

BOLETÍN INFORMATIVO

DERECHO DE FAMILIAS Y SUCESIONES

- Bo.DFyS -

Editado por la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia – Facultad de Derecho – UBA

ÍNDICE

	Pág.
Homenajes	
• Recordando a Cecilia, <i>por Carlos Alberto Arianna</i>	2
• Sebastián I. Fortuna, <i>por Dra. Lidia Beatriz Hernández</i>	2
XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil	5
• Conclusiones Comisión N° 7: Familia	6-8
• Utilidades de la Sociedad de Capital propio y recompensa a valor constante en la liquidación de la comunidad	9-10
• Forma de la convención matrimonial y confirmación ulterior	11-13
• Conclusiones Comisión N° 8: Sucesiones	14-16
• Derecho Sucesorio del Conviviente	17-19
• Derecho real de habitación vitalicio y gratuito al conviviente supérstite. Atribución preferencial	20-21
Sección Tesis de maestría	
• La socioafectividad en los procesos judiciales de niñas, niños y adolescentes privados de cuidados parentales, <i>por Ana Belén Mugarti</i>	22-26
Sección Doctrina Libre – Cursantes	
• La familia y las nuevas tecnologías: el impacto del mundo digital en las relaciones familiares, <i>por Natalia S. Díaz Parga y Laura Zalazar Denett</i>	27-32
• Fraude contra la sociedad conyugal constituye violencia de género, <i>por Sandra González</i>	33-43
• Fraude entre cónyuges, <i>por Laura M. Mignoli</i>	44-50
• Breve comentario al fallo “María y otros vs. Argentina” de la Corte IDH y al reciente pronunciamiento de la CSJN, <i>por Silvina Laura Gini</i>	51-58
• María Remedios del Valle: La capitana que tuvo que luchar por su reconocimiento, <i>por Loana Elizabeth Lazzo</i>	59-68



Facultad de Derecho
Universidad de Buenos Aires

Contacto

Mail: cedfamilia@derecho.uba.ar

URL: www.derecho.uba.ar/bodfys

Recordando a Cecilia



*Por Carlos Alberto Arianna
Prof. Titular de Derecho de Familia y Sucesiones
(UBA)*

El 11 de mayo del año en curso falleció Cecilia Grosman, relevante jurista, académica e investigadora y mejor persona. Dra. en Ciencias Jurídicas y Sociales por esta Facultad, Investigadora Superior CONICET, Profesora Consulta Titular de Derecho de Familia y Sucesiones, autora prolífica y apasionada.

Creo y dirigió la “Carrera de Especialización en Derecho de Familia” y la “Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia” con un enfoque interdisciplinario, cuyo norte fue dotar a los profesionales, no sólo del conocimiento profundizado del ordenamiento jurídico, sino también de proveerles herramientas de otras disciplinas que analizan la familia para abordar con mayor solvencia las particularidades del conflicto familiar. Muchos de sus egresados son el testimonio del éxito obtenido.

Con la misma impronta, en el año 1989 dio a luz la revista “Derecho de Familia. Revista interdisciplinaria de doctrina y jurisprudencia”, otro de sus espacios más queridos. En el número inaugural se afirmaba “Nuestro objetivo es que esta Revista se constituya en un instrumento de difusión de trabajos elaborados por juristas, sociólogos, psicólogos y otros especialistas de reconocido nivel académico; publicar las investigaciones vinculadas con el área, desarrolladas en el país o en el extranjero, particularmente con un criterio interdisciplinario; transmitir las nuevas orientaciones e informar acerca de las publicaciones aparecidas tanto en la Argentina como en el extranjero. Pondremos todo nuestro esfuerzo para que dicho objetivo se cumpla con precisión y eficacia”.

Continúa en la Pág. 3, Col. 1

Sebastián I. Fortuna



*Por Dra. Lidia Beatriz Hernández
Directora de la Maestría en Derecho de Familia,
Infancia y Adolescencia*

Sebastián Fortuna falleció el 23 de marzo de 2024.

En primer lugar, es necesario resaltar la calidad humana de Sebastián. Fue querido por todos los que tuvieron la suerte de conocerlo. Como persona exitosa y con un gran futuro nunca alardeó de ese éxito. La humildad lo caracterizó como a un grande.

Hubiera sido un juez probo, cargo al que accedió por mérito propio, por sus dotes humanas y por su conocimiento del derecho.

Cabe resaltar además sus antecedentes docentes y académicos. Sus cualidades como persona ocasionaron que su muerte produjera una gran tristeza en el ámbito académico donde se desenvolvía. Fue llorado y ahora es extrañado por sus alumnos y por todos nosotros, los que compartimos sus actividades en nuestra querida Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Fue el alma mater de la Maestría de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia que dirijo. Se recibió como Magister, y todo lo que recibió lo devolvió con creces. De allí que sea muy difícil reemplazarlo.

El mérito de la obra escrita por Sebastián es indudable. Además de numerosos artículos para revistas jurídicas escribió el libro “Manual de Uniones Convivenciales”. El libro analiza las uniones convivenciales sistematizadas por el Código Civil y Comercial de la Nación, señalando sus errores y omisiones, constituyéndose en una obra indispensable de consulta para el estudioso del derecho.

Continúa en la Pág. 4, Col. 1

Continuación de la Pág. 2

Recordando a Cecilia

Treinta y cinco años de existencia ininterrumpida atestiguan su cumplimiento. Fue su Directora durante largo años, luego compartió la dirección con Aida Kemelmajer de Carlucci, Nora Lloveras y Marisa Herrera. La revista trasciende a su muerte como ella hubiera querido.

Cecilia fue una aguda jurista que se adelantó a su tiempo. Basta recordar algunas de sus obras anticipatorias. En 1976 publica junto a la Dra. Minyersky “Los convenios de liquidación de la sociedad conyugal” donde proponían, con base en la autonomía de la voluntad, la validez de estos convenios celebrados durante la separación de hecho de los cónyuges.

En pos del divorcio vincular da a luz “El proceso de divorcio. Derecho y realidad”, publicado en 1985 por la editorial Ábaco. En 1992, en “Familia ensamblada o reconstituida”, voz en la Enciclopedia de Derecho de Familia afirmaba: “El derecho debe imaginar regulaciones apropiadas que afirmen la posición de los integrantes de la familia ensamblada, dándoles mayor gravitación legal para reforzar el sentimiento de pertenencia al grupo doméstico y atenuar, al mismo tiempo, las ambigüedades originadas en la falta de guías institucionalizadas”.

Fue pionera en el campo de la investigación sobre el fenómeno de la violencia familiar. En 1992 publicó en coautoría con Silvia Mesterman la obra “Maltrato al menor. El lado oculto de la escena familiar”, y en 1994 “Violencia en la familia. La relación de pareja. Aspectos sociales, psicológicos y jurídicos”.

Toda su obra connota un fuerte compromiso con los derechos humanos y con las personas más vulnerables.

El Código Civil y Comercial está impregnado de su ADN en materia de divorcio sin expresión de causas, en la regulación de los derechos y deberes de los progenitores e hijos afines, en el niño como sujeto de derecho, su autonomía progresiva y el derecho a ser oído. En 1984 escribió sobre la entonces denominada “tenencia compartida”, receptada hoy bajo la denominación de cuidado personal compartido en sus dos modalidades.

Al lado de esos logros académicos hay otra faceta de Cecilia que no figura en ningún curriculum. Si hay una palabra que definió a Cecilia Grosman es la solidaridad, en los términos que puntualiza Bauman para distinguirla de la tolerancia. Dice este autor que la tolerancia es una expresión del

individualismo: se tolera la diferencia porque no hay más remedio que soportar la convivencia con la diversidad y, por lo tanto, ella se percibe en una relación de superioridad. En cambio, la solidaridad implica el reconocimiento del otro como ser diferente a todos, asumiendo que todos somos iguales en nuestra diversidad —porque todos somos diferentes en alguna medida— y haciendo comunión con los demás.

A quienes fuimos sus discípulos nos acompañó con generosidad; nos brindó cuanto espacio pudo para nuestro crecimiento como docentes. Fue prodiga con el conocimiento. Nos inculco una ética insobornable en el abordaje de los conflictos familiares que sostuvo con el ejemplo.

Rescatar estos valores nos parece tan o más importante que su extensa obra jurídica por cuanto asistimos a una época hostil a los principios de igualdad y solidaridad.

Cecilia seguirá con nosotros. Como decía el novelista francés Henri Barbusse: “La muerte es alguien que se retira de sí mismo y vuelve a nosotros. No hay más muertos que los llevados dentro por los vivos”.

Le debemos un homenaje.

Continuación de la Pág. 2

Sebastián I. Fortuna

Viví el nacimiento de este trabajo cuando elaboró su tesis de maestría, que recibió un sobresaliente con recomendación de publicación. Su tesis, base del libro, fue excelente. Más que una tesis de maestría escribió una tesis doctoral que tuvo el honor de dirigir.

El editor reconoció la excelencia de este trabajo, que no solo comenta el derecho positivo del Código Civil y Comercial de la Nación, sino que hace una crítica que seguramente servirá para superar la legislación vigente.

Sebastián está presente a través de su obra y lo seguirá estando cada vez que recordemos sus gestos de solidaridad y comprensión, así como su dedicación cotidiana para servir a la justicia y honrar la docencia.

XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2024

Universidad Austral

Los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2024 se llevaron a cabo las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en el Campus de la Universidad Austral ubicado en Pilar, Provincia de Buenos Aires.

La Comisión 7 “Familia” tuvo como tema “Efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión convivencial”; mientras que la Comisión 8 “Sucesiones” tuvo como tema: “Vocación sucesoria, relación afectiva y solidaridad”.

Teniendo en cuenta la relevancia del evento compartimos por este medio sus conclusiones.

