnante que el apartamiento de quien suscribe en la presente causa le genera un gravamen irreparable en los derechos y garantías de defensa en juicio, de raigambre constitucional, reconocidos en la C.D.N. y la ley 26.061, retardando el proceso judicial en que se encuentra inmerso A., desligándose de las medidas de control y seguimiento impuestas. En su relato recursivo, manifiesta que “esta decisión judicial lo revictimiza y lo pone en un estado de indefensión al obligarlo a exteriorizar nuevamente el conflicto familiar ante un nuevo Juez” (sic) de competencia múltiple y extraña a su centro de vida, profundizando la problemática familiar. Bajo el acápite titulado “CENTRO DE VIDA”, la recurrente refiere que en el acuerdo de autos, se estableció que el cuidado personal de A. fuera compartido con la modalidad indistinta, con residencia principal en el domicilio paterno, sito en calle R. nro. ... de la ciudad de Villa María (sic). Asevera que de acuerdo a las constancias de autos, hasta el día 10 de marzo de

2017, el domicilio legal de A. era J. de D. C. ..., R. S. J. de la ciudad de Córdoba, constituyendo este su centro de vida desde su nacimiento (sic), según lo acordado por sus progenitores y homologado en la Sentencia de Divorcio. Prosigue diciendo que su hijo “transcurrió en la ciudad de Córdoba la mayor parte de su existencia desde su nacimiento hasta diciembre de 2016 (sic), ley 26061, art. 3 inc f; señalando además, es donde viven su progenitora, su familia extensa (abuelos, tíos y primos), y sus amigos, tanto los compañeros de la escuela Nueva J. Mantovani, donde asistió desde los cuatro años” (sic). Culmina su recurso y refiere que en consecuencia se opone al apartamiento de S.S. por no encuadrar la situación planteada en autos en lo establecido por el art. 716 del C.C.C. por cuanto el centro de vida de A. T. se encuentra en la ciudad de Córdoba” (sic) y no en la ciudad de Villa María, donde su progenitor se mudó hace sólo cuatro meses. Expresa que el apartamiento del Tribunal, causa un gravamen irreparable por cuanto revictimiza y desprotege a A., no garantizando el principio constitucional de Interés Superior, por lo que entiende que estos Tribunales son los competentes para continuar con el trámite de la presente causa judicial. **2)** Que por proveído de fjs. 153 se da trámite al recurso de reposición incoado y se corre vista a la contraria. **3)** A fs. 202 y mediante decreto de fecha 10 de julio de 2017 se certifica que se encuentra vencido el plazo por el cual se le corrió traslado al Sr. T. del decreto objeto de la presente resolución, corriéndosele vista en el mismo a la Sra. Fiscal de Familia. **4)** Con fecha 31 de julio de 2017 (fs. 203), la Sra. Fiscal de Familia se notifica y solicita la fijación de una audiencia a los fines de la escucha del adolescente. **5)** A fs. 204, mediante proveído de fecha 01/08/2017 se fija audiencia a la que deberán comparecer los progenitores y el adolescente. **6)** A fs. 224 luce certificado del que surge que entrevisté al adolescente con la presencia de la Sra. Asesora de Familia del Segundo turno, de la Fiscal de Familia y de las licenciadas Laura Ramos y Silvina logna Prat, integrantes del CATEMU. **7)** A fs. 225 obra acta de audiencia realizada con la presencia de las funcionarias antes referidos y licenciadas del CATEMU y los progenitores de A.. En ese acto acordaron que el adolescente comenzaría un tratamiento psicológico individual con el Lic. G. V., en la ciudad de Villa María. **8)** A fs. 243/244 de

autos, comparece el adolescente A. T. solicitando por derecho propio participación en estos autos, constituyendo domicilio legal con el patrocinio del Ab. Pablo Actis. En ese escrito manifiesta que *si bien se trata de un menor de edad la madurez que ostenta, hace procedente la solicitud de participación* (sic). Señala que *se ve obligado a realizar acciones que afectan en forma flagrante a su interés refiere que dichos traslados afectan sus actividades y vínculos de amistad por el tiempo que debe permanecer alejado de su centro de vida* (sic). Expresa que se ve compelido a trasladarse periódicamente a la Ciudad de Córdoba, en cumplimiento de un acuerdo de sus progenitores. Refiere que *“existe conflicto de intereses con sus progenitores que afectan derechos de rango constitucional, indicando que: los derechos que intenta ejercer son los referidos a las decisiones que se tome sobre su persona y tratamientos invasivos/ no invasivos que se le impongan. Asimismo una vez otorgada la debida participación analizará el ejercicio del derecho alimentario correspondiente”* (sic). **9)** Que por proveído de fjs. 248 se lo tiene por parte del proceso, en base a lo dispuesto por el art. 679 del CCyCN. **10)** Corrido vista final a la Fiscalía de Familia (fjs. 253), comparece la Fiscal a fs. 254/255 y la evacúa. Luego de realizar un análisis detallado de lo actuado, procede a emitir opinión en relación al recurso en cuestión, concluyendo que el centro de vida del adolescente se encuentra en la Ciudad de Villa María, por lo que entiende que la remisión a esa ciudad de la causa es lo que corresponde. Refiere en su dictamen que es el propio adolescente, conforme su capacidad progresiva, consagrada en el art. 26 del C.C.C, quien consagra a esa ciudad como su centro de vida. Resalta, que además de ser en esa ciudad en donde A. vive junto a su padre, concurre al colegio, tiene sus amistades y actividades, la funcionaria de manera personal, señala, pudo apreciar y discernir el contacto con A., que éste ostenta suficiente madurez para ejercer sus propios derechos, por lo que el recurso de reposición articulado debe ser rechazado. **11)** A fs. 259 se corre vista a la Sra. Asesora de Familia de Segundo turno, en su carácter de representante complementaria y lo evacúa a fs. 260/262. Así, luego de realizar un análisis del recurso de autos, estima que debe hacerse lugar la reposición planteada por la Sra. F.

Dice que hasta diciembre de 2016, el domicilio de A. se encontraba en la ciudad de Córdoba, en donde convivía con su progenitora desde su nacimiento y que además en esta ciudad vive su familia extensa, amigos de la escuela y los del barrio, de fútbol y de inglés. Ante ello opina que el centro de vida se encuentra en Córdoba y no en la ciudad de Villa María. Fundamenta su posición en lo que dispone el art. 3 de la ley 26061, señalando que de las constancias de la causa surge que las partes acordaron un cuidado compartido (año 2015), con modalidad indistinta, residiendo A. mayormente en el domicilio de la madre. Que luego de ello, y a fs 43/45, los progenitores acordaron que la modalidad del cuidado sería la alternada. Que luego de varias actitudes del Sr. T., el mismo decidió de manera unilateral el traslado de A. a la ciudad de Villa María e inclusive solicitó la baja del colegio en esta ciudad y lo inscribió en Villa María. Expresa que el motivo que ocupa su dictamen es determinar si el hecho que A. se haya trasladado a Villa María es constitutivo de un cambio de centro de vida, pues de ello dependerá el desplazamiento de la competencia. Refiere que el hecho de que J. I. T. haya trasladado de manera inconsulta, unilateral y hasta oculta a A. a Villa María no alcanza a modificar el centro de vida. Recalca la grave problemática familiar en la que se encuentran todos los miembros de la familia. **12)** A fjs. 274 se dicta el proveído de “autos”, el que se encuentra firme por lo que la incidencia queda en estado de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

I) El recurso de reposición con apelación en subsidio interpuesto por la Sra. V. M. F., en contra del proveído de fjs. 142 en donde se dispuso la remisión de la causa a los tribunales con competencia en familia de la ciudad de Villa María, por entenderse en ese momento que allí se encuentra radicado el “centro de vida” del adolescente. Que al correrse vista a la contraria nada dijo. Que por su parte la Fiscal de Familia estima que debe rechazarse el recurso de reposición ya que estima que el centro de vida del adolescente se encuentra en aquella ciudad. Por su parte, la representante complementaria de A. entiende que debe hacerse lugar al recurso incoado, ya que desde su óptica el “centro de vida” de su representado es en la ciudad de Córdoba. En

consecuencia, corresponde en virtud de las constancias de autos y las vistas evacuadas, determinar la procedencia o el rechazo del recurso incoado. II) Que el remedio intentado constituye un instrumento de saneamiento procesal fundado en razones de economía procesal, con el que se busca -mediante su planteamiento por ante el mismo Tribunal que dictó el proveído que se atacó su modificación, reconsideración, anulación o revocación, siempre que haya sido dictado sin sustanciación cause o no gravamen irreparable, de forma tal que provoque un perjuicio a la parte interesada, por no ser ajustado a derecho. III) En el caso que debo resolver la Sra. V. M. F. fundamenta su pedido en: a) que el “centro de vida” de su hijo A. es la ciudad de Córdoba; b) que mi apartamiento le genera un gravamen irreparable en los derechos y garantías de defensa en juicio, de raigambre constitucional; c) que la medida importará un retardo en el proceso judicial en que se encuentra inmerso A., ya que se desligará de las medidas de control y seguimiento impuestas. IV) Que la cuestión a resolver debe ser analizada desde diferentes ángulos y desde la confluencia de diversas normativas, más allá de que el objeto de resolución aparezca como simplemente una cuestión de competencia: a) Así debo tener en especial consideración la noción de “centro de vida”, que es contemplada en el art. 3 inc. f de la ley 26061, cuestión que debe ser interpretada conjuntamente y de manera armónica con otros principios, tales como el de la tutela judicial efectiva, la inmediatez, la capacidad progresiva, el derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes. Todos ellos de manera integral dan cuerpo al denominado “interés superior”, principio rector desde el que se deben adoptar todas las decisiones que a ellos competen. Ese mejor interés fue definido como la “directriz que cumple una función correctora e integradora de las normas legales, que se constituyen en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, como así también en el criterio a ser tenido en cuenta para la intervención institucional destinada a la satisfacción de los derechos del niño, niñas y adolescentes” (Grossman Cecilia: “Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de Familia”, L.L. 1993-B-1095). b) También debo tener en cuenta que el CCyCN consagra una serie de reglas de competencia en los procesos de familia.

Así, el art. 716 dispone que “en los procesos referidos a la responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen comunicacional, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derecho de niños y adolescentes es competente el lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida”. En este sentido la doctrina entiende que se “trata de un criterio de índole fáctica para la atribución de competencia en supuestos en los que se encuentra en juego el derecho de un menor de edad o de una persona con capacidad restringida. Este criterio, el del ‘centro de vida’ que recepta el mencionado artículo 716, por ser una disposición procesal es de aplicación inmediata, según lo ha reiterado la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) se trata de asignar la competencia con una modalidad más flexible que las reglas tradicionales previstas en resguardo de la seguridad jurídica, las garantías del juez natural y del debido proceso. Ese carácter dúctil es el que permite apreciar desde la realidad y con criterio de actualidad cual es el juez que está en mejores condiciones de garantizar los derechos de las personas menores de edad involucradas.” (Bermejo, Patricia y Pauletti, Ana Clara: “Procesos de Familia” en Kemelmajer, Aida; Lloveras, Nora, y Herrera, M.: “Tratado de Derecho de Familia- Tomo V-B”, Rubinzal Culzoni, BsAs., 2016, p. 710”). Luego señala que “surge que ‘residencia habitual’ y ‘centro de vida’, son ideas equivalentes y se basan en un supuesto fáctico (no jurídico) que se configura con la residencia principal o permanente de quien se protege, lo cual supone conceptos de estabilidad y permanencia. No depende de la determinación del domicilio real de sus padres o representantes legales y su evaluación exige una perspectiva de actualidad, atendiendo a las circunstancias existentes al momento de la decisión” (p. 710/711) -el subrayado me pertenece-. V) Que de las constancias de la presente causa, surge, que en un principio el traslado de A. a la ciudad de Villa María no fue consensuado por los progenitores. En este punto entiendo que de acuerdo al régimen de responsabilidad parental compartida, el progenitor debió necesariamente contar con la anuencia de la madre de A. No obstante ello, con posterioridad ese cambio de radicación resultó consentido. Ello ocurrió cuando ambos progenitores