Asimismo, incluimos en esta edición las ponencias elaboradas por los docentes de la Maestría Lidia B. Hernández, Luis A. Ugarte, Carlos A. Arianna y María J. Fernández, que fueron presentadas por Luis A. Ugarte y María J. Fernández en las citadas jornadas atento la imposibilidad de asistir a las mismas de la Dra. Lidia B. Hernández y el Dr. Carlos A. Arianna.

XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2024 Universidad Austral

Comisión N° 7 - Familia

Tema: “Efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión convivencial”

Conclusiones

I. Principios generales

1.- “La seguridad jurídica del documento autorizado con fe pública notarial ofrece un tratamiento de cuestiones familiares, desde la óptica de la justicia preventiva, resguardando legalidad y seguridad, para que el consentimiento sea otorgado en forma precisa, verificada la capacidad suficiente para celebrarlo, con información legal adecuada, con fuerza probatoria y ejecutiva documental”. POR UNANIMIDAD

2.- La autonomía de la voluntad ocupa un lugar preponderante en la regulación de las conductas privadas, aunque no absolutamente pues se debe equilibrar con el orden público familiar. POR MAYORIA

II. Régimen primario

1.- En los supuestos en los que, por efecto de la solidaridad establecida en la ley, uno de los cónyuges hubiera tenido que responder íntegramente por las deudas contraídas por alguno de ellos, el deber de contribución interno entre los codeudores debe definirse en función de los recursos económicos concretos de cada uno y no necesariamente por mitades. POR UNANIMIDAD

2.- En los supuestos en los que, por efecto de la solidaridad establecida en la ley, uno de los convivientes hubiera tenido que responder íntegramente por las deudas contraídas por alguno de ellos, el deber de contribución interno entre los codeudores debe definirse atendiendo, en primer lugar, a lo que los convivientes pudieran haber convenido en el pacto de convivencia, y, en segundo término, en función de los recursos económicos concretos de cada uno y no necesariamente por mitades. POR UNANIMIDAD

3.- Por el art. 676 del CCCN la obligación alimentaria del progenitor afín durante la convivencia tiene un

carácter subsidiario: el que debe prevalecer dado el orden público de las mandas relativas a los deberes emergentes de la responsabilidad parental, que contemplan los deberes del progenitor no conviviente en virtud del principio de especialidad por sobre los arts. 455 y 520, que no lo aclaran. POR MAYORIA

III. Convenciones matrimoniales

1.- Conforme los arts. 448 y 449 las convenciones matrimoniales, tanto las realizadas antes de la celebración del matrimonio, como las posteriores a dicha celebración deben formalizarse por escritura pública. POR UNANIMIDAD

2.- La opción por el régimen de separación de bienes a que se refiere el art. 446 inciso d) del CCCN debe formularse por escritura pública otorgada con anterioridad a la celebración del matrimonio. POR UNANIMIDAD

3.- *De lege ferenda*. Podría ampliarse el objeto de las convenciones matrimoniales (artículo 446 CCCN), especialmente en opción por régimen patrimonial de separación de bienes, en cuanto a pactos y condiciones que no contravengan el orden público familiar. POR MAYORIA

4.- Se recomienda que las normativas de los registros del estado civil y capacidad de las personas se adecuen a la legislación de fondo en cuanto a la observancia de la forma escritura pública para la convención matrimonial prenupcial de opción del régimen de separación. POR UNANIMIDAD

IV. Comunidad de ganancias

1.- De lege lata: El CCCN adopta la calificación única de los bienes en el matrimonio (teoría monista) dentro de un sistema de reconocimiento de recompensas al momento de la extinción del régimen de comunidad (arts. 464 y 465). Esta calificación unitaria de los bienes de titularidad exclusiva de cada uno los cónyuges deriva de la aplicación de los principios de incolumnidad de masas, accesión, subrogación real y mayor aporte, y permite reconocer al momento de la adquisición, aportes de distinta naturaleza que se resolverán al momento de la extinción del régimen a través de las recompensas. POR UNANIMIDAD

2.- De lege ferenda: Debe modificarse el 493 CCCN en el sentido de que la cuantificación de las recompensas se considere como un valor que debe calcularse en los términos del art. 772 CCCN. POR MAYORIA

3.-De lege lata: En la disposición de bienes, se deberá distinguir el asentimiento conyugal anticipado del poder especial para prestar asentimiento. El asentimiento anticipado debe versar sobre el acto en sí y sus elementos constitutivos (art. 457 del CCCN). En el caso del poder especial para prestar asentimiento, el instrumento de poder solo deberá individualizar el objeto sobre el que recae (art. 375 inc. b) del CCCN) y puede otorgarse a favor de un tercero o bien al propio cónyuge, excepto cuando se trate del asentimiento previsto en el art. 456 CCCN (vivienda familiar). POR MAYORIA

4.- De lege lata: El CCCN no exige que los cónyuges condóminos dividan el condominio judicialmente. POR MAYORIA

5.- De lege ferenda: Debe modificarse el título del art 471 CCCN “Bienes adquiridos conjuntamente” por “Bienes de titularidad conjunta”. POR MAYORIA

6.- Despacho de mayoría. De lege lata: Por analogía y teniendo en cuenta una hermenéutica sistémica entre los arts. 2437 y 480 del CCCN, debe aplicarse el efecto retroactivo de la extinción de la comunidad por causa de muerte o sentencia de muerte presunta a la fecha de la separación de hecho (14 votos).

Despacho de minoría. De lege lata: la retroactividad de la extinción a la separación de hecho que prevé el art. 480 CCC no se aplica a la extinción de la comunidad por muerte (8 votos).

7.- De lege ferenda: Se propone para una futura reforma, la modificación del art. 480 con el siguiente agregado en su segundo párrafo “...Debiendo aplicarse también la retroactividad de la extinción del régimen de comunidad en casos de separación de hecho previa al fallecimiento de uno de los cónyuges o sentencia de presunción de fallecimiento”. POR UNANIMIDAD

8.- De lege lata: Conforme al art. 482, debe interpretarse que durante la etapa de indivisión postcomunitaria, los cónyuges pueden celebrar acuerdos de administración, disposición, uso y goce de los bienes indivisos a los efectos de reglar en forma ordenada la gestión de sus bienes (art. 484). Podrán pactar, por ejemplo, la codisposición, la administración o disposición exclusiva con la previsión del asentimiento partitivo (art. 482). En caso de contener bienes registrables estos acuerdos deben inscribirse en los registros respectivos según la naturaleza de los bienes, a los efectos de su oponibilidad frente a terceros. POR MAYORIA

9.- De lege lata: En caso de indivisión postcomunitaria nacida por fallecimiento de uno de los cónyuges, el

supérstite podrá disponer de sus derechos gananciales a través del contrato de cesión de derechos gananciales (confr. art. 2308) que deberá presentarse en el expediente sucesorio a los efectos de cumplir con la publicidad suficiente que prescribe el inc. b. de art. 2302. POR UNANIMIDAD

10.- Las utilidades de la sociedad de capital propio que pasan a reservas voluntarias o a resultados no asignados, aumentando el patrimonio de la sociedad y su valor reflejo en las acciones propias durante la vigencia de la comunidad dan lugar a recompensa en favor de la comunidad al tiempo de la su liquidación. POR MAYORIA

11.- De lege ferenda: Los valores de erogación y provecho de los arts. 493 y 494 CCCN comparados a la disolución deben efectuarse a valores constantes, tanto entre la fecha de la inversión y la extinción como entre la fecha de la extinción y de la partición de la comunidad. POR MAYORIA

12.- En caso de mejoras de bienes propios con bienes gananciales, el art. 705 del CCCN en armonía con el art. 492 del CCCN, establecen que la carga de la prueba de la recompensa se encuentra en cabeza de quien la solicita. POR UNANIMIDAD

13.- Para delimitar la composición patrimonial, el efecto económico resultante, y la persistencia de un desequilibrio entre ex cónyuges, es relevante la liquidación y partición de la indivisión post comunitaria POR MAYORIA

14.- De lege lata: La acción de liquidación de la comunidad de ganancias no prescribe

15. De lege lata: El crédito por recompensas no prescribe si el reclamo integra la liquidación de la comunidad de ganancias. POR MAYORIA

16.- De lege lata: La acción fundada en fraude a la ganancialidad comprendida en la liquidación de la comunidad de ganancias no prescribe. POR MAYORIA

V. Uniones convivenciales

1.- De lege lata: La existencia de un pacto convivencial en los términos del art. 514 inc. c) del Código Civil y Comercial de la Nación, que establece la división de los bienes adquiridos por el esfuerzo común, inscripto en los registros respectivos según la naturaleza de los bienes (arts. 511 y 517), tiene eficacia partitiva al momento del cese de la unión convivencial (art. 523). POR MAYORIA

2.- Al invocar la figura de la sociedad de hecho en el contexto de la ruptura de la unión convivencial, se debe tener en cuenta que no es suficiente la sola alegación de un proyecto común con reparto de tareas. POR MAYORIA

3.- El enriquecimiento sin causa en el contexto de la ruptura de la unión convivencial, no puede basarse en la distribución de las tareas de cuidado, pues ello queda captado por la compensación económica que desplaza a la figura residual del enriquecimiento sin causa. POR MAYORIA

4.- La aplicación de efectos gananciales en el contexto de la ruptura de la unión convivencial no es apropiada, en tanto únicamente se deriva de la institución matrimonial. POR UNANIMIDAD

5.- La acción de reclamación de compensación económica no puede considerarse dentro de las acciones habilitadas por el art. 528 del CCCN. POR MAYORIA

6.- No es legítimo utilizar la compensación económica para conseguir una equiparación patrimonial o distribución de bienes no viable mediante acciones de división de la sociedad de hecho, o aquellas derivadas del enriquecimiento sin causa. POR MAYORIA