suscribieron el acuerdo de cambio de cuidado personal y plan de parentalidad de fecha 10/03/2017. Es que de los términos de ese convenio se desprende con claridad que la residencia principal del joven sería en el domicilio paterno y en la ciudad de Villa María. Por tal motivo la licitud o ilicitud del traslado, no es un tema a considerar en este momento ya que el mismo se ha superado conforme lo recién expresado. **VI)** En este contexto y a los fines de determinar competencia territorial, no es viable atenerse a una noción inamovible del "centro de vida", tal como pretende la progenitora. No lo podemos entender como una cuestión de temporalidad estricta. Es que conforme lo previsto por el art 3 inc. f de la ley 26.061 que expresa: "se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia". De la norma se infieren dos cuestiones, una la temporal, esto es donde el niño transcurrió su vida mayormente, y el otro, las condiciones legítimas del lugar en el que reside. Esta calificación ("condiciones legítimas"), tiene su motivación en evitar la modificación del centro de vida por traslado inconsultos, sin importar el tiempo de la residencia, cuando el mismo no fue legítimo. Estos dos elementos deben ser interpretados de manera conjunta y armónica ya que para que se configure el "centro de vida", tal cual se lo ha definido, ambos deben existir. En el caso que nos ocupa, y como ya lo expresara supra, la residencia actual del adolescente en otra jurisdicción resulta consensuada por ambos progenitores y además querida por el propio A. Por lo tanto es allí, en la ciudad de Villa María, en donde actualmente se encuentra indudablemente radicado el centro de vida de A. Como consecuencia de ello no resulta atendible la queja de la progenitora basada en que la ciudad de Córdoba es el centro de vida de su hijo. **VIII)** Tampoco son de recepción los fundamentos de su recurso en tanto refiere que la remisión de la causa a Villa María "le genera un gravamen irreparable en los derechos y garantías de defensa en juicio, de raigambre constitucional". Si bien la recurrente señala una serie de normas constitucionales en las que dice cimentar su posición, sus dichos son solo declamaciones que no encuentran sustento en hechos concretos, sin argüir ni referir la manera en que se vulneran sus derechos. Es que ante el juez competente podrá

ejercer todos y cada uno de los derechos que estime vulnerados. **IX)** No resulta tampoco atendible su posición en tanto entiende que la modificación de la competencia importará un retardo en el proceso judicial en que se encuentra inmerso A., ya que se desligará de las medidas de control y seguimiento impuestas. En este sentido debo poner de resalto que por el contrario el principio de "inmediación" del juez con el adolescente -en este supuesto el juez de Villa María con A. permitirá que aquel adopte las medidas que mejor convengan a su mayor interés. En este sentido se ha expedido la Corte Suprema de Justicia de la Nación que entendió que: "*La regla *forum personae* hace referencia al lugar en donde los menores viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la inmediación, y se profundiza y refina en la noción "centro de vida", que hace suya el art 3, inc f Ley 26.061"* (Corte Suprema de Justicia, 20/08/2008 "*Ferreyra Miguel Ángel*", LL on line AR7JUR7908072008, entre otros). Esta inmediatez del juzgador con el adolescente es la que le garantiza al mismo el principio de la tutela efectiva. **X)** Finalmente no puedo dejar de analizar la cuestión sin tener en especial consideración otro de los principios fundamentales que impregnan las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, como es el de "autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes". Si bien este sólo aspecto no dirime la cuestión, resulta altamente valorable y atendible. En este sentido de la escucha personal que mantuviera con A. surge con claridad que pretende vivir con su padre en la ciudad de Villa María, en donde hoy se encuentran radicadas sus principales ocupaciones y vida relacional. Además es fundamental destacar que el adolescente cuenta con dieciséis años de edad, y prontamente alcanzara la mayoría de edad, y que por otra parte ha comparecido con abogado en el proceso judicial, solicitando participación autónoma, la que le fue efectivamente acordada. En el escrito de fjs. 243 vta. aquel reconoce y percibe a la ciudad de Villa María como su centro de vida, al señalar: "*..dichos traslados afectan sus actividades y vínculos de amistad por el tiempo que debe permanecer alejado de su centro de vida.*" (sic), motivos estos por lo que refuerzan la idea que el Juez competente resulta el de dicha jurisdicción. **XI)** Por todo ello, coincidiendo con la

opinión vertida por la Fiscal de Familia y apartándome de lo dictaminado por la Asesora de Familia, estimo que debe rechazarse el recurso de reposición incoado por la Sra. V. M. F. y mantener el proveído de fecha 4 de abril de 2017 en todo lo que allí se dispone. En consecuencia, corresponde conceder el recurso de apelación interpuesto por la Sra. F. y correr traslado a la apelante por el término y bajo apercibimiento de ley (art. 144 de la ley 10.305). Oportunamente, elévese a la Excm. Cámara de Familia que por turno corresponda, previo sorteo por S.A.C. **XII)** Las costas se imponen por el orden causado, atento la falta de comparendo del Sr. T. **XIII)** No se regulan honorarios profesionales a las abogadas Mónica Assandri y Lilian Alanis, de acuerdo a lo que dispone el art. 26 de la ley arancelaria, entendida en sentido contrario.

Por todo lo dicho y las normas legales citadas, RESUELVO:

1) Rechazar el recurso de reposición articulado por la Sra. F. V. M., en contra del decreto de fecha 04/04/2017, manteniéndolo en todas sus partes.

2) Imponer las costas por el orden causado.

3) No regular los honorarios de las Abgs. Mónica Assandri y Lilian Alanis.

4) Conceder el recurso de apelación interpuesto de manera subsidiaria por la Sra. F. V. M. Córrese traslado a la apelante, por el plazo y bajo apercibimiento de ley (art. 144 de la ley 10.305). Oportunamente, elévese a la Excm. Cámara de Familia que por turno corresponda, previo sorteo por S.A.C. Protocolícese, hágase saber y dese copia.

FDO.: TAVIP.

PERENCIÓN DE INSTANCIA. Inicio de oficio por el Tribunal. Requisitos de procedencia.*

El caso

El Juez de Familia planteó de oficio la perención de instancia de acuerdo a las facultades que le confiere la ley de procedimiento del fuero de familia. Luego del trámite de ley, resolvió declarar perimida la instancia.

1. La perención de la instancia, es un medio anormal de extinción de la relación procesal, por lo que requiere necesariamente de un pronunciamiento judicial. Conforme a la normativa procesal de este Fuero de Familia corresponde dicha declaración sin otro trámite que la comprobación del cumplimiento del plazo, previa vista a las partes. Asimismo tiene como fin evitar la duración indefinida en el tiempo en razón de la inactividad de las partes por un lapso determinado, lo que permite inferir la presunción de abandono de la instancia por parte de las mismas. Tal régimen normativo prescribe en el art. 110 que los plazos señalados se cuenta desde la fecha de la última petición de las partes o providencia o actuación del Juez o Tribunal que tenga por efecto impulsar al procedimiento, computándose por días corridos inclusive los inhábiles, excluido el receso anual de los Tribunales del mes de enero. El rasgo que distingue e individualiza el acto interruptivo es el concepto de "utilidad" de la actividad cumplida para que avance el proceso hacia la decisión final.

Juzg. de Flia. de Primera Instancia y Segunda Nominación, Cba., 05/12/2016, "E., M. C. c/ H. C. A. - Juicio de alimentos - Contencioso"

* Fallo seleccionado y reseñado por Mauro N. Córdoba.

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: “E., M. C. c/ H. C. A. - JUICIO DE ALIMENTOS - CONTENCIOSO” (EXPTE N° 1934903), de los que resulta que: **I)** Por proveído de fs. 34 se dispone que “*atento constancias de autos (fs. 10 y 14), el estado procesal y lo dispuesto por los arts. 110, inc 1. y 113 de la Ley 10.305, córrase vista a la Sra. E. por el término y bajo apercibimiento de ley y oportunamente a la Sra. Asesora de Familia*”, quedado así planteada de oficio la perención de instancia de acuerdo a las facultades que me confiere la ley de procedimiento del fuero de familia. **II)** Que a fs. 35 comparece la Sra. M. C. E., con el patrocinio de la Ab. Ana Álvarez y dice que “*si bien el plazo que establece la ley para que prospere la perención de instancia está ampliamente cumplido en los presentes obrados, la realidad es que tal circunstancia ha sido ajena a mi voluntad, toda vez que quién no instó el proceso fue mi anterior letrada, tomando conocimiento la compareciente de esta situación hace poco tiempo*” (sic). **III)** Corrida vista a la Asesora de Familia del Tercer Turno, en su carácter de representante complementaria de la adolescente y los niños de autos, luego de merituar los antecedentes de la causa estima que “*se encuentra cumplido en exceso el plazo de perención de instancias del juicio común (1 año), conforme lo dispuesto por el art. 110 inc 1) de la citada norma, pues el último acto procesal tendiente a impulsar el proceso data de fecha 3 de noviembre de 2014 (fs. 14) en oportunidad de celebrarse la audiencia prevista para el juicio común*” (sic). “*Amén de ello, -prosigue a continuación- entiende que se debe tener presente que no se ha sustanciado la incidencia de perención de instancia conforme los términos del art. 113 del referido cuerpo legal*” (ley 10305). Luego a renglón seguido concluye que “*en consideración a lo dispuesto por el art. 114, estima que no corresponde declarar la perención de instancia, en orden a que después de instado el procedimiento por cualquiera de las partes, no obstante estar cumplido el plazo, la petición de declaración de perención de instancia es de ningún efecto, no pudiendo ser declarada de oficio*” (sic). Seguidamente se dicta el proveído de “autos” (fs. 40), quedando la causa en estado de ser resuelta.

Y CONSIDERANDO:

I) Que la competencia del suscripto deviene de lo dispuesto por el art. 21 inc. 1 la ley 10.305. **II)** El inicio de oficio de la declaración de perención de instancia de la “*demanda de cuota alimentaria*” incoada por la Sra. M. C. E. a fs. 1/2, a la que se le dio el trámite que prevenían los arts. 60 y ss. de la entonces vigente ley 7676 (fs. 10). **III)** Que corrida vista del mismo a la Sra. M. C. E. expresó que se encuentra cumplido el plazo para que prospere la perención. Que corrida vista a la Asesora de Familia, expresó que no debe hacerse lugar al pedido de perención. **IV)** Resulta oportuno señalar que la perención de la instancia, es entendida por la doctrina como un medio anormal de extinción de la relación procesal, por lo que requiere necesariamente de un pronunciamiento judicial. Conforme a la normativa procesal de este Fuero de Familia corresponde dicha declaración sin otro trámite que la comprobación del cumplimiento del plazo, previa vista a las partes. Asimismo tiene como fin evitar la duración indefinida en el tiempo en razón de la inactividad de las partes por un lapso determinado, lo que permite inferir la presunción de abandono de la instancia por parte de las mismas. Asimismo tal régimen normativo prescribe en el art. 110 que los plazos señalados -en este caso el previsto de un año, según el inc. 1- se cuenta desde la fecha de la última petición de las partes o providencia o actuación del Juez o Tribunal que genera por efecto impulsar al procedimiento, computándose por días corridos inclusive los inhábiles, excluido el receso anual de los Tribunales del mes de enero. A tales efectos cabe aclarar que “*... el rasgo que distingue e individualiza el acto interruptivo es el concepto de “utilidad” de la actividad cumplida para que avance el proceso hacia la decisión final...*” (Ferreira de De La Rúa Angelina y González De la Vega de Opl Cristina, Código Procesal Civil y Comercial de la Prov. De Córdoba, Comentado y Concordado, pág. 684, Ed. La Ley). **IV)** Previo a verificar si se encuentran dados los requisitos para que proceda la declaración de perención, debo expedirme en relación al señalamiento que formula la representante complementaria en tanto estima que “*no se ha sustanciado la incidencia de perención de instancia conforme los términos del art. 113 del referido cuerpo legal*”. El mismo debe ser rechazado de plano en tanto esa representante no ha señalado cuáles son los requisitos que se

encuentran incumplidos en el sub caso. Amén de ello, lo que amerita el rechazo de la crítica sin mayores explicaciones, me adentro en verificar si los pasos procesales se han cumplido como marca la ley. Por una parte, se inició de oficio la perención, tal como lo permite el art. 113 y se corrió vista a quienes tenían efectiva participación en el proceso, por un lado la actora -que había iniciado la acción a fs. 1/2 y a quien se le dio participación a fs. 10- y por otro lado a la representante complementaria -que compareció a fs. 11 y se le dio participación a fs. 12-. El demandado nunca tomó participación en el proceso, por lo que no correspondía correrle vista del incidente de perención instado de oficio. Por ello, concluyo que todos los pasos procesales fueron cumplidos de manera acabada, tal como lo manda la ley 10.305.

V) Dicho ello debo examinar las constancias de autos, a los fines de determinar si se encuentra cumplido el plazo del art 110 inc. 1 -un año- desde la última petición de las partes o actuación jurisdiccional que tenga por efecto impulsar el proceso -art. 111-. Así se puede verificar que con fecha 3 de noviembre de 2014 (fs. 14) se celebró la audiencia del art. 60 de la ley 7676, la que fue notificada a la Asesora de Familia (fs. 15 - 4 de noviembre de 2014). Estimo que esas dos actuaciones fueron las últimas destinadas a impulsar el proceso de fijación de alimentos por medio del juicio común. Nuevamente debe descartarse la opinión de la representante complementaria cuando afirma que la parte hubiera instado el proceso iniciado. En este sentido cabe destacar que la Asesora de Familia no refiere cuál es el acto que interrumpió el plazo, por lo que no se puede merituar su oposición. Sin embargo, nuevamente verificando de oficio las actuaciones

se puede determinar que luego de la notificación a la Asesora del día 4 de noviembre de 2014 y hasta el inicio de oficio de la perención ninguna de las peticiones realizadas por la actora estuvieron destinadas a impulsar el proceso. En este sentido se puede aclarar que a fs. 16 constituyó nuevo domicilio procesal, con fecha 2 de junio de 2016 y luego requiere a fs. 32 que se fijen alimentos cautelares (fs. 32/33). Ninguna de ellas buscó proseguir el trámite que se había iniciado para la fijación de alimentos definitivos y que en su momento mereció el trámite que preveían los arts. 60 y ss de la ley 7676. Además ese extremo es expresamente reconocido por la actora en su escrito de contestación de vista. Por todo ello, estimo que en el caso se presentan los requisitos para la declaración de la perención de instancia ya que se ha superado el plazo de un año entre la última actuación y el inicio de la presente incidencia. **VI)** Las costas deben imponerse por el orden causado ya que no existió controversia por parte de la actora. **VII)** No se regulan honorarios a la Ab. Ana Álvarez de acuerdo a lo dispuesto por el art. 26 de la ley 9459, interpretado en sentido contario.

Por todo lo expuesto y normas legales citadas, RESUELVO:

I) Declarar la perención de instancia de la “*demanda cuota alimentaria*” incoada por la Sra. M. C. E. a fs. 1/2.

II) Imponer las costas por el orden causado.

III) No regular honorarios a la Ab. Ana Álvarez. Protocolícese, hágase saber y dese copia.

FDO.: TAVIP.

PENAL JUVENIL. ACCIÓN PENAL. Extinción. Disponibilidad. Archivo de las actuaciones. Acuerdo n.º 848 Serie “A” del TSJ.*

El caso

El a quo resolvió sobreseer totalmente a un joven imputable, a quien se le atribuían los hechos calificados de robo con arma reiterado (dos hechos). Entendió que si bien los hechos endilgados eran graves, el menoscabo económico

* Fallo reseñado por María Elisa Depetris.

resultaba mínimo. Resaltó que víctima e imputado lograron arribar a un acuerdo mediante un proceso de mediación que se cumplió satisfactoriamente.

1. La mediación favorece la alteridad, el reconocimiento del otro en el conflicto, ausente en la inmadurez del adolescente, pero además, ello alcanza a quien ha sido víctima, en reciprocidad, ya que permite descubrir al otro, su victimario, como alguien que se encuentra ante condiciones y factores que lo inducen al delito. De esa manera y con el acuerdo arribado, se ha hecho posible que el transgresor comprenda que ha violado la ley y que con su acción ha perjudicado a otros, pero que se hayan restablecido las relaciones de convivencia en la pequeña localidad.

Juzgado Penal Juvenil de Cuarta Nominación, Cba., Sent. N° 22, 5/12/2017, “P. M. A. p.s.a. Robo calificado con armas - reiterado - etc.” (Expte. N° 2814428)”

Y VISTOS:

Estos autos caratulados: “P. M. A. p.s.a. Robo Calificado con armas - reiterado- etc.” (Expte. n° 2814428), a fin de resolver la situación legal de M. A. P. D.N.I. N° xxx, de nacionalidad argentina, nacido en la Localidad de Río Primero, Departamento de Río Primero, provincia de Córdoba, el día veintiuno de septiembre de mil novecientos noventa y ocho, hijo de R. H.P. y L. O. P., con domicilio en calle Jujuy N° 29 de la Localidad de Río Primero, provincia de Córdoba, prontuario número 1334938, Sección A.G.

DE LOS QUE RESULTA QUE:

Se atribuye al nombrado, la comisión de los siguientes ilícitos; Primer hecho: El veintitrés de mayo de dos mil diecisiete, siendo las ocho horas con treinta minutos, M.A.P. de diecisiete años de edad a la fecha del hecho, se hizo presente con fines furtivos en calle López y Planes N° 132 de la localidad de Río Primero, de esta provincia de Córdoba, lugar donde funciona un kiosco de propiedad E.O.M.. Una vez en el interior de local, P. le solicitó a M. que le fiase un cigarrillo, a lo que éste no le respondió. Seguidamente P. se retiró y regresó -aproximadamente a las nueve horas- con fines furtivos y, empuñando un cuchillo tipo puñal en una mano y una bolsa de nylon en la otra, se dirigió a M. y le dijo que si no colocaba el dinero recaudado en la bolsa lo mataría. En ese momento, se hizo presente en el lugar la esposa de M., D.T.V., por lo que M. le entregó a P. la suma de ochenta y cinco pesos (\$85), apoderándose

ilegítimamente del dinero aludido y dándose de inmediatamente a la fuga. Segundo hecho: El veinticuatro de mayo de dos mil dieciséis, siendo las diez horas con treinta minutos, aproximadamente, M.A.P., de diecisiete años de edad a la fecha se hecho, se hizo presente con fines furtivos en la Biblioteca Popular Pbro. Guillermo Ávila Vázquez, sita en Av. Pablo Robert y 25 de Mayo de la localidad de Río Primero, en esta provincia de Córdoba, y luego de ingresar a la misma le solicitó a la bibliotecaria A.M.V. retirar libros de lengua de primer año. Mientras V. buscaba los libros, M. del Rosario P., encargada de local, interrogó a P. por sus datos personales y le explicó que no podía retirar libros por no ser socio, ante lo cual el joven se retiró del lugar. Veinticinco minutos después, el joven regresó a la biblioteca y con propósitos furtivos, se dirigió a P. y previo extraer un cuchillo tipo de cocina, le exigió a ésta y a V., sus teléfonos celulares, apoderándose así ilegítimamente de un celular marca “Motorola”, modelo Moto E de propiedad de V. y otro marca “Samsung”, modelo Galaxy de propiedad de P., dándose inmediatamente a la fuga del lugar con la res furtiva en su poder.

Y CONSIDERANDO QUE:

I) Los hechos encuadran en Robo Calificado con armas - reiterado- art. 166 inc. 2, primera parte, del Código Penal, toda vez que empleando un cuchillo se apoderó ilegítimamente de elementos cuya ajenidad le constaba, ambos en calidad de autor en función del art. 45 de la ley penal

sustantiva, causa que se encuentra en estado de citación a juicio (fs. 135). **II)** El joven M.A.P., al momento de la comisión de los sustratos fácticos, contaba con diecisiete años de edad. **III)** En mérito a lo solicitado por la Asesora de Niñez y Juventud del Segundo Turno Dra. Claudia Oshiro, en carácter de defensora oficial del joven M.A.P. (ver fs. 250), se dispuso el día catorce de septiembre de febrero de dos mil diecisiete que la causa fuera derivada al Centro Judicial de Mediación, dependiente de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia, suscribiéndose un acuerdo el día diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, entre el joven M.A.P. (denunciado) y L.O.P., A.M.V., M. del R. P. y E.O.M. (víctimas). **IV)** La Dra. Blanca B. González - Mediadora del Centro Judicial de Mediación de la Secretaría de Niñez, Adolescencia y Familia- hace saber que el acuerdo suscripto entre M.P., A.V. y E.O.M., se cumplió fielmente según lo pactado y convenido, dando por finalizada la etapa de seguimiento y cerrando el proceso de mediación (ver fs. 258). **V)** En consecuencia, habiendo las partes arribado a un acuerdo de mediación, el cual ha cumplido satisfactoriamente, resulta de aplicación lo previsto en los arts. 59 inc.6 del Código Penal; 13 bis inc. 5 y 350 inc. 6 del Código Procesal Penal. Ello es así puesto que, si bien los hechos endilgados a P. son graves, el perjuicio económico ha sido mínimo y las particulares circunstancias de los hechos -cometidos en una reducida población- han permitido a las partes (imputado y víctimas) arribar a este acuerdo

satisfactorio. La mediación favorece la alteridad, el reconocimiento del otro en el conflicto, ausente en la inmadurez del adolescente, pero además, ello alcanza a quien ha sido víctima, en reciprocidad, ya que permite descubrir al otro, su victimario, como alguien que se encuentra ante condiciones y factores que lo inducen al delito. De esa manera y con el acuerdo arribado, se ha hecho posible que el transgresor comprenda que ha violado la ley y que con su acción ha perjudicado a otros, pero que se hayan restablecido las relaciones de convivencia en la pequeña localidad. Por todo ello y en función de la regla cinco el Acuerdo Número Ochocientos Cuarenta y Ocho Serie "A" del Tribunal Superior de Justicia de fecha veintiséis de octubre de dos mil diecisiete, corresponde sin más declarar extinguida la acción pública emergente de los delitos de robo calificado con arma reiterado - primer y segundo hecho- y ordenar el archivo de las presentes actuaciones.

Por lo expuesto, y normas legales citadas
RESUELVO:

I) Sobreseer totalmente a M.A.P., por los hechos calificados de Robo Calificado con armas reiterado (dos hechos) art. 45, 166 inc. 2, primera parte, y 55 del Código Penal, en virtud de lo establecido por el art. 59 inc. 6 del Código Penal, 13 bis inc. 5 y 350 inc. 6 del Código Procesal Penal.

II) Protocolícese, dese noticia.

FDO.: GONZÁLEZ DEL SOLAR.

DOCTRINA

POR QUÉ EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ES COMPATIBLE CON LA LEGALIZACIÓN DEL ABORTO

Por Marisa Herrera¹

1. Introducción

Al momento de redactar el presente trabajo, nos encontramos a días de la votación en la Cámara de Diputados de la Nación de la legalización del aborto que, en mi opinión y en

¹ Doctora en Derecho, UBA. Investigadora Independiente del CONICET. Profesora Adjunta Regular con dedicación semi exclusiva, Facultad de Derecho, UBA. Profesora Titular, Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas, UNLPam y Profesora Titular, Universidad Nacional de Avellaneda. Integrante del equipo de redacción del Código Civil y Comercial de la Nación.

el de tantos, constituye una de las grandes deudas de la democracia para con las mujeres, ampliada a las personas gestantes por imperativo de otra de las grandes conquistas legislativas acontecidas hace ya algunos años como lo es la ley 26.743 de identidad de género del 2012.

En diferentes ámbitos se ha esgrimido la idea de que el Código Civil y Comercial (CCyC), en especial, lo dispuesto en el art. 19 referido al comienzo de la existencia de la persona humana, impediría desde el ámbito civil la posibilidad de aprobarse una ley que legaliza la interrupción voluntaria del embarazo. Ello es falso, y en esta oportunidad tengo como objetivo desenmascarar al derecho civil clásico y enfrentarlo a un espejo obligado al cual le teme: el derecho civil constitucionalizado-convencionalizado.

Ahora bien, de manera concreta cabe interrogarse acerca de cuáles son, específicamente, los aportes del CCyC a la legalización del aborto; qué rol juega; si es posible que pueda ser interpretado de manera tan opuesto. Al respecto, se ensaya una primera conclusión, tales posturas antagónicas responden a la puja aún latente entre el derecho civil clásico elaborado y consolidado alrededor del código derogado, y el derecho civil contemporáneo auspiciado por la perspectiva constitucional -convencional que surge del propio texto civil vigente, principalmente, en sus dos primeros artículos².

Sucede como bien lo asevera Gil Domínguez, que *“El Código Civil y Comercial implica un pasaje sin escalas desde un código del siglo XIX, que respondía al esquema de un Estado legislativo de derecho (en permanente tensión esquizofrénica con el paradigma de Estado constitucional de derecho vigentes entre 1853 y 1994 y con el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho vigentes desde 1994 hasta nuestros días), a un código del siglo XXI que recepta como estructura general de interpretación y aplicación, el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho argentino”*³. Esta balanza inclinada en favor de un derecho civil constitucionalizado-convencionalizado conduce a analizar de manera crítica, todos los argumentos esgrimidos durante el debate del aborto por parte de los abogados representantes del derecho civil clásico que se oponen a la legalización.

Es que la interacción, interdependencia e interpelación entre la legislación civil y el denominado “bloque de la constitucionalidad federal”, constituye la columna vertebral del CCyC tal como se lo expuso en los Fundamentos de su antecedente más directo, el Anteproyecto de reforma y unificación al afirmarse que *“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular los de Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina”*, agregándose: *“Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado”*⁴.