VI. Protección de la vivienda

1.- De lege lata: Se propone interpretar el artículo 526 en armonía con las normas sobre responsabilidad parental y tratados de derechos humanos y en consecuencia el plazo máximo de 2 años no se aplique [o el juez determinará el plazo de atribución] cuando la vivienda familiar se asigne al conviviente que residirá con los hijos menores de edad, con discapacidad o con capacidad restringida, incluso si el inmueble es propiedad exclusiva de uno de los ex convivientes. POR MAYORIA

2.- De lege ferenda: Se propone reformar el artículo 526 del CCyC incluyendo el siguiente párrafo: "...El plazo máximo de 2 años no se aplicará, cuando la vivienda familiar se asigne al conviviente que residirá con los hijos de los ex convivientes menores de edad, con discapacidad o con capacidad restringida, incluso si el inmueble es propiedad exclusiva de uno de ellos". POR MAYORIA

XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2024 Universidad Austral

Comisión N° 7 - Familia

Tema: “Efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión convivencial”

Título de la ponencia:

Utilidades de la Sociedad de Capital propio y recompensa a valor constante en la liquidación de la comunidad

Conclusiones

Las utilidades de la sociedad de capital propio que pasan a reservas voluntarias o a resultados no asignados, aumentando el patrimonio de la sociedad y el valor reflejo de las acciones propias durante la vigencia de la comunidad dan lugar a recompensa en favor de la comunidad al tiempo de la su liquidación.

Los valores de erogación y provecho de los arts. 493 y 494 CCCN comparados a la disolución deben efectuarse a valores constantes, tanto entre la fecha de la inversión y la extinción como entre la fecha de la extinción y de la partición de la liquidación de la comunidad.

Fundamentos

1.- Título: Utilidades de la sociedad de capital propio y recompensa.

Fundamentos

Las utilidades de la SA pueden: 1) capitalizarse, 2) pasar a reservas, 3) quedar como resultados no asignados y 4) distribuirlos la asamblea como dividendos.

El primer caso y el último están previstos como recompensas (1) o frutos del capital propio (4) pero los otros dos no.

El socio mayoritario del capital social propio en crisis conyugal no distribuirá dividendos para no engrosar como frutos de bienes propios a los bienes gananciales.

Pero pasar a reservas o resultados no asignados dichas utilidades no significa que no exista mayor valor del capital accionario propio: no es lo mismo tener el 20% de 100.000 que el mismo porcentaje de 200.000. Esto se verá en caso, por ejemplo, de venta de la empresa.

La mención que el trabajo personal está remunerado con honorarios o sueldos como director o empleado es insuficiente para prevenir el fraude entre cónyuges.

La comunidad de ganancias implica que toda ganancia obtenida durante su vigencia aumente la masa de gananciales y el principio general del art. 491 CCCN, primer párrafo, aconseja admitir la recompensa.¹

El revalúo no sigue la misma suerte porque es un recurso contable para ajustar valores que no son los reales del capital de la SA.

Si la SA distribuye dividendos y estos vuelven a ingresar para aumento de capital, hay aporte o inversión ganancial (arg. art. 464 inc. k CCCN) y por ende recompensa; pero si la SA aplica utilidades a reservas facultativas o a resultados no asignados se agrega un elemento adicional que el art. 491 no contempla (solo refiere a capitalización de utilidades), siendo viable una interpretación más amplia, para no privar al cónyuge del socio de la recompensa.

Hoy solamente contamos, en una interpretación estricta, con la prueba del fraude entre cónyuges, lo que dificulta seriamente la reclamación. Véase que el cónyuge del socio no es socio, no interviene en asambleas, y frecuentemente desconoce su convocatoria y resultado, además de estar sujeto a la caducidad de las reglas de la LGS, salvo que acredite una nulidad absoluta.

Si bien consideramos que es importante ponderar lo expresado en la memoria que acompaña al balance para determinar la buena administración y puede impugnarse esta administración sobre la base de que el socio que no percibe dividendos en realidad ve frustrado su derecho a participar en ganancias, consideramos que es razonable postular una interpretación extensiva del art. 491, tercer párrafo², en el sentido aconsejado por nuestra ponencia.

¹ El art. 491, primer párrafo, CCCN dispone que la comunidad debe recompensa al cónyuge si se ha beneficiado en detrimento del patrimonio propio, y el cónyuge a la comunidad si se ha beneficiado en detrimento

del haber de la comunidad.

² Esta norma indica: “... Si la participación de carácter propio de uno de los cónyuges en una sociedad adquiere un mayor valor a causa de la capitalización de utilidades durante la

2.- Título: Cómputo a valor constante en la liquidación y partición.

Fundamentos

El art. 1316 bis (ref. por ley 17711) preveía un ajuste equitativo de valores teniendo en cuenta la fecha de la inversión y las circunstancias del caso.

El nuevo CCCN³ alude a la apreciación de la erogación y el provecho en valor constante al día de la disolución del régimen y luego aplica el criterio análogo a la colación en sucesiones, considerando el estado de los bienes al tiempo de la extinción y de la liquidación.

Sin embargo, dado que la liquidación es camino de acceso a la partición y es en esta última etapa donde se especifica en bienes o se pagan los créditos, puede existir un lapso prudencial que justifique considerar todos los valores al tiempo de la partición, no de la disolución ni de la liquidación de la comunidad.

Frente a la depreciación económica de la moneda debe aplicarse el criterio del valor constante, pero llevado a la fecha más próxima a la partición, para no resultar criterios comparables que sean inequitativos y perjudicar al acreedor al percibir créditos en moneda envilecida.

Ratifica este criterio considerar a la recompensa como una obligación de valor, no de dinero, en la cual su satisfacción en moneda solamente es el medio para lograr la inalterabilidad de la prestación debida.

comunidad, el cónyuge socio debe recompensa a la comunidad. Esta solución es aplicable a los fondos de comercio.”

³ Art. 493. Monto. El monto de la recompensa es igual al menor de los valores que representan la erogación y el provecho subsistente para el cónyuge o para la comunidad,

al día de su extinción, apreciados en valores constantes. Si de la erogación no derivó ningún beneficio, se toma en cuenta el valor de aquélla.

Art. 494: Los bienes que originan recompensas se valúan según su estado al día de la disolución del régimen y según su valor al tiempo de la liquidación.

XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2024 Universidad Austral

Comisión N° 7 - Familia

Tema: "Efectos patrimoniales del matrimonio y de la unión convivencial"

Título de la ponencia:

Forma de la convención matrimonial y confirmación ulterior

Conclusiones

1.- La opción por el Régimen de Separación de Bienes a que refiere el art. 446 inciso d) del CCCN debe formularse por escritura pública otorgada con anterioridad a la celebración del matrimonio.

2.- La opción formulada sin observancia de la forma impuesta al acto puede ser confirmada por los esposos mediante el otorgamiento de la escritura pública respectiva con los requisitos establecidos por el art. 393 CCCN.

Fundamentos

1.- Título: Opción por el Régimen de Separación de Bienes. Forma.

Los actos jurídicos son reputados como "formales" o "no formales", según tengan o no una forma legal o convencionalmente impuesta. La imposición legal de una forma determinada se encuentra normalmente vinculada a la especial trascendencia social o económica que revisten ciertos actos.

La moderna finalidad de la forma es, sobre todo, la

¹ BETTI, Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico. Biblioteca de Derecho Privado. Ediciones Olejnik, 2018, p. 215.

² En los fundamentos se expresa: "El Anteproyecto admite, con limitaciones, el principio de la autonomía de la voluntad en el régimen patrimonial del matrimonio, y otorga a los contrayentes la opción para elegir entre dos regímenes de bienes... Esta elección se realiza por escritura pública antes

de asegurar contra toda duda la univocidad del acto y garantizar su seriedad, advirtiendo a quien lo realiza que aparea consecuencias sociales que han de ser bien ponderadas. Esta exigencia sólo la sienta el legislador de nuestros días en cuanto a los actos de más grave entidad¹.

Su observancia se encuentra directamente ligada con la eficacia del acto que se pretende realizar, la extensión de las solemnidades es reflejo de la intensidad de la protección dada al acto por parte del legislador.

Como fundamento de las solemnidades se han invocado, entre otros los siguientes: a) Favorecer la reflexión; b) Dotar de mayor precisión y claridad a las declaraciones de las partes; c) Cuidar la seguridad jurídica; d) Dar certeza del acto; e) Facilitar la prueba del acto; f) Proteger el orden público y la moral social, entre otros. En definitiva, el fundamento esencial de las solemnidades es la protección o tutela de los ciudadanos respecto de ciertos actos. En el campo del derecho de familia, dada la naturaleza de las relaciones de que se trata, la garantía de una forma solemne advierte a los particulares del acto que realizan, siendo ejemplos de ello el matrimonio, el reconocimiento del hijo, la adopción, etc.

A tenor de lo dispuesto por los arts. 446 y 448 CCCN, siendo la herramienta para el ejercicio de la opción por el régimen patrimonial matrimonial la "convención matrimonial", la misma debe ser efectuada por escritura pública.

No obstante, parte de la doctrina ha sostenido que la opción por el régimen de separación de bienes que pretendan realizar los contrayentes podría formularse frente al oficial público del Registro Civil, lo que se ha trasladado a la práctica de algunos registros; postura que se ha justificado en la aparente contradicción que existiría entre la letra de los incisos i] y j] del art. 420 y el art. 448 del Código Civil y Comercial y las referencias que, propiciando tal posibilidad, formulara la Comisión Redactora del mismo en los Fundamentos al Anteproyecto de Reformas²; las similitudes y diferencias entre el oficial público y el notario; y entre el acta matrimonial y la escritura pública³.