² Básicamente, el art. 1 menciona en materia de fuentes de la legislación civil a “la Constitución Nacional y los tratados internacionales de derechos humanos en los que la República sea parte”, y en lo atinente a la interpretación, que el CCyC debe ser interpretada “teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

³ Gil Domínguez, Andrés, El Estado constitucional y convencional de derecho en el Código Civil y Comercial, Ediar, Buenos Aires, 2015, p. 43.

⁴ Disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, compulsado el 03/06/2018.

En este contexto, es clave conocer ciertas voces provenientes de organismos internacionales dedicados a interpretar instrumentos internacionales que ostentan jerarquía constitucional en el derecho argentino como ser:

- La Observación General N° 22 (2016) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva (artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)⁵ expone que *“La salud sexual y reproductiva “Está íntimamente ligado a los derechos civiles y políticos que fundamentan la integridad física y mental de las personas y su autonomía, como los derechos a la vida; la libertad y la seguridad de la persona (...) Por ejemplo, la falta de servicios de atención obstétrica de emergencia o la negativa a practicar abortos son causas muchas veces de mortalidad y morbilidad materna, que, a su vez, son una violación del derecho a la vida o la seguridad, y, en determinadas circunstancias, pueden constituir tortura trato crueles, inhumanos o degradantes”* (párrafo 10).

- La Recomendación General nro. 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer (actualización de la nro. 19) de 2017 del Comité de la CEDAW⁶ afirma que *“Las violaciones de la salud y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, como la esterilización forzada, el aborto forzado, el embarazo forzado, la tipificación como delito del aborto, la denegación o la postergación del aborto sin riesgo y la atención posterior al aborto, la continuación forzada del embarazo y el abuso y el maltrato de las mujeres y las niñas que buscan información sobre salud, bienes y servicios sexuales y reproductivos, son formas de violencia por razón de género que, según las circunstancias, pueden constituir tortura o trato cruel, inhumano o degradante”* (párrafo 18).

- El Comité de los Derechos del Niño cuya Observación final al país (“informe país”) de junio del 2010⁷ puso de resalto *“su preocupación por el elevado porcentaje de mortalidad materna, especialmente de adolescentes, causada por un aborto (28,31% en 2005) y por los prolongados procedimientos de interrupción legal del embarazo resultante de una violación, prevista en el artículo 86 del Código Penal”*.

Precisamente, este tipo de afirmaciones constituyen aquella *“condición de su vigencia”* al cual alude el art. 75 inciso 22 para interpretar los tratados internacionales de derechos humanos y que forman parte del *corpus iuris* sobre el cual se debe analizar la temática en análisis, como punto de partida obligada que también indican los anteojos con los cuáles leer, interpretar y aplicar el CCyC. Máxime, en un marco regional en el que es sabido el peso jurídico que ostentan los fallos y opiniones consultivas emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), tal como ha quedado bien claro en el resonado caso Fontevicchia y otro contra Argentina del 18/10/2017⁸.

⁵ Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E%2fC.12%2fGC%2f22&Lang=en, compulsado el 17/04/2018.

⁶ Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW/C/GC/35&Lang=en, compulsado el 17/04/2018.

⁷ Disponible en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2fC%2fARG%2fCO%2f3-4&Lang=en, compulsado el 17/04/2018.

⁸ En este proceso de supervisión de cumplimiento de sentencia, la Corte IDH destacó que *“la obligación de cumplir lo dispuesto en sus decisiones corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben cumplir sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida”* (párrafo 12); a lo que se agrega que *“Los Estados Parte en la Convención no pueden invocar disposiciones del derecho constitucional u otros aspectos del derecho interno para justificar una falta de cumplimiento de las obligaciones contenidas en dicho tratado. En lo concerniente al cumplimiento de las sentencias de la Corte, no se trata de resolver el problema de la supremacía del derecho internacional sobre el nacional en el orden interno, sino*

Por otra parte, no se puede dejar de hacer el siguiente señalamiento. El debate de la legalización del aborto en nuestro país acontece hoy con este grado de acompañamiento, calor y pasión social gracias, en parte, de la implosión legislativa y consecuente ampliación de derechos observada en años anteriores que produjo, entre tantísimas consecuencias, solidificar un movimiento de mujeres eminentemente heterogéneo y a la par, de gran riqueza y fortaleza. Solo basta a modo de muestra traer a colación la ley 25.929 que obliga a las obras sociales y prepagas a cubrir determinadas prestaciones por embarazo y derivado del parto y post parto; la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes; la ley 26.130 que reconoce el derecho a acceder a la ligadura de trompas y vasectomía; ley 26.150 que crea el Programa de Educación Sexual Integral; la ley 26.165 de “Reconocimiento y Protección al refugiado”; la ley 26.206 de Educación Nacional; la ley 26.227 que crea el Consejo Federal de la Juventud; la ley 26.390 que prohíbe el trabajo infantil y protege el trabajo adolescente; la ley 26.485 de Protección Integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que se desarrollen sus relaciones interpersonales; la ley 26.529 de Derechos de los pacientes en su relación con los profesionales e instituciones de la salud; la ley 26.618 conocida como “ley de matrimonio igualitario”; la ley 26.657 de “Derecho a la protección de la salud mental”; la ley 26.682 que regula el régimen jurídico de la medicina prepaga; la ley 26.742 conocida como “ley de muerte digna”; la ley 26.743 de identidad de género; la ley 26.776 que amplía el derecho al voto al permitirlo de manera optativa a los adolescentes desde los 16 años; la ley 26.842 para la “Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus víctimas”; y la ley 26.862 de acceso integral a las técnicas de reproducción asistida, por citar algunas.

El CCyC forma parte, integra este plexo normativo ampliatorio de derechos en el que la perspectiva de género ha tenido un rol protagónico. ¿Acaso todas aquellas leyes -y tantas otras- como así la legislación civil, no ostentan una matriz común fundada en los Derechos Humanos, en la misma línea que la mayoría de los proyectos de ley que pretenden regular el derecho de las mujeres a decidir la interrupción del embarazo dentro de un plazo temporal determinado?

El derecho civil que nos dejó en texto, no lo habría sido aún en la formación y mirada de gran parte de los operadores jurídicos, era abiertamente patriarcalista, patrimonialista, con fuerte raigambre del derecho canónico y en el que las mujeres éramos consideradas incapaces de hecho relativas y a lo largo del tiempo fuimos adquiriendo derechos hasta lograr la igualdad jurídica, más no la igualdad real. ¿Acaso, la legalización del aborto no sería la decisión legislativa básica y central para lograr la igualdad real, siendo que lo único que nos diferencia con los varones es en la posibilidad de ser madres? El derecho civil vigente en texto y que aún no logra aterrizar con toda su dimensión, extensión y virtudes en la práctica, es todo lo contrario. Comienza por la persona y después por el patrimonio, de base laica, centrada en la noción de libertad y autonomía, y con un fuerte compromiso con la perspectiva de género ello, porque responde a la lógica de tratarse de un derecho civil constitucionalizado-convencionalizado. ¿No será que el debate por la legalización del aborto desde el ámbito civil, se encuentra atravesado por esta tensión entre el derecho civil clásico y el contemporáneo?

Como cierre del presente apartado, no nos parece casualidad que a días del debate en el Congreso Nacional de la legalización del aborto, una jueza haya hecho lugar al pedido

únicamente de hacer cumplir aquello a lo que los Estados soberanamente se comprometieron” (parágrafo 14) (conf. Corte IDH, 18/10/2017, “Caso Fontevecchia y D’Amico vs. Argentina. Supervisión de cumplimiento de sentencia”, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/fontevecchia_18_10_17.pdf, compulsado el 17/04/2018).

de un conocido defensor de menores que siempre ha estado en contra de todos los avances o progresos de la legislación civil en el campo de las relaciones de familia, de nombrar un “tutor” de embriones en un supuesto en el que la ex pareja se niega a que la mujer se los transfiera en un proceso de FIV ante la ruptura de la unión. Nos referimos a la decisión adoptada por el Juzgado Nacional en lo Civil nro. 10 en fecha 29/05/2018 en el que se dispone “*En atención a lo solicitado por el Sr. Defensor de Menores e Incapaces y sin que ello implique adelantar opinión sobre el fondo del asunto y falta de legitimación planteada, analógicamente en los términos del art. 109 inc.a) del CCyCN, designase como tutor ad-litem de los embriones almacenados bajo el n° HC2559 al Dr. JORGE H. ... quien previa aceptación del cargo dentro del tercer día de notificado deberá tomar conocimiento de estas actuaciones y llenar su cometido conforme a derecho. Notifíquese. Una vez aceptado el cargo, expídase testimonio del presente y de dicha aceptación para el interesado*”⁹. ¿Cómo es posible que en el año 2018 se vuelvan a editar conflictos que se suscitaban hace más de 20 años y que se creían ya sorteados? Máxime, cuando la propia Defensoría General de la Nación ya se ha expedido al respecto y puso de resalto que los defensores de menores e incapaces defienden los derechos de las personas y no de embriones por aplicación de la doctrina convencional emanada del aludido caso Artavia Murillo. Como síntesis se podría decir, cuando la resistencia prima más que la razón y los fundamentos jurídicos.

2. El embrión in vitro no es persona

Aquí vamos a centrar en desentrañar si el embrión in vitro es o no persona en los términos que lo regula el CCyC. ¿La razón de ello? Varios autores sostienen que el CCyC impide la legalización del aborto al considerar que el embrión, tanto fuera como dentro del cuerpo de una persona, es persona¹⁰, en atención a la noción de “concepción” que recepta el art. 19 como hecho básico para establecer el comienzo de la existencia de la persona humana como centro de imputación de derechos y deberes.

Desde ya, nos interesa abordar el comienzo de la existencia de la persona en términos jurídicos, focalizando en vislumbrar cómo y con qué alcance las conquistas o avances pertenecientes al campo del derecho civil, en especial, todo lo asociado a la naturaleza jurídica del embrión no implantado, inciden o coadyuvan al debate en torno a la legalización del aborto. O sea, se pretende probar -en contrario a lo que sostiene la doctrina clásica abroquelada en una visión del derecho civil ya derogada y que tenía un fuerte arraigo en el derecho canónico- que el CCyC no sólo no es un obstáculo para la legalización del aborto, sino que constituye otra de las tantas normativas que acompaña este tipo de decisiones legislativas.

⁹ Juz. Nac. Civ., nro. 10, 29/05/2018, C., A. R. c/ E., J. L. s/ medidas precautorias expte. 57290/2017, inédito.

¹⁰ En este sentido, ver: Basset, Úrsula C., “Wrongful life/birth: el problema de decidir qué vidas merecen la pena ser vividas”, DFyP Cita Online: AR/DOC/4044/2011; Lafferriere, Jorge N., “El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”, DFyP 2014 (noviembre), 143; Lafferriere, Jorge N., “Análisis integral de la media sanción sobre técnicas reproductivas”, LL 2015-A, 789; Ferrer, Francisco A. M., “Personas que pueden suceder al causante”, DFyP 2015 (abril), 91; Ferrer, Francisco A. M., “Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código”, LL 2015-E, 864; Quintana, Eduardo Martín, “Cuestionamiento judicial a producir y seleccionar embriones mediante la técnica del diagnóstico genético preimplantatorio”, DJ 04/03/2015, 10; Quintana, Eduardo Martín, “La Corte Suprema de Justicia de la Nación deniega una técnica lesiva de la vida e integridad física de los embriones. A propósito de la ley de reproducción humana asistida y su decreto reglamentario”, elDial.com DC205D; y Sambrizzi, Eduardo, “La protección de la vida de los embriones criopreservados”, ED [265], nro. 13851.

Además, cabe esgrimir la siguiente consideración a modo de aclaración previa. Si ya durante la vigencia del Código Civil anterior -hoy derogado- era posible debatir la despenalización del aborto a la luz de un texto legal cuyo germen data de 1871 y por ello, se presentaron con anterioridad varios proyectos de ley en ese sentido en el Congreso de la Nación; con más razón se debe poder dar el debate en el marco regulatorio actual. ¿Acaso se podría sostener que la normativa actual es más restrictiva o limitativa que la sancionada a fines del siglo XIX?

El CCyC en el mencionado art. 19 define el momento desde el cual se considera que se es persona humana, como centro de imputación de efectos jurídicos (derechos y deberes), en el campo del derecho civil del siguiente modo: “*La existencia de la persona humana comienza con la concepción*”. La diferencia con el texto que se proyectaba en su antecedente directo, el Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial, consistía en que en dicha oportunidad se pretendía aclarar que en el caso de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), la existencia de la persona “*comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado*”¹¹. A la luz de esta quita, el *quid* radica en determinar qué se entiende por “concepción”. Esto es lo que se pasa a analizar a continuación.

El ordenamiento jurídico nacional e internacional (regional) son coincidentes en considerar que la concepción se produce una vez que el embrión in vitro es implantado en la persona, en otras palabras, que la unión entre óvulo y esperma fuera del cuerpo de una persona no implica que se ha producido la “concepción”. De este modo, el término concepción se asimila al de “anidación” y no a la mera unión entre dos gametas, una femenina y otra masculina. Así lo establece desde el punto de vista jurídico -que es el que aquí se profundiza- la máxima instancia judicial regional en materia de Derechos Humanos en el resonado caso “*Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*” del 28/12/2012¹² y reafirmada

¹¹ Sobre la norma proyectada, en los Fundamentos del Anteproyecto -antecedente directo del hoy CCyC- se explicaba: “dentro de un Código Civil, la persona es regulada a los fines de establecer los efectos jurídicos que tienen fuente en esa personalidad, tanto en el orden patrimonial como extrapatrimonial en el ordenamiento civil, sin ingresar en otros ámbitos, como puede ser el derecho penal, conducido por otros principios. Desde esa perspectiva, el anteproyecto no varía el estatus legal del comienzo de la persona, en tanto se reconocen efectos desde la concepción in seno materno, como ocurre en el derecho vigente, a punto tal, que se ha conservado hasta su antigua terminología. Conforme con la regulación de la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, el anteproyecto agrega los efectos para el caso del embrión implantado en el cuerpo de la mujer; en este sentido, se tiene en cuenta que, conforme con el estado actual de las técnicas de reproducción humana asistida, no existe posibilidad de desarrollo de un embrión fuera del cuerpo de la mujer. Esta posición en el código civil no significa que los embriones no implantados no tengan protección alguna, sino que, tal como sucede en el derecho comparado, corresponde que esta importantísima cuestión sea regulada en leyes especiales que, incluso, prevean su revisión periódica, dado el permanente avance científico en la materia.” (Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, disponible en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>, compulsado el 29/03/2018).

¹² Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28/12/2012, “*Artavia Murillo y otros contra Costa Rica*”, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf, compulsado el 29/03/2018. Tantísimas han sido las voces a favor de este importante precedente, entre tantos ver: Herrera, Marisa, “La ley de cobertura médica para los tratamientos de reproducción asistida. Saldando deudas”, LA LEY 2013-C, p. 1281; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, “El embrión no implantado. El Proyecto de Código y su total consonancia con la CIDH”, LA LEY 2013-A, p. 907; Kemelmajer de Carlucci, Aída, Lamm, Eleonora y Herrera, Marisa, “Cobertura médica de las técnicas de reproducción asistida. Reglamentación que amplía el derecho humano a formar una familia”, LA LEY 2013-D, p. 1037; Sabin Paz, Eduardo y Germain, Mariana L., “¿Ser o no ser? el debate en la responsabilidad civil por la destrucción de embriones no implantados”, Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. II, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2014, p. 257; De la Torre, Natalia, “Ayer, hoy y mañana en técnicas de reproducción humana asistida”, Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. V, Abeledo Perrot,

en la sentencia dictada en el proceso de seguimiento en fecha 26/02/2016¹³. De este modo, esta sentencia que forma parte del mencionado “bloque de la constitucionalidad federal” a la par, integra y actualiza las “*condiciones de su vigencia*” de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). En otras palabras, cualquier decisión estatal como lo es la sanción de una ley, no puede perder de vista esta elocuente interpretación que se hace sobre la noción de “concepción” cuando se trata de embriones in vitro, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional de conformidad con lo dispuesto en el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados¹⁴.

De manera harto sintética, cabe destacar la plataforma fáctica-jurídica del caso resuelto por la Corte IDH.

El 03/02/1995 Costa Rica reguló por decreto la técnica de fecundación in vitro o FIV (fecundación de óvulo y espermatozoides por fuera del cuerpo de una persona) y el 15/03/2000 la Sala Constitucional decretó su inconstitucionalidad por considerar que tal práctica trae aparejada una elevada pérdida de embriones de manera consciente y voluntaria, siendo ello incompatible con el derecho a la vida de tales embriones. A raíz de esta decisión, esta práctica se prohibió en el país.

En enero de 2001, un grupo de personas se presentó ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos denunciando al Estado de Costa Rica por haberles prohibido el acceso al tratamiento de FIV. La Comisión decretó la admisibilidad de la denuncia, y el 14/07/2010 presentó el informe 85/10 recomendando al Estado levantar la prohibición. Ante el incumplimiento de dicho país, el 29/07/2011 la Comisión sometió el caso a la jurisdicción de la Corte IDH.

En este marco, la Corte ha tenido que interpretar los arts. 1.2 “persona es todo ser humano”, y 4.1. “derecho a la vida” “*protegido, en general, a partir del momento de la concepción*” de la CADH en los casos de fertilización in vitro y con ello, el lugar jurídico que se le otorga a los embriones crioconservados. Así, analiza las palabras “persona”, “ser humano”, “concepción” y “en general”, desde cuatro diferentes tipos de

Buenos Aires, 2013, p. 98; Herrera, Marisa; De la Torre, Natalia, “Hacia una regulación integral de la reproducción humana asistida desde una perspectiva sociojurídica, bioética y derechos humanos”, Revista de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia, Nro. 60, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 327; Muñoz, Gerardo Fabián, “Pasado, presente y futuro del artículo 19 del Código Unificado proyectado”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (agosto), La Ley, 2014, p. 180; Labombarda, Pablo M., “El Código Civil Argentino y el comienzo de la existencia de las personas”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 184; Cerrutti, María del Carmen y Plovovich, María Cristina, “Persona humana: Comienzo de la existencia”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (mayo), La Ley, 2014, p. 199; Cerutti, María del Carmen y Plovovich de Hermida, María Cristina, “Comienzo de la existencia de la persona”, Sup. Act. 27/03/2014, La Ley, p. 1; Gil Domínguez, Andrés, “La Ley de Acceso Integral a los Procedimientos y Técnicas Médico-Asistenciales de Reproducción Humana Asistida: sus proyecciones constitucionales y convencionales”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (agosto), La Ley, 2013, p. 24; Luft, Marcelo Enrique, “Un novedoso fallo que aplica la doctrina de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la utilización de una técnica de fertilización asistida. ¿Es de aplicación obligatoria para nuestros tribunales cuando la Argentina no ha sido parte en la contienda?”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (junio), La Ley, 2013, p. 231; Argañaraz, Mariangel y Monjo, Sebastián, “La fecundación in vitro a la luz del art. 4.1. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: la sentencia de la CIDH en autos “Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica”, de 28/11/2012”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, (marzo), La Ley, 2013, p. 223.

¹³ Corte IDH, 26/02/2016, “Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación In Vitro”) vs. Costa Rica. Supervisión de cumplimiento de sentencia”, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/artavia_26_02_16.pdf, compulsada el 02/04/2018.

¹⁴ Conf. CSJN Caso “Girolidi” del 7-7-95, Fallos: 318:514, en especial, considerando 11, y el caso “Mazzeo”, Fallos 330:3248.

interpretaciones, a saber: 1) el sentido corriente de los términos; 2) sistemática e histórica; 3) evolutiva, y 4) según el objeto y fin del tratado. Concluyendo que la noción de concepción a la que alude el mencionado art. 4.1 acontece cuando el embrión es implantado en la mujer. En otras palabras, considera que el embrión in vitro no es persona.

Para arribar a dicha conclusión, expuso entre tantos otros argumentos de peso, que la CADH data de 1969, época en la que no existía la posibilidad de la FIV, debiéndose interpretar el instrumento internacional de manera dinámica. En esta tésis, destaca que a la luz de las pruebas rendidas en el proceso surge que el descarte embrionario ocurre tanto en embarazos naturales como cuando se aplica la FIV, por lo cual, sería desproporcionado pretender una protección absoluta del embrión respecto a un riesgo que resulta común e inherente, incluso en procesos donde no interviene la ciencia.

Además, en el fallo se reconoce el derecho de toda persona a formar una familia, a gozar del desarrollo de la ciencia médica y a no ser discriminado por razón socioeconómica (aquellas personas que cuentan con medios materiales para acceder a las TRHA de alta complejidad como la FIV sí lo pueden hacer, en cambio quienes carecen de los medios económicos no) observando así, una mirada positiva de la práctica al entender: *“el embrión no puede ser entendido como persona para efectos del artículo 4.1 de la Convención Americana. Asimismo, luego de un análisis de las bases científicas disponibles, la Corte concluyó que la ‘concepción’ en el sentido del artículo 4.1 tiene lugar desde el momento en que el embrión se implanta en el útero, razón por la cual antes de este evento no habría lugar a la aplicación del artículo 4 de la Convención. Además, es posible concluir de las palabras ‘en general’ que la protección del derecho a la vida con arreglo a dicha disposición no es absoluta, sino es gradual e incremental según su desarrollo, debido a que no constituye un deber absoluto e incondicional, sino que implica entender la procedencia de excepciones a la regla general”*.

Asimismo, la Corte IDH agrega que *“a pesar de que no existen muchas regulaciones normativas específicas sobre la FIV en la mayoría de los Estados de la región, éstos permiten que la FIV se practique dentro de sus territorios. (...) En ese sentido, dicha práctica generalizada está asociada al principio de protección gradual e incremental -y no absoluta- de la vida prenatal y a la conclusión de que el embrión no puede ser entendido como persona”* (párr. 256); y de manera más amplia -considerando algunos que se trata de un *obiter dictum*, es decir, que se expide sobre un tema que no es el que se plantea en el caso, se asevera -siguiéndose el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, 1994, párr. 7.2- que al adoptarse *“un concepto amplio e integral de salud sexual y reproductiva, se señaló que: ‘La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia’”*¹⁵.

He aquí una primera conclusión de fuerza convencional: el embrión in vitro no es persona. Y esta aseveración debe ser seguida en el plano nacional so pena de incurrirse en responsabilidad internacional.

Ahora, qué dice el propio CCyC al respecto. Veamos, el art. 20 entiende por concepción el plazo que transcurre entre el mínimo y máximo para el embarazo; es decir, se relaciona la noción de concepción con la de embarazo. La conclusión que se deriva de ello es elocuente: no puede haber embarazo sin, como mínimo, anidación (implantación del embrión

¹⁵ El destacado nos pertenece.

en la persona). Desde el punto de vista práctico, es evidente que, si una pareja tuviere 5 embriones criopreservados y se realiza un test de embarazo, este daría negativo. Por lo tanto, si se vincula el término concepción al de embarazo, es claro que por concepción no se entiende la unión entre óvulo y espermatozoide, de mínima, cuando tales embriones están transferidos y anidados en una persona¹⁶.

Por otra parte, el art. 21 es también preciso en este sentido, al sentar como principio que los derechos y obligaciones se consolidan o quedan sujetos al nacimiento con vida, diciéndose de manera expresa que esta situación de latencia acontece desde la concepción o la implantación del embrión y hasta el efectivo nacimiento con vida. De este modo, se apela al término concepción cuando se trata de filiación por naturaleza o biológica y a implantación del embrión en la persona como elemento a partir del cual, habría persona en los términos jurídicos cuando se trata de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). O sea, antes de este acontecimiento, para el propio CCyC, no estaríamos ante una persona sino ante un embrión no implantado.

Esta óptica es enfatizada en las normas relativas a la regulación de la filiación derivada de las TRHA. Ámbito en el cual, prevalece el elemento volitivo a los efectos de la determinación filial, a través de la consagración de la “voluntad procreacional” (plasmada en el consentimiento informado, previo y libre) como causa fuente del vínculo jurídico. En este sentido, el art. 561 del CCyC permite que tal consentimiento sea revocado mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión, por lo que es evidente que el Código nuevamente, parte de la idea de que el embrión no implantado o in vitro no es persona pues, si lo fuera, el consentimiento no podría revocarse. La posibilidad de revocar el consentimiento no es un dato menor, da cuenta de la inexistencia de personalidad y la imposibilidad de exigir el derecho a la vida y/o un “derecho a nacer”.