Entendemos que las convenciones matrimoniales

de la celebración del matrimonio o frente al funcionario del Registro del Estado Civil y la Capacidad de las Personas". AA.VV., "Código Civil y Comercial de la Nación", Di Lalla Ediciones, Buenos Aires, 2014, p. 63.

³ CARRILLO HERRERA, Gonzalo. Registro Civil y cuestiones patrimoniales. A propósito de la elección del Régimen Patrimonial del Matrimonio. Revista de Derecho Privado y Comunitario 2020-1. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2020, p. 115.

a que refiere el art. 446 del Código Civil deben ser otorgadas por escritura pública, y que la pretendida distinción entre “convención matrimonial” y “opción por alguno de los regímenes patrimoniales del matrimonio” no resulta de norma alguna que permita, en este último caso, apartarse de la forma instrumental impuesta.

El art. 448 es una norma especial, incluida en el Capítulo destinado a la regulación de las convenciones matrimoniales, que no ofrece dificultades interpretativas respecto de la formalidad instrumental impuesta al acto. Tampoco ofrece dudas la letra del art. 446 *in fine* que califica el acto por el cual los contrayentes formulen la opción por el régimen de separación de bienes como una convención matrimonial, que como tal, debe instrumentarse en la forma establecida por las disposiciones relativas a las mismas.

La exigencia de la escritura pública en materia de convenciones matrimoniales sigue la tradición jurídica de nuestra legislación (conf. art. 1223 C.C.), y fue también la forma impuesta por los Proyectos de Reforma del año 1993 (art. 497) y de 1998 (art. 440), y la prevaleciente en el derecho comparado en razón de la trascendencia personal y social del acto.

El citado art. 420 que fundamentaría la distinción formulada por la doctrina opuesta, en lo que aquí interesa, reza: “Acta de matrimonio y copia. La celebración del matrimonio se consigna en un acta que debe contener: ... i) declaración de los contrayentes de si se ha celebrado o no convención matrimonial y, en caso afirmativo, su fecha y el registro notarial en el que se otorgó; j) declaración de los contrayentes, si se ha optado por el régimen de separación de bienes ...”.

Dicho argumento no conmueve la exigencia de la escritura pública pues dichas normas abordan cuestiones diferentes: Mientras el art. 466 citado trata en especial de la “forma” que debe revestir el acto jurídico, el art. 420 refiere al modo de dotarlo de “publicidad” y “oponibilidad”, estableciendo las menciones que en cada caso deben constar en el acta matrimonial.

La separación en dos incisos del contenido del acta de matrimonio respecto de las menciones que debe contener resulta plenamente justificada; pues sin negar la condición de convención de ninguno de los actos referidos en el art. 446 los publicita en forma independiente, lo que resulta adecuado. Las convenciones a que refieren los incisos a) a c) apuntan a las relaciones internas de los cónyuges; mientras el régimen patrimonial al que los esposos queden sujetos adquiere fundamental trascendencia

para los terceros en su interacción patrimonial con los esposos (v.g. la necesidad de asentimiento conyugal para el otorgamiento de ciertos actos, ampliación de las facultades de agresión patrimonial de los acreedores, etc.). De ahí que no se limite a comunicar la existencia de la convención sino su contenido, es decir “la opción”.

Respecto de las expresiones de la Comisión Redactora en los Fundamentos del Anteproyecto, huelga señalar qué si las mismas no se encuentran plasmadas en el articulado del Código vigente, y sin perjuicio de su importancia, carecen de valor normativo, por lo que no pueden enervar el texto claro de la ley en orden al tipo de instrumento exigido.

Respecto de las similitudes entre los roles que desempeñan el oficial público y el notario, cabe señalar que si bien en ambos se ha delegado el ejercicio de una función pública fedante, su ámbito de su competencia es disímil y no intercambiable.

Finalmente, si bien tanto el acta de matrimonio como el instrumento notarial revisten el carácter de instrumento público (conf. art. 289 CCCN), uno de sus requisitos de eficacia es que cada uno de ellos sea otorgado por el oficial público dentro del ámbito de su competencia.

Finalmente, la exigencia formal cumple en el caso la finalidad de asegurar que las partes hayan contado con el adecuado asesoramiento y meritado la trascendencia del acto así como sus efectos; lo que resulta especialmente relevante en nuestro medio jurídico en razón del desconocimiento que en general existe en la ciudadanía sobre la materia por tratarse de una práctica con un incipiente desarrollo por no formar parte de las costumbres en nuestro país.

Debe señalarse que, en la actualidad, los registros civiles solicitan a los futuros contrayentes que señalen con una “X” en el formulario a completar al requerir turno para la celebración de las nupcias, entre otros datos, el régimen al que quedarán sujetos. En el contexto actual, donde prima el desconocimiento de los efectos de tal elección -incluso entre los operadores jurídicos-, dicha práctica puede resultar en la vulneración de los derechos de alguno de ellos que creyendo quedar sometido al régimen de comunidad, cuyo contenido fundamental conocen por su extensa difusión social, se encuentren en el futuro -pasados muchos años de matrimonio, inmersos en una situación de la que no han tenido cabal conocimiento o comprensión.

Cabe sostener, finalmente, que existiendo una norma expresa en materia de forma, y aún cuando las divergencias interpretativas fueran fundadas, una actuación prudente y diligente aconsejan el respeto a

las mismas con la finalidad de satisfacer elementales principios de seguridad jurídica en protección de los propios esposos y el resguardo de los derechos de los terceros.

2.- Título: Confirmación.

Dentro del esquema conceptual desarrollado la convención matrimonial en la que se plasma la opción por el régimen de separación de bienes es calificada como un acto jurídico formal debiendo otorgarse por escritura pública.

Dicha forma instrumental no les ha sido impuesta bajo pena de nulidad, por lo que se trataría de un acto formal de solemnidad relativa. El defecto de forma determinaría que se trate de un acto viciado de nulidad, la que a tenor de lo anteriormente expuesto sería de carácter relativo, por lo que en tal caso la opción resultará inhábil para producir los efectos que le son propios, tanto entre las partes como respecto de terceros, aun cuando cuente con publicidad.

De allí que la opción en la que se prescindió del cumplimiento de la forma podría ser expresamente confirmada por los interesados mediante el otorgamiento del acto otorgado en la forma legalmente impuesta, es decir, la escritura pública que recoja la voluntad concurrente de ambos esposos o contrayentes en tal sentido (art. 388 CCCN), en la que se deberá dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el art. 393 CCCN.

De acuerdo a lo dispuesto por el art. 395 CCCN, el acto de confirmación de un acto entre vivos tiene efectos retroactivos a la fecha en que el mismo se celebró. Es decir: El acto originalmente nulo producirá entre las partes sus efectos típicos desde el momento en que tuvo lugar el acto anulable, quedando a salvo los derechos de terceros.

XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2024 Universidad Austral

Comisión N° 8 - Sucesiones

Tema: Vocación sucesoria, relación afectiva y solidaridad

Conclusiones

I. Vocación hereditaria legal del conviviente

1.-El legislador no debe otorgar vocación sucesoria ab intestato fundada únicamente en una relación socioafectiva. POR MAYORÍA (13). ABSTENCIONES (7)

2.-Las sucesiones intestadas sólo favorecen a los parientes legales, a los que tienen un vínculo jurídico formal y establecido con el causante. Las relaciones informales que dan cuenta de una proximidad afectiva o emocional, pero que no constituyen un vínculo jurídico ni dan lugar a un parentesco, no tienen cabida en el marco de las sucesiones intestadas. Estas personas que sólo tienen con el causante una proximidad de hecho, sólo pueden concurrir a la herencia si el causante las convoca a través de un testamento ajustado a las formas legales y que se baste a sí mismo. El régimen vigente hoy, debe mantenerse en el futuro sin modificación. A FAVOR (4). EN CONTRA (17). ABSTENCIONES (6).

3.-De lege lata: "El sistema sucesorio argentino es aplicable al conviviente supérstite cuando su omisión lesione derechos fundamentales atento a que la solidaridad familiar y socioafectividad constituyen los fundamentos más relevantes de la vocación sucesoria erigiéndose ambos en fuente del llamamiento hereditario." A FAVOR (5). EN CONTRA (13).

4.-De lege ferenda: "Debe reformularse el sistema sucesorio argentino regulándose la vocación sucesoria del conviviente atento a la vigencia de los principios de protección integral de las diversas formas familiares, solidaridad familiar y socioafectividad". A FAVOR (14). EN CONTRA (4).

5.- Considerar la incorporación a la legislación vigente de un derecho a la sucesión del conviviente con determinados requisitos como sucesor legítimo, sin ser legitimario, concurriendo con colaterales, y determinarle una porción atribuible en función de los

herederos legítimos que concurren con él. A FAVOR (2). EN CONTRA (17).

6.- El conviviente supérstite es heredero forzoso siempre que acredite una convivencia de dos años y con derechos iguales a los del cónyuge supérstite. A FAVOR (2). EN CONTRA (17). ABSTENCIONES (2).

7.- El conviviente supérstite deberá contar con legítima sobre los bienes integrantes del acervo hereditario. Concorre con un ¼ de la herencia con los descendientes, y se divide por cabeza con los ascendientes. La legítima de los convivientes deberá ser de un 1/3 de los bienes. A FAVOR (3); EN CONTRA (11). ABSTENCIONES (7).

8.- La legislación debe reconocerles derechos hereditarios bajo determinadas circunstancias; entre ellos, una cantidad no menor a cuatro años de convivencia; que hayan adquirido bienes durante la convivencia y que se encuentren a nombre del causante. En este caso tomará el 50% de los bienes adquiridos a título oneroso durante la unión convivencial, excluyendo a los colaterales y sin reconocerlo como legitimario. A FAVOR (5). EN CONTRA (9). ABSTENCIONES (7).