Por último, la disposición transitoria segunda establece la obligación del Congreso de la Nación de sancionar una ley especial en la materia que tenga por objeto la protección del embrión no implantado. Por lógica legislativa, si fuera persona humana debería estar regulado en el CCyC y no en una ley especial en la que se va a determinar los términos de su protección. Ocurre que, como se viene explicando, se parte de la base de que no es persona humana y por ello, no está regulado en el Código de fondo. Esta afirmación nos obliga a indagar sobre una preocupación clásica del derecho en torno a la naturaleza jurídica. ¿Acaso importa cuál es la naturaleza jurídica de una institución o figura o, en definitiva, lo que interesa es saber qué tipo de regulación la rige, es decir, qué derechos y deberes genera? Al respecto, es sabido que el campo de la bioética está plagado de figuras, instituciones y elementos que exceden las clasificaciones clásicas de persona o cosa como ser: la sangre, las células madres, los tejidos, el material genético y también los embriones vendrían a engrosar este listado de naturaleza jurídica “sui generis”. En realidad, lo que aquí interesa es la regulación de cada una de ellas, más allá del rótulo o etiqueta que se le pretenda consignar desde una perspectiva clásica, que nada tiene que ver con el dinamismo y la modernidad que involucra el campo de la bioética.

Por fuera de la legislación civil, otras normas que no fueron tachadas de inconstitucionales siguen la misma línea que aquí se defiende. Nos referimos a la ley 26.862 sobre acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida; como así también, su decreto reglamentario 956/2013. Esta línea es observable en tres permisiones legales centrales o nodales: 1) la donación de embriones, 2) la criopreservación de embriones, y 3) la revocación del consentimiento hasta antes de la transferencia del embrión en la persona.

¹⁶ No se alude al término “mujer” en consonancia con la ley 26.743 de identidad de género.

Si las obras sociales y prepagas están obligadas por ley a cubrir diferentes procedimientos de TRHA, entre ellos, la donación y criopreservación de embriones, fácil se concluye que, según esta normativa, el embrión in vitro no es considerado persona.

En definitiva, conforme una interpretación sistémica, entrelazada y coherente del ordenamiento jurídico, esto es, teniendo en cuenta todas y cada una de las fuentes normativas y el orden de relación entre las mismas: la personalidad jurídica comienza, en los supuestos de TRHA, cuando el embrión se implanta o transfiere a la persona. Es decir, antes de este momento, es claro que el embrión no es considerado persona desde el plano civil, por lo tanto, es errada toda interpretación que sostenga que la protección jurídica del embrión como persona ocurre desde la unión entre un óvulo y esperma.

Asimismo, cabe destacar que la dialéctica empleada no es caprichosa. Sucede que el CCyC en su mencionado art. 2, determina que *“la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”*. Por consiguiente, es el mismo CCyC el que prevé tal mecanismo de interpretación contemporánea, dinámica, realista y humanista de las normas que lo componen; mecanismo que cobra aún mayor relevancia en aquellos supuestos como el de análisis donde es necesario dilucidar qué se entiende por concepción.

Como cierre -bien elocuente- de este primer apartado, es interesante traer a colación el siguiente caso hipotético ideado por el médico especialista en ginecología y obstetricia chileno y perito en el mencionado caso Artavia Murillo, Zegers Hochschild: *“la bióloga jefa de un laboratorio de reproducción asistida llega, un sábado de mañana, a revisar las incubadoras que contienen 20 embriones en desarrollo de 4 y 8 células; dado que no tiene a nadie con quien dejarla, la bióloga lleva a su hija de 2 años y la deja en la sala adjunta mientras va a preparar soluciones para ese día. En ese momento, ocurre un incendio y se requiere actuar rápido; un bombero acude al incendio entra a la zona del laboratorio y se encuentra frente a la alternativa de salvar a la niña o salvar 20 embriones que están en la incubadora; si los embriones de 8 células tiene el mismo valor que la persona, debiera prevalecer el criterio cuantitativo y salvar 20 es siempre mejor que salvar uno, sin embargo, lo más probable es que el bombero salve a la niña, echando mano a un juicio de valor en que prima la persona actual sobre los embriones”*¹⁷.

3. La diferencia entre vida y persona

El CCyC regula lo relativo a las personas, no a la vida. Al respecto, cabe destacar que no existe un consenso a nivel científico sobre el inicio de la vida¹⁸ y como bien lo señala Rivera Lopez, ello sería un esfuerzo estéril al considerar que *“La ciencia nos dice (supongamos) que, en el momento de la fertilización, se produce la singamia, es decir, la conformación de un nuevo genoma perteneciente a nuestra especie. ¿Es esto suficiente para considerar que el individuo resultante (el embrión) es una persona, en el sentido normativo (que es el que nos interesa)? La ciencia nos dice (supongamos) que, en el momento de la implantación, el embrión queda conectado al endometrio. ¿Es esto suficiente para que estemos frente a un individuo con un derecho a la vida? La ciencia nos dice*

¹⁷ Zegers- Hochschild, Fernando, “Algunas consideraciones éticas en la práctica de la reproducción asistida en Latinoamérica”, en Casado, María, y Luna, Florencia (coordinadoras), Cuestiones de Bioética en y desde Latinoamérica, Civitas- Thomson, Madrid, 2012, p. 184 y ss.

¹⁸ CECTE, “Ética de la investigación científica y tecnológica y Derecho: El comienzo de la persona y el tratamiento del embrión no implantado”, disponible en: <http://www.cepte.gov.ar/pdf/000068-es.pdf>, compulsada el 29/03/2018.

*(supongamos) que, antes de la semana 22, el sistema nervioso no está desarrollado como para que podamos hablar de estados mentales (sensaciones o percepciones). ¿Es esto relevante para determinar un antes y un después en términos de otorgar un derecho a la vida?*¹⁹.

Ahora bien, esto no es óbice para avanzar en algunas consideraciones que agravan o profundizan la crisis para quienes continúan en la idea de asimilar la noción de persona al de vida.

Al respecto, el Comité de Ética en la Ciencia y la Tecnología (CECTE), organismo público dependiente del Ministerio de Ciencia y Tecnología de la Nación integrado por científicos de reconocida trayectoria del país, se ha ocupado de esgrimir algunas consideraciones al respecto en ocasión de emitir opinión sobre el entonces Anteproyecto de reforma y unificación del Código Civil y Comercial en el que se dedicó, precisamente, a desentrañar las nociones de persona, concepción y vida.

Con relación a este último, se expuso que *“El concepto de ‘vida’ puede aplicarse tanto a células individuales como al conjunto de células que forman un embrión o un adulto. Por consiguiente, la gameta femenina (óvulo), la masculina (espermatozoide), y el cigoto que se forma por la unión de ambas, están vivos. Quizás la forma más sencilla de comprender la diferencia entre el comienzo de la existencia de la persona y el comienzo de la vida es compararlas con el concepto inverso, es decir la muerte o finalización. La ciencia y la ley establecen criterios estrictos para definir la muerte o finalización de la existencia de una persona aun cuando gran parte de sus células sigan vivas por un tiempo no despreciable. Según la teoría “instantaneísta”, el comienzo de la persona humana coincide con la fecundación debido a que el cigoto contiene la totalidad de la información genética. Sin embargo, este argumento es insuficiente. La información genética no alcanza para constituir un individuo completo. El concepto de información es más amplio e incluye modificaciones sustanciales durante el desarrollo embrionario: a partir de esa única célula se llega a conformar un organismo que al nacer llega a tener más de 10^{12} células, con un orden asociado a su distribución espacial que no estaba presente en la información contenida en el óvulo fecundado. El estudio del desarrollo del embrión después de su implantación en el útero revela que se produce información de otro tipo asociada a la estructura espacial y a la interacción entre cada uno de los componentes, que no existía en el óvulo fecundado y se adquiere del ambiente provisto por la madre”. Se asevera que “El adelanto del conocimiento científico y tecnológico abrió la posibilidad de que la fecundación (unión del óvulo y el espermatozoide) y el desarrollo inicial del embrión se realicen fuera del tracto reproductor femenino, in vitro. Los embriones resultantes de la aplicación de estas técnicas de reproducción humana asistida necesitan ser implantados en el útero para llegar a ser un feto y luego un niño, lo que implica una intervención externa adicional a la formación del cigoto. Consecuentemente, se debe distinguir entre el embrión preimplantado y el embrión implantado. Mientras que el primero no puede desarrollarse por sí mismo, el embrión implantado en un útero puede evolucionar hasta constituirse en un ser humano”.*

En esta misma lógica comparativa entre la vida y la muerte, no se debe perder de vista la ley 26.742 denominada de “muerte digna” que entre otras cuestiones, modificó el inciso e) del art. 2 de la ley 26.529 de derechos de los pacientes y dispone referido a la “Autonomía de la voluntad” que *“El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad. Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a intervenir en los términos de la Ley 26.061 a los fines de la toma de*

¹⁹ Rivera López, Eduardo, “El aborto, la ciencia y el consenso posible” en <https://www.infobae.com/opinion/2018/03/05/el-aborto-la-ciencia-y-el-consenso-posible/> compulsado el 04/06/2018.

decisión sobre terapias o procedimientos médicos o biológicos que involucren su vida o salud. En el marco de esta potestad, el paciente que presente una enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en estadio terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, informado en forma fehaciente, tiene el derecho a manifestar su voluntad en cuanto al rechazo de procedimientos quirúrgicos, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital cuando sean extraordinarias o desproporcionadas en relación con la perspectiva de mejoría, o produzcan un sufrimiento desmesurado. También podrá rechazar procedimientos de hidratación o alimentación cuando los mismos produzcan como único efecto la prolongación en el tiempo de ese estadio terminal irreversible o incurable. En todos los casos la negativa o el rechazo de los procedimientos mencionados no significará la interrupción de aquellas medidas y acciones para el adecuado control y alivio del sufrimiento del paciente". Más allá de toda indefinición en torno a desde cuando hay o no vida, lo cierto es que nadie va a poner en duda que cuando una persona se encuentra en estado terminal o le aqueja una enfermedad grave como se consigna en el texto legal transcrito hay, efectivamente, vida; y la propia ley 26.742 permite que, por la sola autonomía de la persona, pueda decidir morir o poner fin a dicha vida. Por lo tanto, la existencia de vida tampoco es obstáculo para que la ley pueda reconocer, revalorizar o priorizar una decisión autónoma por sobre una "vida".

Como cierre de este apartado, es interesante traer a colación una afirmación muy acertada que esgrime la Corte IDH en el aludido caso Artavia Murillo que se vincula con la bioética laica a la cual ya nos hemos referido al decir que *"Hay concepciones que ven en los óvulos fecundados una vida humana plena. Algunos de estos planteamientos pueden ser asociados a quienes confieren ciertos atributos metafísicos a los embriones. Estas posiciones no pueden justificar que se otorgue prevalencia a cierto tipo de literatura científica al momento de interpretar el alcance del derecho a la vida consagrado en la Convención Americana, pues ello implicaría imponer un tipo de creencias específicas a otras personas que no las comparten"* (párrafo 185).

4. Persona en desarrollo y persona nacida

El CCyC sigue la noción de concepción como sinónimo de anidación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 4.1 de la CADH que, como ya se ha expresado, data de 1969, época en la cual, la FIV era más una cuestión de ciencia ficción que de realidad, ya que la primera niña que nace mediante esta técnica lo fue en el año 1978, es decir, casi diez años después²⁰. A pesar de ello, ya el texto de este importante instrumento regional aludía al término "en general", por lo cual, se acepta desde sus orígenes que la protección del derecho a la vida no es absoluta; a lo cual se le adiciona el carácter de gradual e incremental, tal como lo expone su intérprete, la Corte IDH en el mencionado caso Artavia Murillo.

En este contexto, a mayor posibilidad de nacer con vida (elemento también central para la legislación civil), mayor es la protección jurídica que debe darse; por el contrario, a menor desarrollo y posibilidad de nacimiento con vida, menor es la protección y a la par, mayor fortaleza -desde la innegable ponderación de derechos- de los derechos de la mujer de quien no se discute que es una persona nacida con plenos derechos. Derechos sobre los que, además, recae cierto plus de protección constitucional- convencional por la discriminación sistémica de la cual han sido víctimas por un sistema jurídico eminentemente, patriarcal y machista.

²⁰ Para profundizar sobre este caso, sus particularidades y avances, recomendamos compulsar Herrera, Marisa y Lamm, Eleonora, "Técnicas de reproducción humana asistida", AAVV, Bioética en el Código Civil y Comercial de la Nación, Thomson Reuters- La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 295 y ss.

Ya el propio Código Civil originario -y se mantiene en el vigente- receptan el principio de gradualidad al considerar que si una persona no nace con vida se lo considera como “*si nunca hubiera existido*”, de conformidad con lo dispuesto en el art. 21 del CCyC²¹. Por lo tanto, la legislación civil -no solo la vigente desde agosto del 2015 sino la de fines del siglo XIX- admite que nacer con vida o sin vida tienen diferentes entidades; valorándose con mayor fuerza -y por ende protección jurídica- el nacimiento con vida. En este contexto, es claro que la persona nacida (la mujer) y su derecho a la vida tiene mayor peso, que la de un feto o persona por nacer.