9.- Deben otorgarse derechos sucesorios intestados al conviviente supérstite que reúna los requisitos del art. 510 y concordantes del CCCN. Deberá establecerse un nuevo orden hereditario por el cual la o el conviviente supérstite sea heredera legitimaria, bajo las siguientes pautas: a) si concurre con descendientes y ascendientes tendrá vocación hereditaria únicamente sobre los bienes adquiridos durante la unión. En el primer supuesto tendrá la misma parte que un hijo y en el segundo tendrá derecho a la mitad de los bienes; b) su legítima será de un quinto sobre los bienes adquiridos durante la unión; c) a falta de descendientes y ascendientes tendrá vocación hereditaria sobre toda la herencia, excluyendo a los colaterales. A FAVOR (6). EN CONTRA (9). ABSTENCIONES (9).

10. Es necesario que en una futura reforma legislativa se reconozca vocación sucesoria como heredero no legitimario al conviviente supérstite quien, al momento del fallecimiento del causante, conformaba una unión convivencial registrada de 5 años. A FAVOR (8). EN CONTRA (7). ABSTENCIONES (10).

II. Derecho real de habitación del conviviente supérstite

1.- Es conveniente, justo y razonable promover una nueva regulación legal del derecho de habitación del

conviviente supérstite, conforme los postulados de la equidad, solidaridad familiar, los derechos fundamentales de los involucrados y el fin tuitivo de la institución, dado que la norma del art. 527 del CCC no atiende integralmente a ellos. A FAVOR (21). EN CONTRA (1). ABSTENCIONES (3).

2.- De lege lata: El plazo de duración previsto en el art. 527 del CCC comienza a correr desde que es reconocido mediante decisión judicial y/o admitida expresamente su procedencia y extensión por los herederos. A FAVOR (5). EN CONTRA (17). ABSTENCIONES (5).

3.- De lege ferenda: Se propone modificar el art. 527 del CCC ampliando el plazo a cinco años. A FAVOR (10). EN CONTRA (8). ABSTENCIONES (9).

4.- Se propone modificar el art. 527 del CCC ampliando el plazo máximo a 10 años. Ello en consideración al plazo que se estableció para mantener la indivisión hereditaria. A Favor (1). EN CONTRA (18). ABSTENCIONES (7).

5.- De lege ferenda: Debe reconocerse al conviviente heredero que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes para acceder a ella, el derecho de habitación, de manera vitalicia, gratuita, de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante o de ambos convivientes, que no se encuentre en condominio con terceros y que haya constituido el hogar familiar de los convivientes. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante y se extinguirá en el caso que el conviviente supérstite constituya una nueva unión convivencial, contraiga matrimonio o adquiera una vivienda propia o bienes suficientes para adquirirla. A FAVOR (10). EN CONTRA (12). ABSTENCIONES (4).

III. Exclusión hereditaria

1.- De lege ferenda: a) Corresponde reincorporar la desheredación a nuestro derecho positivo. b) Debería establecerse como causal de desheredación la ausencia manifiesta y continuada de relación familiar entre el causante y el legitimario, si es por una causa exclusivamente imputable al legitimario. A favor (25). En contra (1). Abstenciones (1).

2.- De lege lata: La situación fáctica de la separación de hecho por voluntad de uno o de ambos cónyuges hace presumir la falta de afecto y de proyecto de vida en común como regla. A favor (4). En contra (12). Abstenciones (10).

3.- De lege lata: La comprobación en el proceso sucesorio de la separación de hecho sin voluntad de

unirse o por sentencia basada en la falta de afecto y de proyecto de vida en común habilita a no incluir al cónyuge supérstite en la declaratoria de herederos. A favor (6). En contra (12). Abstenciones (8).

4.- De lege ferenda: Se propone modificar el párrafo final del artículo 2436 por el siguiente “salvo que de las circunstancias del caso resulte que el matrimonio no tuvo por finalidad la captación de la herencia”. A favor (23). En contra (1).

IV. Mejora especial

1.- Se propone la reforma del art. 2448 incluyendo al cónyuge como beneficiario de la mejora estricta. A favor (21). En contra (4). Abstenciones (1).

2.- Se propone incorporar lo siguiente: “Artículo 2448 bis. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, 1/10 de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a los descendientes que hayan realizado tareas de cuidado en desmedro de su desarrollo personal”. A favor (15). En contra (5). Abstenciones (7).

3.- De lege ferenda: realizar una reforma al actual artículo 2448 del Código Civil y Comercial en virtud de la cual se pueda otorgar, con independencia de la porción disponible, un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a favor de los descendientes, los ascendientes y el cónyuge; y que dicha mejora se pueda fundar no sólo por cuestiones de discapacidad, sino también por razones de solidaridad familiar, afecto y/o gratitud. A favor (16). En contra (4). Abstenciones (5).

4.- Se propone de lege ferenda incorporar en el Código Civil y Comercial de la Nación, el siguiente párrafo al final del art. 2445: “Si el causante no dispuso de la porción disponible, el heredero legitimario podrá ampliar su porción legítima, tomando de la porción disponible, siempre que acredite haber realizado tareas de asistencia y/ o cuidado al causante, en mayor medida que los otros herederos legitimarios, a pesar de que éstos se hallaban en condiciones de hacerlo. Procederá una vez acreditados los presupuestos ante el Juez del sucesorio”. A favor (4). En contra (16). Abstenciones (5).

5.- Respecto de las demás personas unidas por un vínculo socio afectivo, entendemos que se podría otorgar una mejora a favor, no sólo de un descendiente o ascendientes con discapacidad (art.

2448CCC) sino también a favor del cónyuge o conviviente supérstite, aún con una porción de mejora sugiriendo que sea de 1/5 de la porción legítima. A favor (6). En contra (11). Abstenciones (9).

aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 2372 y ante la falta de una disposición expresa que resuelva la situación. A favor (3). En contra (12). Abstenciones (7).

V. Porción legítima y socioafectividad

1.- De Lege ferenda: se propone que la porción de legítima se unifique en un medio para todos los herederos con derecho a ella. A favor (17). En contra (2). Abstenciones (6).

VI. Pactos. Planificación sucesoria

1.-De Lege Lata: La norma prohibitiva receptada por el art. 1670 del CCCN debe ser interpretada conforme la regla general contenida en el art. 1010 del propio CCCN. De manera que el art. 1670 CCCN no es más que la reiteración de la regla general receptada por el art. 1010 CCCN primer párrafo, pero que, sin dudas habilita a sostener y entender legales las excepciones previstas en el segundo párrafo del propio art. 1010 CCCN donde se habilita conforme objeto y finalidad ciertos bienes y derechos como excepción a la regla en el marco de cualquier contrato, incluso y porque no el propio fideicomiso. A favor (21). Abstenciones (2).

VII. Otros

1.-Se propone de Lege Ferenda incorporar en el Título IX "Sucesiones Intestadas" Capítulo 4 "Sucesión del Cónyuge", el artículo 2433 bis que consagra el derecho sucesorio de la nuera y yerno viudos y sin descendientes, con el siguiente texto: Artículo 2433 bis: "El viudo o viuda que permaneciere en ese estado y no tuviere descendientes, o que si los tuvo no sobrevivieren al momento en que se abrió la sucesión de los suegros, o si aquéllos fueron declarados indignos o hubieren renunciado a la sucesión, no existiendo quienes lo representen, tendrá derecho a la cuarta parte de los bienes que le hubieren correspondido a su cónyuge en dichas transmisiones hereditarias. De no existir herederos legítimos o testamentarios del causante, tendrá derecho al todo de la herencia. Este derecho no podrá ser invocado en los casos de los artículos 2436 y 2437". A favor (3). En contra (17). Abstenciones (2).

2.- Debe reconocerse el derecho a la atribución preferencial previsto en los arts. 2380 y 2381 CCCN al heredero conviviente sobreviviente. En este sentido, consideramos que debe interpretarse que el derecho de la atribución preferencial debe ejercerse dentro de los treinta días de aprobación del avalúo por

XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2024 Universidad Austral

Comisión N° 8 - Sucesiones

Tema: Vocación sucesoria, relación afectiva y solidaridad

Título de la ponencia:

Derecho Sucesorio del Conviviente

Conclusiones de Lege Ferenda

1.- *Deben otorgarse derechos sucesorios intestados al conviviente supérstite que reúna los requisitos del art. 510 y concordantes del CCCN.*

2.- *Deberá establecerse un nuevo orden hereditario por el cual la o el conviviente supérstite sea heredera legítima, bajo las siguientes pautas:*

a) *si concurre con descendientes y ascendientes tendrá vocación hereditaria únicamente sobre los bienes adquiridos durante la unión. En el primer supuesto tendrá la misma parte que un hijo y en el segundo tendrá derecho a la mitad de los bienes.*

b) *su legítima será de un quinto sobre los bienes adquiridos durante la unión.*

c) *a falta de descendientes y ascendientes tendrá vocación hereditaria sobre toda la herencia, excluyendo a los colaterales.*

Fundamentos

1.- Título: Sobre los derechos hereditarios del conviviente. Fundamentos.

La regulación de las uniones convivenciales que establece el Código Civil y Comercial representa un avance significativo en la protección de estos núcleos familiares. El diseño que ha seguido parte del principio de autonomía de voluntad (arts. 513, 514) con dos importantes limitaciones: a) un conjunto de normas imperativas que establecen el derecho de asistencia durante la convivencia, contribución a las cargas familiares en los mismos términos que el matrimonio, la responsabilidad solidaria por la deudas contraída por uno de los convivientes para atender las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y

educación de los hijos también con el mismo alcance que el matrimonio, y la protección de la vivienda familiar si la unión ha sido inscripta (arts. 519,520, 521y 522); b) el orden público, el principio de igualdad y los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión (art. 515). Este esquema pretende asegurar un equilibrio entre la libertad y la solidaridad en las relaciones familiares.

Dentro de ese núcleo de derechos indisponibles, materia siempre opinable, consideramos que debe otorgarse vocación hereditaria ab intestato al conviviente supérstite con rango legítimo, en razón de los siguientes fundamentos.

A.- Esta forma de organización familiar se halla protegida por la Constitución Nacional y diversos tratados internacionales, como el Pacto de San José de Costa Rica, el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, entre otros. El art. 14 bis de la CN no limita la protección constitucional de la familia a la surgida exclusivamente del matrimonio. Por su parte la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma: "En la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo tradicional. El concepto de vida familiar no está reducido únicamente al matrimonio y debe abarcar otros lazos familiares de hecho donde las partes tienen vida en común por fuera del matrimonio". (Ver Atala Riffo y niñas vs. Chile, 24-2-2012; Forneron e hija vs. Argentina, 27-4-2012; Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica, 28-11-2012)

B.- El análisis de la realidad social evidencia un incremento de esta forma de vida familiar, así lo atestigua el censo del 2010 de Población, Hogar y Vivienda. El total de personas casadas y en pareja de 14 años y más es de 16.703.00, de ese universo las personas casadas son un total 10.222.566 (61,20%) y las personas en pareja, un total de 6.480.434 (38,80%). En las Provincias cuyo índice de pobreza e indigencia es más alto, la cantidad de personas que viven en pareja se eleva, incluso en la Provincia de Formosa supera el número de parejas casadas (el 54,49% viven en pareja y 45,52% en matrimonio). El censo poblacional del año 2022 no abordó la cuestión, no obstante datos de la Provincia de Buenos Aires dan cuenta del avance significativo de las uniones no matrimoniales, sobre todo que la estadística solo refleja las uniones convivenciales inscriptas. Así en el año 2015 el total de matrimonios arrojó la suma de 44.149 y de uniones convivenciales la cantidad de 1.700 y en año 2023 la cantidad de matrimonio fue de 54.127 y de uniones convivenciales 37.049. Este dato de la realidad social en orden a la vocación hereditaria

del conviviente supérstite justifica el debate legislativo acerca de su procedencia.

C.- La inclusión de la vocación hereditaria del conviviente supérstite dentro del núcleo de derechos indisponibles armonizaría nuestro derecho interno con el sistema regional del MERCOSUR, y otros países de Latinoamérica, fortaleciendo la integración. Los países integrantes del Mercosur, Brasil (art. 1790 del código civil), Paraguay (Ley 1/92, arts. 91 a 93), Uruguay (art. 11 ley 18246/08), Venezuela (art. 77 de la Constitución Nacional) y Bolivia, en proceso de adhesión (art. 1108 del código civil) reconocen derechos hereditarios al conviviente. Se inscriben en la misma línea Perú (arts. 326 y 724 del código civil) y Ecuador (art. 68 de la Constitución Nacional y art. 231 del código civil). Difieren en el régimen de concurrencia con otros órdenes hereditarios y en asignarle el carácter de legitimario, Brasil, Paraguay y Uruguay no le otorgan legítima, en cambio Venezuela, Perú y Bolivia se la conceden en tanto equiparan al conviviente y al cónyuge supérstite.

D.- En el derecho de familia ha penetrado con mayor intensidad el afecto de las relaciones familiares, es decir vínculos afectivos que no necesariamente reconocen lazos de parentesco, que a la vez traduce un debilitamiento del elemento biológico o genético en beneficio del elemento afectivo. Diversas disposiciones del CCCN reconocen efectos jurídicos a vínculos cimentados en el afecto, a guisa de ejemplos el derecho de comunicación de quienes justifiquen un interés afectivo legítimo (art. 556), el protagonismo del referente afectivo en el procedimiento de declaración judicial de adoptabilidad (arts. 607 y 608), el derecho a continuar la locación en las condiciones pactadas de quienes acrediten haber recibido del locatario ostensible trato familiar (art. 1190), el consentimiento informado para actos médicos que pueden prestar las personas allegadas al paciente (art. 59), la legitimación activa para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales quienes conviven con el damnificado recibiendo trato familiar ostensible (art. 1741), entre otros.

Pero ha sido, sin duda, desde el ámbito jurisprudencial donde el afecto ha evidenciado un impacto notorio en situaciones complejas. Mediante la apelación a la socioafectividad, que reconoce antecedentes en la posesión de estado, y la aplicación de normas constitucionales/convencionales ha dictado pronunciamientos que reconocen supuestos de triple filiación, cuyo fundamento no es otro que el afecto arraigado.

En función de la íntima vinculación entre el derecho de familia y el sucesorio, en especial en la

sucesión intestada y el sistema de legítimas, nos parece que la socioafectividad debe permear el orden sucesorio de fuente legal.

E.- Si bien se han dado diversos fundamentos al fenómeno de la transmisión *mortis causa* en general, en la sucesión intestada no puede prescindirse, atendiendo a los órdenes hereditarios que establece la ley, del afecto presunto del causante. Y ese afecto está presente en la unión convivencial pues desde lo ontológico no hay diferencias entre ésta y el matrimonio.

F.- Es cierto que no existe obstáculo para que el conviviente resulte sucesor "*mortis causa*" por vía de testamento, con las restricciones que resulten de la existencia de herederos legitimarios. Pero es evidente que no es lo mismo ser heredero ab intestato que testamentario. Por lo pronto esta última fuente del llamamiento hereditario requiere de un acto positivo y formal de expresión de voluntad, a diferencia de la sucesión legítima en que basta un no hacer, por cuanto es la ley quien se encarga de atribuir la vocación hereditaria.

Si a ello se aduna la escasa cultura testamentaria en nuestro país, sobre todo en sectores sociales menores recursos, será poco probable la recurrencia al testamento y por lo tanto garantizar adecuadamente el derecho hereditario del conviviente.

G.- La solución de la vocación hereditaria del conviviente no puede ser idéntica a la del cónyuge por dos razones: a) si bien ambas formas de organización familiar están precedidas por los principios de libertad y solidaridad, la autonomía de la voluntad es más intensa en la unión convivencial, luego igualarlas conspiraría con dicho principio: b) carecería de sentido legislar dos instituciones familiares con los mismos efectos.

Título: Respeto del orden hereditario. Fundamentos.

En cuanto al orden hereditario que proponemos hemos tomado como fuente la solución del Código Civil de Brasil (art. 1790) con modificaciones. Se ha ponderado la proximidad del vínculo afectivo del conviviente y la discriminación con el cónyuge en función de lo afirmado en el apartado anterior. En cuanto a las modificaciones respecto de su fuente nos inclinamos por otorgarle una porción legítima, aunque limitada respecto del cónyuge, tanto en su cuantía como sobre los bienes afectados a su cálculo. Y en cuanto al patrimonio sobre el cual tendrá vocación hereditaria discriminamos el caso en que concurra con descendientes y ascendientes. supuesto en que

se limitará exclusivamente a los bienes adquiridos durante la unión, del caso en que no sobrevivan descendientes ni ascendientes, supuesto en que no se atenderá al origen de los bienes y por lo tanto el conviviente tendrá derecho a toda la herencia desplazando a los colaterales.

XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2024 Universidad Austral

Comisión N° 8 - Sucesiones

Tema: Vocación sucesoria, relación afectiva y solidaridad

Título de la ponencia:

Derecho real de habitación vitalicio y gratuito al conviviente supérstite. Atribución preferencial

Conclusiones de lege ferenda

1.- Debe reconocerse al conviviente heredero que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes para acceder a ella, el derecho real de habitación, de manera vitalicia, gratuita, de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante o de ambos convivientes, que no se encuentre en condominio con terceros y que haya constituido el hogar familiar de los convivientes. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante y se extinguirá en el caso que el conviviente supérstite constituya una nueva unión convivencial, contraiga matrimonio o adquiera una vivienda propia o bienes suficientes para adquirirla.

2.- Debe reconocerse el derecho a la atribución preferencial previsto en los arts. 2380 y 2381 CCCN al heredero conviviente sobreviviente. En este sentido, consideramos que debe interpretarse que el derecho de la atribución preferencial debe ejercerse dentro de los treinta días de aprobación del avalúo por aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 2372 y ante la falta de una disposición expresa que resuelva la situación.

Fundamentos

1.- Título: Derecho real de habitación del conviviente supérstite heredero.

Fundamentos

Como consecuencia de proponer de *lege ferenda* la inclusión de la vocación hereditaria del conviviente

supérstite, también proponemos modificar la restricción que surge del art. 527 del Código Civil y Comercial que establece un plazo máximo de dos años en el supuesto de atribución de la vivienda por fallecimiento del conviviente, aunque manteniendo las causas de extinción en los casos de que se contraiga nuevo matrimonio, se constituya nueva unión convivencial, contraiga matrimonio o adquiera una vivienda propia o bienes suficientes para acceder a ella.

Más allá de las posiciones que se sostengan en cuento a los fundamentos del derecho de habitación viudal, consideramos que el desigual tratamiento que se le ha dado en el Código vigente respecto del derecho del cónyuge supérstite previsto en el art. 2383 resulta injustificada frente al conviviente supérstite al que se reconoce actualmente el plazo muy restringido de dos años; máxime cuando la convivencia se ha mantenido durante muchos más años que los previstos en el art. 510 Código Civil y Comercial.