Esta observación jurídica tiene su correlato en el campo del derecho penal al regularse con una escala muy diferente, el delito de aborto que el de homicidio. En otros términos, la interrupción voluntaria del embarazo no es considerada o tipificada como delito de homicidio. Veamos, el Código Penal de 1921 dispone en el art. 79 destinado a tipificar el homicidio simple, que: “*Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro siempre que en este código no se estableciere otra pena*”. Por el contrario, el art. 85 inciso 2do se refiere al delito de aborto asignándole la siguiente pena: “*Con reclusión o prisión de uno a cuatro años, si obrare con consentimiento de la mujer*”. En este contexto legislativo, es claro que, si bien para la legislación civil la existencia de la persona comienza con la concepción, el tratamiento jurídico y la correspondiente protección legal no es igual cuando se trata de una persona en desarrollo dentro del cuerpo de alguien que cuando la persona ha nacido, se ha separado de aquélla y tiene su propia entidad e identidad. Esto es así, tanto para la legislación civil como para la normativa penal.

Siguiéndose con la lógica que impera en el Código Penal desde 1921, cabe destacar que esta diferencia entre persona nacida y persona por nacer o feto, también se la advierte al regular los supuestos de “aborto no punible”. Sucede que, si el feto fuera persona con la misma entidad e identidad jurídica que las personas nacidas, jamás el art. 86 inciso 2 podría haber previsto causales de despenalización. Si el régimen penal recepta causas de despenalización ello significa que, de base, considera que hay una diferencia entre persona no nacida y persona nacida. Precisamente, este debate fue abordado de manera acabada por la Corte Federal en el resonado caso “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva” de fecha 13/03/2012²².

Aquí la máxima instancia judicial federal interpreta los supuestos de aborto no punible que regula el Código Penal en el inciso 2do del art. 86 y en ese marco, tuvo que dedicarle algún espacio a desentrañar otro error jurídico muy común de transferencia directa al campo civil. Nos referimos al artículo 2º de la ley 23.849, en cuanto estipula que el artículo 1º de la Convención “*debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de la concepción*”. Al respecto, se afirma que ello “*no constituye una reserva que, en los términos del artículo 2º de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, altere el alcance con que la Convención sobre los Derechos del Niño rige en los términos del artículo 75, inciso 22, de la Constitución Nacional. Esto*

²¹ Vale recordar el texto sobre el “Nacimiento con vida”: “Los derechos y obligaciones del concebido o implantado en la mujer quedan irrevocablemente adquiridos si nace con vida. Si no nace con vida, se considera que la persona nunca existió. El nacimiento con vida se presume”.

²² CSJN, 13/03/2013, “F., A. L. s/ medida autosatisfactiva”, LL Cita Online: AP/JUR/55/2012. Esta resonado fallo ha comentado en tantísimos trabajos elaborados por la doctrina nacional, como ser: Cavallo Mercedes y Rossi Felicitas, “El caso “F.A.L.” un avance hacia la legalización del aborto”, RDP Cita Online: AP/DOC/2242/2012; Gullco Hernán V., “La interpretación armónica del Código Penal en el aborto: el fallo de la Corte Suprema de la Nación en el caso “F.A.L. s/medida autosatisfactiva”, RDP Cita Online: AP/DOC/2079/2012; Hopp Cecilia M., “La sentencia “F., A. L.” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación: una decisión sobre aborto y derechos humanos”, RDP Cita Online: AP/DOC/4960/2012; y Lamm Eleonora, “El aborto ante la Corte Suprema: una restricción menos, un paso más”, JA, julio 2012, 3.

porque, como surge del texto mismo de la ley, mientras que el Estado Argentino efectuó una reserva con relación a la aplicación del artículo 21 de la Convención, respecto del artículo 1º se limitó a plasmar una declaración interpretativa”. ¿Qué diferencia existe entre una reserva o una declaración interpretativa? Son figuras o herramientas legales que persiguen objetivos sumamente diferentes; a grandes rasgos, la primera se caracteriza por la intención de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado, mientras que la segunda se propone precisar o aclarar el sentido o el alcance del instrumento. Por lo tanto, se trata de una declaración interpretativa emanada de una ley esgrimida con anterioridad al fallo Artavia Murillo, así como a grandes reformas legislativas que han venido posteriormente. ¿Acaso, como ya se ha sostenido, las normas no deben ser interpretada de manera dinámica y teniéndose en cuenta tales avances, a los fines de actualizar las “condiciones de su vigencia”?

Más aún, esta diferencia entre persona no nacida o feto y persona nacida también se lo observa en el CCyC al regular los alimentos a favor de la mujer embarazada en el art. 655 en los siguientes términos: “*La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada*”. Como se puede observar, no son alimentos a la persona por nacer sino a la mujer por su especial situación de embarazo. Por lo tanto, la única legitimada activa para solicitarlos es la propia mujer y no lo está ningún asesor o defensor de menores en representación de nadie. O sea, un derecho que está en absoluta consonancia con lo dispuesto en el art. 75 inciso 23 de la Constitución Nacional que focaliza, justamente, en esta especial situación en la cual se encuentran las mujeres cuando transitan un embarazo.

Por último, se suele apelar de manera general a la ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes para decir que a este grupo social le cabe un plus de derechos y de protección, por lo cual, entre una colisión de derechos entre los adultos (en este caso las mujeres) y los niños/niñas, prevalecerían los derechos de estos últimos. Claramente, aquí se incurre un error porque la ley 26.061 regula los derechos de los niños, niñas y adolescentes ya nacidos, no pudiéndose ampliar todas las consideraciones, principios y reglas que allí se exponen para las personas no nacidas o fetos, porque ello sería incurrir en una falacia ontológica: no advertir una diferencia sustancial, no es lo mismo nacer con vida que sin vida o aún no tener una independencia para ser considerada persona con la protección máxima que le brinda el régimen jurídico cuando se produce el alumbramiento y la correspondiente separación de la mujer e individualidad. ¿Acaso no se incurriría en una falacia aplicar la misma normativa -ley 26.061- a destinatarios con diferencias ontológicas tan disímiles como lo es un feto y una persona nacida? ¿Cómo debería ser satisfecho el derecho a estar inscripto, el derecho a tener un nombre o el derecho a la preservación de los vínculos familiares que regula la ley especial en materia de infancia y adolescencia cuando se trata de personas no nacidas?

5. La perspectiva de género que campea todo el ordenamiento jurídico nacional

De conformidad con la obligada mirada sistémica, el CCyC también se ha visto atravesado por los fuertes debates en clave de género desarrollados en los últimos tiempos en el campo jurídico por fuerza de la doctrina internacional de los derechos humanos. En este sentido, se ha aseverado con acierto que el CCyC tiene “cara de mujer”²³.

²³ Para profundizar sobre este tema se recomienda compulsar: Herrera, Marisa y Salituri Amezcua, Martina, “El derecho de las familias desde y en perspectiva de géneros”, op.cit. y Herrera, Marisa, “El Código Civil y Comercial desde la perspectiva de género”, op.cit.

¿Cuáles son los otros aportes de la legislación civil al debate sobre la interrupción voluntaria del embarazo? Es esto lo más novedoso que se propone en el presente artículo, destacar que el CCyC no sólo va en la misma lógica de ampliación de derechos instalada por tantas normas anteriores a él, colocando al ordenamiento jurídico argentino en un lugar de vanguardia; sino que tal actitud es la que permite aseverar que la legislación civil acompañe, reafirme y fortalece el debate por la legalización del aborto.

Básicamente, y de manera sintética, los aportes del CCyC en materia de aborto a la luz de una obligada perspectiva sistémica son los siguientes:

a) el concepto de **prevención** al que se refiere el art. 1710 al disponer que *“Toda persona tiene el deber, en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que éste le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo”*. Si bien esta noción está consignada dentro del capítulo dedicado a la responsabilidad civil o derecho de daños, lo cierto es que campea todo el ordenamiento civil. ¿Acaso si en el campo más “privado” de las relaciones humanas se le otorga un lugar de relevancia a la función preventiva, ella no debería serlo con mayor énfasis en el plano “público” y todo lo relativo al rol del Estado como garante último de los derechos humanos de sus ciudadanxs? Apelándose al principio de realidad -que también ha marcado el rumbo del CCyC al reconocer diferentes formas de organización familiar para dar respuesta a una gran cantidad de situaciones, problemáticas o conflictos que se suscitan en una sociedad en constante movimiento- es dable destacar la gran cantidad de investigaciones que arrojan como resultado una afirmación concluyente: los países que legalizan el aborto tienen un menor número de muertes provocadas por aborto. De allí que se sostenga con acierto que en respeto, precisamente, del derecho a la vida (de personas nacidas, mujeres), el Estado a través de la ley deba permitir la interrupción voluntaria del embarazo. En este sentido, y solo a modo de ejemplo, cabe traer a colación la reciente investigación publicada en la reconocida revista científica *The Lancet*²⁴ en el que se asevera, entre otras cuestiones, que:

- El aborto en el mundo ha disminuido en los últimos años y se estima que la legalización de la práctica ha sido el factor que más ha contribuido.

- Los países con aborto penalizado son los que presentan las más altas tasas de aborto.

- La cantidad de abortos inducidos realizados en el período 2010-2014 fue de aproximadamente 56 millones.

- En los países desarrollados la cantidad de abortos ha disminuido de 12 a 7 millones, mientras que en los subdesarrollados se incrementó de 38 a 49 millones. Hay que considerar que el crecimiento demográfico ha sido mayor en estos países.

- La tasa global anual de aborto entre el 1990-1994 era de 40 cada 1000 mujeres entre los 15-44 años de edad. En el intervalo 2010-2014 disminuyó a 35 cada 1000.

- Si se compara el período 1990-1994 con el período 2010-2014 en los países desarrollados y con aborto legal, se observa que la tasa bajó de 46 a 27/1000. Sin embargo, es aún muy alta en los países en desarrollo, la mayoría de los cuales tienen el aborto penalizado.

²⁴ La síntesis de los aportes provenientes de esta publicación se encuentran en las siguientes notas periódicas: Carabajal Mariana, “Si es legal, el aborto disminuye”, Página 12, 01/04/2018, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/105158-si-es-legal-el-aborto-disminuye>, y Carabajal Mariana, “Un insumo científico para el debate”, Página 12, 01/04/2017, disponible en: <https://www.pagina12.com.ar/105157-un-insumo-cientifico-para-el-debate>, ambas compulsadas el 02/04/2018.

- La probabilidad de tener un aborto inducido en un país en desarrollo es de 36 cada 1000 mujeres de 15 a 44 años, mientras que en los países desarrollados es de 27 cada 1000.

- El Caribe es la subregión con mayor proporción de abortos: de 59 cada 1000.

- Luego sigue Sudamérica con 48 cada 1000 mujeres de 15 a 44 años.

- Los países con menor cantidad de abortos son Estados Unidos y los de Europa del norte (17 y 16/1000 respectivamente). Se estima que esta baja tasa se debe, entre otras cosas, al acceso a métodos anticonceptivos modernos.

- La tasa de abortos en el Caribe y en América Latina prácticamente no ha mostrado cambios en los últimos treinta años.

b) La noción de **vulnerabilidad** a la que alude el art. 706 del CCyC cuando se refiere a los procesos de familia y el abordaje prioritario y especializado que debe tener toda aquella persona que más allá de que sea capaz desde el punto de vista civil, lo cierto es que por diferentes razones se encuentra en situación de vulnerabilidad o desventaja. Este articulado se inspira en las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad, en cuyo texto se reconoce que una de las variables o pautas que marcan dicha condición es el género al aseverarse que *“La discriminación que la mujer sufre en determinados ámbitos supone un obstáculo para el acceso a la justicia, que se ve agravado en aquellos casos en los que concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera. Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica. Se impulsarán las medidas necesarias para eliminar la discriminación contra la mujer en el acceso al sistema de justicia para la tutela de sus derechos e intereses legítimos, logrando la igualdad efectiva de condiciones. Se prestará una especial atención en los supuestos de violencia contra la mujer, estableciendo mecanismos eficaces destinados a la protección de sus bienes jurídicos, al acceso a los procesos judiciales y a su tramitación ágil y oportuna”* (párrafo 8). Y en el apartado anterior, el 7, se alude a la pobreza en los siguientes términos: *“La pobreza constituye una causa de exclusión social, tanto en el plano económico como en los planos social y cultural, y supone un serio obstáculo para el acceso a la justicia especialmente en aquellas personas en las que también concurre alguna otra causa de vulnerabilidad. Se promoverá la cultura o alfabetización jurídica de las personas en situación de pobreza, así como las condiciones para mejorar su efectivo acceso al sistema de justicia”*.