De allí que igualamos el derecho de habitación del conviviente a los caracteres que se le reconocen al cónyuge supérstite;

El inmueble debe haber sido propiedad del causante

El inmueble debe ser habitable

La totalidad del inmueble debe integrar el acervo

El inmueble debe haber constituido el hogar familiar

Concurrencia a la sucesión de otros herederos y legatarios

El artículo vigente no hace referencia a la concurrencia de herederos y legatarios. De todas maneras, en la mayoría de los casos, de no cumplirse este requisito, el derecho de habitación del cónyuge o del conviviente que proponemos carecería de aplicación, ya que, al adquirir el supérstite el dominio exclusivo del inmueble, no tendrá sentido el desmembramiento del dominio que ese derecho supone. El derecho de habitación se puede oponer a los sucesores incapaces que concurren a la sucesión.

No hace mención al valor del inmueble.

Como se ha interpretado al comentar el art. art. 2383 CCCN también el juez en el caso del derecho que le reconocemos al supérstite deberá valorar si se cumple el fin asistencial de la ley o, en todo caso, si invocar el derecho de habitación del conviviente constituye un verdadero abuso del derecho, teniendo presentes las características del inmueble.

Al igual que se reconoce al cónyuge supérstite proponemos que el derecho de habitación del conviviente sea de pleno derecho, gratuito, vitalicio.

No pueda cederse, ni embargarse por los acreedores del habitador. Además que pueda renunciarse.

O sea que el conviviente supérstite puede renunciar a este derecho después de la muerte del causante, en forma expresa o a través de actos incompatibles con el beneficio.

Por último, mantenemos las causales de extinción del derecho de habitación que proponemos en los casos del art. 527 CCCN, diferenciándolo del reconocido al cónyuge supérstite.

2.- Título: Atribución preferencial.

Fundamentos

Proponemos de *lege ferenda* reconocer el derecho a la atribución preferencial previsto en los arts. 2380 y 2381 CCCN al heredero conviviente sobreviviente. En este sentido, consideramos que debe interpretarse que el derecho de la atribución preferencial debe ejercerse dentro de los treinta días de aprobación del avalúo.

Dado la condición de heredero asignada al conviviente supérstite, consideramos que debe contar con la prerrogativa de la atribución preferencial en la partición, prevista en los arts. 2380 y 2381 CCCN.

Para ello, tomamos como aplicable el plazo previsto para la licitación del art. 2372 CCCN es decir treinta días desde la aprobación de la tasación.

Ello así, pues los arts. 2380 y 2381 no fijan plazo para el ejercicio del pedido de atribución preferencial, por lo que, sin utilizar la analogía, resultará de utilidad interpretar aplicable el plazo fijado también en materia de partición, en el caso de licitación, es el que debería tomarse para el ejercicio del derecho de atribución preferencial que proponemos reconocer al conviviente supérstite.

La socioafectividad en los procesos judiciales de niñas, niños y adolescentes privados de cuidados parentales

Por Ana Belén Mugarti¹

a Sebastián

I. Introducción.

La elección del tema se centró en la necesidad de indagar aspectos vinculados con la porosidad del concepto de socioafectividad en el ámbito de los procesos judiciales seguidos respecto de niñas, niños y adolescentes privados de cuidados parentales a partir de la incorporación al Código Civil y Comercial de la figura del referente afectivo, del proceso sobre declaración de la situación de adoptabilidad y de las guardas².

En particular a partir de las modificaciones introducidas durante el debate parlamentario que

precedió a la sanción el Código Civil y Comercial con la finalidad de suprimir las referencias a las figuras del referente afectivo o del tercero idóneo contenidas en los artículos 104, 611, 643 y 657 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial³.

Las principales razones que me condujeron a elegir el tema fueron los acalorados debates suscitados durante el proceso de redacción y sanción del proyecto de Código Civil y Comercial respecto de la decisión de mantener o suprimir la referencia a los vínculos socioafectivos incorporada en la versión original del Anteproyecto⁴; la diversidad de pronunciamientos jurisprudenciales que rápidamente comenzaron a interpretar el silencio legal receptado por el Código Civil y Comercial en materia de guarda a favor de personas no parientes, y el carácter histórico de las disputas acerca de cómo debe intervenir el estado en los arreglos de crianza, especialmente en aquellos que se observan en las familias provenientes de sectores populares.

II. Planteo del problema.

En primer lugar, el trabajo tuvo por objeto reconstruir el contexto normativo en el que sitúa la

jueces de apartar, excepcional y temporalmente, a un niño de su familia nuclear cuando se verifique que su permanencia en este medio familiar resulta contraria a su interés superior. En definitiva, se trata de regular las consecuencias jurídicas de medidas excepcionales como las previstas en los artículos 39 y siguientes de la ley 26061 que implican que el niño permanece transitoriamente en medios familiares alternativos. De este modo, al establecer los deberes y derechos de los guardadores, se torga seguridad jurídica a este tipo de situaciones complejas”.

⁴ La redacción original de las normas citadas expresaba: “104. Si se hubiera otorgado la guarda a un tercero de conformidad con lo previsto en el Título de la responsabilidad parental, la protección de la persona y bienes del niño, niña y adolescente puede quedar a cargo del guardador por decisión del juez que otorgó la guarda, si ello es más beneficioso para su interés superior; en igual sentido, si los titulares de la responsabilidad parental delegaron su ejercicio a un tercero. En este caso, el juez que homologó la delegación puede otorgar las funciones de protección de la persona y bienes de los niños, niñas y adolescentes a quienes los titulares delegaron su ejercicio. En ambos supuestos, el guardador es el representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial.” 643. Delegación del ejercicio: En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a *un pariente o un tercero idóneo...*”. En la misma línea se disponía: “657. Otorgamiento de la guarda a un pariente. En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a *un tercero, pariente o no*, por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual...”.

¹ La presente tesis de maestría fue defendida con fecha 14/10/2024, interviniendo como directora de tesis la profesora María Victoria Famá y como jurados las profesoras Lidia B. Hernandez, María José Fernández y Moira Revsin.

² El proceso de declaración judicial de adoptabilidad se encuentra regulado en los artículos 607 a 610 del CCyC, las guardas a favor de parientes en los artículos 643, 657 y en la excepción a la prohibición contenida en el artículo 611 y la socioafectividad en materia de guarda o cuidado se encuentra prevista en el artículo 607 penúltimo párrafo del CCyC.

³ Sobre el punto, los fundamentos del Anteproyecto señalan: “La experiencia social y la praxis judicial muestran una significativa cantidad de casos en los que, por diversas circunstancias, los progenitores dejan a sus hijos al cuidado de un tercero (familiar o no, como por ejemplo un vecino). Estas situaciones no han sido previstas expresamente por el ordenamiento jurídico que sólo aporta soluciones drásticas para aquellos supuestos en que la separación del niño de su familia nuclear tiene visos de permanencia, como son la adopción o la tutela. El Anteproyecto cubre este vacío al reconocer efectos jurídicos a las relaciones entre el niño y los adultos temporalmente responsables de su cuidado, por delegación conjunta de ambos progenitores o de uno de ellos. Dad la importancia e implicancias que tiene esta delegación y la necesidad de dar seguridad al niño y a los delegatarios se establece: a) un tiempo determinado, con el objeto de evitar un desentendimiento prolongado de las responsabilidades parentales; b) la homologación judicial en consonancia y analogía con el sistema que crea la ley 26061 y legislaciones provinciales afines según el cual toda medida de separación del niño de su familia debe serlo con el correspondiente “control de legalidad” (conf. Art.40, 2do párr.)...En casos extremos, por decisión judicial, la guarda puede ser otorgada a un tercero. El anteproyecto suple la actual carencia de normativa y regula la facultad de los

guarda a favor de las personas no parientes a partir de tres ejes:

a) el concepto amplio de familia recogido por los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, por la Convención sobre Derechos del Niño al referirse a “miembros de la familia ampliada o comunidad” (art .5), “cualquier persona que lo tiene a su cargo” (art. 19) o “encargados o responsables” (arts. 26 y 27);

b) la incompatibilidad de dicho concepto amplio y convencional con la regulación de las guardas restringidas al parentesco previstas en el Código Civil y Comercial (607, 611, 643, 657 y ccs) y

c) las limitaciones del ordenamiento jurídico, estructurado a partir de un modelo hegemónico de familia, para reconocer y proteger prácticas culturales de desplazamiento temporal y parcial de niños, niñas y adolescentes provenientes de familias de los sectores populares.

Bajo esas premisas, el objetivo general del trabajo se centró en reordenar dicho marco normativo y problematizarlo en relación con otras fuentes del derecho –como la jurisprudencia, las opiniones y/o decisiones emanadas de los órganos de monitoreo de los instrumentos internacionales de derechos humanos, la doctrina y el derecho comparado– poniendo el énfasis en la necesidad de localizar los límites conceptuales entre las situaciones no reguladas y las expresamente prohibidas.

Para ello, se establecieron objetivos particulares que estructuraron el desarrollo de cada capítulo.

En primer lugar, se procuró contextualizar el conflicto desde una perspectiva histórica y social que permita poner de relieve las limitaciones legales impuestas a la filiación y al parentesco como hecho social y recuperar el conocimiento sobre las disputas históricas entre lo público y lo privado – en especial el estado, la Iglesia, las sociedades beneficencia y las familias pertenecientes a las élites– por definir el modelo “hegemónico de familia”.

A continuación, se efectuó un desarrollo sobre la interpretación evolutiva elaborada por los órganos encargados de la aplicación y el monitoreo de los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, la Corte Interamericana de Derechos Humanos – a través de sentencia contenciosas, opiniones consultivas, medidas provisionales y resoluciones de ejecución de sentencia– y el Comité de Derechos de Niño – mediante observaciones generales, informes periódicos y comunicaciones individuales– respecto del concepto amplio y dinámico de familia.