De este modo, la interacción género/pobreza que está detrás de las situaciones más graves de la interrupción voluntaria del embarazo dado que los casos de muerte por abortos clandestinos comprometen a mujeres pobres, es evidente que ello configura una clara situación de vulnerabilidad que hasta la legislación civil está comprometida en su visibilidad y abordaje con mayor atención y privilegio.

c) La **interacción entre derecho civil y derechos sociales**, en especial, el derecho a la salud que tiene un lugar de relevancia en el CCyC bajo la regulación de los derechos personalísimos y el derecho al cuidado del propio cuerpo. Incluso en el campo de la adopción se advierte esta interacción (conf. arts. 595 y 607). ¿Acaso pueden ser satisfechos los derechos civiles cuando se carece de un piso mínimo de derechos sociales, en el que la discriminación por razones socioeconómicas es un condicionamiento clave para el

desarrollo de los primeros, consideración y realidad elocuente en materia de aborto y en particular, abortos clandestinos?

d) Aunado a los tres anteriores, el **principio de realidad** que constituye otro de los pilares del CCyC tal como se explicita en los Fundamentos del Anteproyecto. Este es un elemento que no puede dejarse de lado, so pena de incurrirse en una legislación civil alejada de las problemáticas sociales, incluso como herramienta de suma relevancia para las personas (mujeres) más débiles.

e) La **reafirmación de la autonomía de la voluntad** como un pilar de la legislación civil contemporánea, a tal punto que el CCyC avanza en particular, en el reconocimiento del ejercicio por sí de los derechos personalísimos (art. 55), especialmente, los actos de disposición del propio cuerpo (art. 56), y en lo relativo a los derechos sexuales y reproductivos, el derecho al cuidado al propio cuerpo (art. 26), del modo amplio que se lo hace en favor de su ejercicio por parte de los adolescentes.

De este modo, se ha afirmado con acierto que el CCyC es el código de la libertad y de la autonomía, cuyos límites giran en torno a las nociones de solidaridad y responsabilidad. Precisamente, el debate por la legalización del aborto compromete, revaloriza y coloca en un lugar central, el derecho de las mujeres a decidir. En esta lógica, nos parece que sería un gran aporte desde la doctrina empezar a diferenciar los temas de salud sexual con los de salud reproductiva, siendo que en materia de aborto está comprometido el derecho a la salud sexual y el derecho a no procrear, diferente en el campo de las TRHA que involucra el derecho a procrear y a la salud reproductiva. De allí, que se critica la alusión que se hace en el fallo resuelto por el Tribunal de Juicio, Sala II, de la Vocalía 1 y de Menores de Metán, Salta en fecha 16/03/2018²⁵, que involucra un proceso en el que se solicita la cobertura médica de TRHA, haciéndose lugar a la petición alegándose que *“Sin lugar a dudas la búsqueda de generar un nuevo ser y las ansias de ser mamá consolidando la célula social”*; y en esta lógica errada centrada en el binomio mujer -madre, se agrega que *“es oportuno recordar que más allá de la protección a las personas afiliadas a la medicina prepaga, el caso de la accionante es particular al ser una persona que está intentando generar vida, en tiempos en los cuales se pone en boga la discusión para avalar prácticas abolicionistas de la generación de nuevos seres”*. Para deconstruir este tipo de miradas absolutamente patriarcales, es necesario profundizar sobre la distinción aludida entre derecho a procrear y a no procrear, siendo este último el que está aquí en debate.

6. Brevisimas palabras de cierre

La relectura obligada del derecho civil a la luz de la perspectiva constitucional-convencional que impregna la legislación de cabecera como lo es el CCyC, no sólo permite dar respuestas claves desde este ámbito del derecho en torno a temáticas clásicas vinculadas con la interrupción voluntaria del embarazo como ser, las nociones de concepción, persona, nacimiento con vida, entre otras; sino que también es hábil para profundizar sobre otras cuestiones más contemporáneas como son las políticas de género - en especial, las de prevención y las destinadas a personas vulnerables-, sin perder de vista otra cuestión clave: la autonomía de la voluntad y el poder de decisión por parte de cada persona en todo lo relativo al cuidado del propio cuerpo como un derecho personalísimo básico, al que la legislación civil le brinda un lugar de relevancia, incluso

²⁵ Trib. de Juicio, Sala II, Voc. 1 y Men. 1era. Nom., 16/03/2018, “Swiss Medical; L. F., M. B. s/Amparos Constitucionales”, disponible en: <http://www.diariojudicial.com/public/documentos/000/077/811/000077811.pdf>, compulsado el 17/04/2018.

a favor de personas menores de edad, precisamente, los adolescentes, aseverándose que aquellas que cuenten con 16 años o más son consideradas “adultas” desde el punto de vista del concepto de capacidad jurídica en lo relativo al ejercicio de estos derechos (conf. art. 26, CCyC). Todo ello, sin perder de vista el principio de realidad que responde al dinamismo ínsito que observa la legislación civil de hoy auspiciado por los dos primeros articulados en los que se anima a revalorizar y consolidar la doctrina internacional de los derechos humanos en el ámbito nacional.

En definitiva, autonomía, libertad, prevención y vulnerabilidad, constituyen conceptos básicos y fundamentales que incorpora y refuerza la legislación civil en clave de género, siendo éste un verdadero aporte aun poco explorado en un debate que constituye, sin lugar a duda, la deuda más elocuente que tiene la democracia con las mujeres: la legalización del aborto. Desde esta perspectiva, el derecho civil tiene grandes aportes emancipatorios para hacer. Ello significa, sin dudarlo, una interpelación profunda a quienes se resisten a navegar por el derecho civil contemporáneo; un derecho civil constitucionalizado, convencionalizado, laico y plural. ¿Acaso esta resistencia habría generado una pretensa contra-regulación mediante la conformación de una nueva comisión reformadora²⁶? Como se ha expresado: *“No se trata, solamente, de la adecuación de determinados institutos jurídicos, de solucionar ciertos conflictos planteados en la vigencia de los Códigos Civil y de Comercio o de la adopción de criterios regulatorios. La cuestión va más allá, a mi entender: es el diseño de una arquitectura jurídica moderna, dinámica, actual y con una notable perspectiva de futuro. El Derecho muta, cambia y debe amoldarse a las realidades que debe regular. Y ello es claramente receptado en el Código Civil y Comercial que prontamente regirá en su totalidad”²⁷.*

El debate sobre el aborto ha vuelto a remover tensiones entre lo viejo y lo nuevo en el campo del derecho civil, y ello es lógico, porque las grandes transformaciones culturales nunca han sido sencillas; y si a ello le sumamos una temática como el aborto que involucra la sexualidad y el poder sobre el cuerpo de las mujeres, doblemente complejo. Así son las verdaderas luchas y no hay que temerles, todo lo contrario, enfrentarlas con la pasión y riqueza que generan.

LENGUAJE JURÍDICO

LO CORRECTO, LO INCORRECTO Y LO SUBJETIVO EN EL USO DE LA COMA (I)

Por Valeria Colella*

La **coma** es un signo gráfico que representa un tipo de pausa, más corta que la que brinda el punto, en lo que se habla o lee. Su utilización siempre se ha considerado más subjetiva que en los demás signos de puntuación. Sin embargo, hay comas obligatorias, otras que son opcionales, e incluso están las incorrectas, que pueden llegar a cambiar el sentido de la frase para que exprese exactamente lo opuesto de lo que se quiere decir.

²⁶ Decreto 182/2018.

²⁷ Barbieri, Pablo C., www.infojus.gov.ar. Id Infojus: DACF150378.

* Por Corregidor Jurídico (www.corregidorjuridico.com.ar).

Lo correcto

La coma del vocativo

El vocativo es una palabra o palabras que sirven para invocar, llamar o nombrar a la persona a quien se dirige el hablante cuando enuncia alguna idea. Siempre se escribe coma posterior cuando el vocativo inicia la oración:

*La magistrada precisó: “**Estimado colega**, ¿tuvo en cuenta que, en su caso, el acusado conocía que la denuncia no se correspondía con su conducta, o era falsa, desde el momento en que ésta se efectuó y causó los daños por los que pretende ser resarcido.*

Si se halla en medio de la oración, se escribe entre comas:

*Me dijo: “Quiero que sepas, **amigo**, que ya resolví el asunto que estaba pendiente”.*

Este último caso no debe confundirse con las aposiciones, que si bien también se escriben entre comas, son incisos que aclaran o complementan la información del sujeto.

De manera similar, los alias, apodos y seudónimos se escriben entre comas cuando se pueden utilizar sin acompañar el nombre:

*El juez de la Sala I condenó en audiencia de juicio abreviado a ... (23), **alias “Judas”**, a la pena de seis meses de prisión de ejecución efectiva, por ser responsable de los delitos de amenazas con arma y desobediencia judicial.*

Sin embargo, no van con coma los sobrenombres cuando especifican el calificativo con que se distingue especialmente a una persona: Alfonso X el Sabio, Fernando III el Santo, Juana la Loca.

La coma en una enumeración

La coma separa los miembros de una enumeración salvo el último término cuando esté precedida por las conjunciones y, e, o, u:

Que los vicios señalados en los considerandos anteriores, habilitan al Departamento Ejecutivo a proceder a la declaración de nulidad de los decretos Nro. 035/15; Decreto Nro. 058/15, Decreto Nro. 151/15; Decreto Nro. 057/15; Decreto 114/15; Decreto Nro. 131/15, Decreto Nro. 132/15, en todas sus partes.

Que los vicios señalados en los considerandos anteriores habilitan al Departamento Ejecutivo a proceder a la declaración de nulidad de los decretos nro. 035/15, decreto nro. 058/15, decreto nro. 151/15, decreto nro. 057/15, decreto 114/15, decreto nro. 131/15 y decreto nro. 132/15 en todas sus partes.

Que los vicios señalados en los considerandos anteriores habilitan al Departamento Ejecutivo a proceder a la declaración de nulidad de los decretos nros. 035/15, 058/15, 151/15, 057/15, 114/15, 131/15 y 132/15 en todas sus partes.

Solo va coma delante de conjunciones copulativas cuando lo consignado después de la coma es consecuencia de todo lo mencionado con anterioridad:

En consecuencia, la formulación del estándar legal utilizado tiene como fundamento que la pretensión del demandante debe ser más probable que su negación, y en este caso no se cumple.

La coma y los sujetos múltiples

Si los términos de la enumeración constituyen sujetos múltiples tampoco se pone coma detrás del último:

Muchas injurias, calumnias, amenazas e intimidaciones expresas, fueron vertidas en las causas judiciales.

Muchas injurias, calumnias, amenazas e intimidaciones expresas fueron vertidas en las causas judiciales.

La coma y las conjunciones y locuciones adversativas

Siempre va coma delante de las conjunciones y locuciones adversativas.

Aclara que la situación narrada no es un hecho aislado sino que es un hecho más, entre tantos de hostigamiento, acoso psicológico, económico, laboral y, en consecuencia, personal que viene padeciendo por parte de...

*Aclara que la situación narrada no es un hecho aislado, **sino** que es un hecho más entre tantos de hostigamiento, acoso psicológico, económico, laboral y, en consecuencia, personal que viene padeciendo por parte de...*

Las locuciones “sin embargo”, “en cambio” y “no obstante” son conjuntivas cuando aparecen uniendo cláusulas adversativas, y en este caso hay dos puntuaciones “aceptables”: la coma es posterior si comienzan la oración; caso contrario, van precedidas de punto y coma y llevan coma posterior:

Sin embargo la duplicación indemnizatoria prevista por la norma motivo de análisis...

***Sin embargo**, la duplicación indemnizatoria prevista por la norma motivo de análisis...*

*A lo largo del alegato no ha quedado debidamente expuesto el porqué de la demanda; **no obstante**, la existencia de la irregularidad registral no termina con la notificación del traslado de demanda impugnado.*

Si una o varias de las subordinadas adversativas son complejas, la separación se hace colocando punto y coma entre ellas.

<p>www.actualidadjuridica.com.ar</p> 	<p>Una de las mayores bases de datos de Argentina</p> <ul style="list-style-type: none">- Jurisprudencia- Doctrina- Legislación- Acordadas- Convenios colectivos de trabajo- Modelos de escritos... y mucho más. <p>Nuevos links: Noticias y Revistas Virtuales</p>
---	---