En el capítulo siguiente se incluyó una revisión sobre los alcances del modelo de familia recogidos en las leyes especiales que complementan las normas establecidas en el Código Civil y Comercial. En particular, se analizaron las disposiciones contenidas en las leyes nacionales de protección contra la violencia familiar, de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, de protección integral de las mujeres, de salud mental, programa de acompañamiento para el egreso de jóvenes sin cuidados parentales, de acogimiento familiar, entre otras.

Posteriormente se elaboró una muestra de sentencias “paradigmáticas” procedentes de tribunales superiores y de juzgados de primera instancia de todo el país en las que se resolvió otorgar la guarda de niñas, niños y adolescentes a favor de personas no parientes de modo permanente o sin plazo con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por último, se recuperaron los análisis elaborados por el activismo y la academia respecto de las decisiones jurisprudenciales que reconocieron la guarda de niños a favor de personas no parientes y se identificaron los contornos de las figuras de cuidado de niñas, niños y adolescentes alternativas al ejercicio pleno, exclusivo y excluyente de la responsabilidad parental en el derecho comparado.

III. Resultados del proceso.

El planteo de los objetivos señalados permitió, en primer lugar, conocer la constatación que efectúan la historia y la antropología respecto del proceso de construcción y naturalización socio cultural de un modelo hegemónico de familia cuyas condiciones de acceso se encuentran atravesadas por la desigualdad. A modo de ejemplo, señalan que el modelo hegemónico de familia –matrimonial, heterosexual, reducida en cantidad de hijos y urbana– se apoya en una estructura de residencia neolocal, de difícil acceso para familias provenientes de sectores populares, migrantes, rurales, entre otras.

En la misma línea, el aporte de esas ciencias, contribuyó a recuperar la categoría analítica de “circulación de niños” que la historia toma prestada de la antropología para dar cuenta de las trayectorias de desplazamientos de niñas y niños por diversos grupos domésticos y su utilidad para poner en perspectiva la noción excluyente y absoluta de la responsabilidad parental. También sirvió para examinar la utilización del modelo hegemónico de familia como referencia para la construcción, por oposición, de la categoría de “abandono” que aún hoy se utiliza para simplificar y

excluir una diversidad de arreglos privados de cuidado y formas de crianza.

En segundo lugar, se verificó el consenso existente entre los diversos órganos encargados de interpretar los instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana de Derechos Humanos, en reconocer un concepto amplio de familia, comprensivo de la familia ampliada o extensa.

En igual sentido se comprobó la ratificación que realizan dichos organismos respecto de una interpretación amplia del concepto de “venta de niños”, entendida como “todo acto o transacción en virtud de la cual el niño es transferido a una persona o grupos de personas a cambio de remuneración o *cualquier* otra retribución”⁵.

En tercer lugar, el repaso por las decisiones de los tribunales superiores sustancialmente estructuradas a partir de las argumentaciones basadas en el paso del tiempo y en la irreversibilidad del daño que puede originar la modificación de la situación socio-afectiva consolidada – y de sus silencios–, permite observar el modo en que se desdibujan los límites conceptuales entre la figura del referente afectivo y la categoría residual de la persona no pariente, así como entre las guardas provisionales o temporales y las guardas con fines de adopción o permanentes.

En otras palabras, la ausencia de argumentos destinados a valorar las condiciones de existencia de un vínculo socioafectivo y el momento a partir del cuál el tiempo transcurrido debe considerarse irreversible, contribuyen a disolver el contraste entre el reconocimiento de un concepto amplio de familia – comprensivo de los vínculos socioafectivos – y la prohibición del tráfico de niñas, niños y adolescentes.

Asimismo, el repaso de las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación dictadas con posterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, pone de relieve el fortalecimiento de la doctrina elaborada a partir de los precedentes “C. S. s/adopción” (2005)⁶, “A. F. s/ protección de persona” (2007)⁷ y “G. M. G. s/ protección de persona” (2008)⁸, a pesar de las reformas sustantivas introducidas por el Código Civil y Comercial en la materia y de las declaraciones de responsabilidad internacional dispuestas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado Argentino en los casos María (2023) y Fornerón (2012).

En paralelo, el análisis de las sentencias dictadas por los órganos de primera instancia permite reconocer una mayor diversidad de estrategias jurídicas que combinan aspectos de la regulación sobre guardas, tutela, adopción e, incluso, en algunos casos, precedentes jurisprudenciales en los que se reconoció la existencia de pluriparentalidad⁹. También permiten rescatar más información sobre los contextos en los que se decide la entrega o la separación de una niña, niño o adolescente de su ámbito familiar de origen, en particular respecto de quienes y en qué condiciones entregan o deciden dicha separación¹⁰, de quiénes y en qué condiciones reciben¹¹ y, especialmente, acerca de quienes y cómo son esas niñas, niños y adolescentes¹².

En cuarto lugar, se señaló el consenso existente en el ámbito académico respecto de la necesidad de flexibilizar la figura de la guarda para incluir a personas unidas por un vínculo socioafectivo sin ser parientes y las diferencias subsistentes en torno a los alcances y efectos que cabe reconocer a dicha flexibilización.

En primer término, un sector destacado de la doctrina entiende que debe restituirse la referencia al vínculo socioafectivo en los términos amplios que se

⁵ Artículo 2 inciso a) del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

⁶ Fallos 328:2870

⁷ Fallos 330:642

⁸ Fallos 331:2047

⁹ Declaraciones de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de los artículos 611, 657 y 558, tutelas condicionadas o provisionales, privación de responsabilidad parental con subsistencia del vínculo de comunicación con su progenitora, guarda con fines adoptivos a favor de referentes afectivos sin declaración de adoptabilidad respecto de su progenitor, etc.

¹⁰ Si es la progenitora, un pariente, es una decisión autónoma de adolescente, si intervienen intermediarios o el propio estado a través hogares, familias solidarias, referentes comunitarios. Entre los motivos allí manifestados se puede mencionar: progenitoras adolescentes,

necesidades económicas, consentimientos informados sin asesoramiento previo ni informado, razones de salud, se desconoce (ej. abandono vía pública)

¹¹ Si son personas o familias “guardadoras” elegidas por el propio adolescente son parientes, familiares no parientes (por ejemplo, en el ámbito de las convivencias de parejas), parejas, miembros de la comunidad (vecinos), desconocidos, personas con antecedentes de violencia, penales y/o prófugos de la justicia, familias solidarias, voluntarios de hogares, docentes, referentes de los centros de salud, etc.

¹² A modo de ejemplo, distinguir si son niñas y niños recién nacidos, pequeños o adolescentes, víctimas del femicidio de sus madres, con procesos excluyentes previos, institucionalizados o alojados en el ámbito de familias de acogimiento, con necesidades especiales de atención a la salud, etc.

encontraba originalmente establecidos en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial. Otro sector igualmente acreditado interpreta la necesidad de limitar la figura del referente afectivo a situaciones temporales que no impliquen modificación del título de estado de familia –delegación de cuidados parentales, guardas, guardas con derecho de representación, tutela, reconocimiento de régimen de comunicación–. Una tercera posición plantea el interrogante de incluir nuevos modelos de crianza no sustitutivos del vínculo filiatorio y la responsabilidad parental.¹³

En quinto y último lugar, el repaso por una selección representativa de legislaciones del derecho comparado evidenció la existencia figuras de apoyo a la maternidad y paternidad que conviven – sin reemplazar– con un ejercicio atenuado de la responsabilidad parental que incluye a personas que no son parientes y que pueden prolongarse en el tiempo por un plazo tiempo indeterminado o incluso de forma permanente, como el acogimiento familiar “permanente” del sistema español, del acogimiento familiar consensuado del derecho italiano, la tenencia por terceros del ordenamiento uruguayo, el *foster* y el *kinship care* del derecho anglosajón o la *kafala* del derecho islámico

IV. Conclusiones

A modo de conclusión, podemos resumir las ideas centrales que estructuraron la presente tesis en dos interrogantes: ¿Es necesario restituir la figura del referente afectivo prevista en la redacción original de los artículos 611, 643 y 657 del Anteproyecto de Código Civil y Comercial? ¿Con qué alcances?

Respecto del primero de los interrogantes, concluí que resultaría adecuado restituir la figura del referente socioafectivo en las disposiciones citadas en virtud de los siguientes argumentos:

1) Los aportes de la historia y la antropología que demuestran que la noción de socioafectividad permite reconocer una diversidad de arreglos familiares que implican transferencia temporal o parcial de niños por

diversos grupos domésticos que exceden al modelo hegemónico de familia tradicionalmente receptado por el derecho privado.

2) La tendencia global evidenciada por los órganos de monitoreo y control de los instrumentos internacionales de derechos humanos hacia el reconocimiento de estructuras familiares más diversas y dinámicas, comprensivas de los vínculos afectivos y comunitarios. Un buen ejemplo de ello lo representa la Opinión Consultiva 21/2014 en cuanto establece el deber del Estado de determinar, *en cada caso concreto, la constitución del núcleo familiar* de la niña, niño o adolescente con carácter previo a aplicar una medida de deportación u otra vinculada con las irregularidades en la condición migratoria de uno u ambos progenitores en sentido amplio.

3) La necesidad de armonizar las contradicciones normativas generadas a partir del silencio legal receptado en los artículos 611, 643 y 657 respecto de los vínculos afectivos y las disposiciones contenidas en el artículo 607 del CCyC¹⁴; el artículo 7 del decreto reglamentario 415/2006 y las disposiciones 26 inciso b) de la ley 26485 (protección integral de las mujeres) y 2) de la ley 27634 (PAE) que receptan el concepto de familia comprensivo de los miembros de la familia ampliada y/o de la comunidad.

4) La constatación empírica que proporciona la jurisprudencia respecto de las limitaciones del parentesco para dar respuesta a los procesos de guardas que se presentaron en los tribunales a partir de la entrada en vigencia del CCyC.

En relación con el segundo de los interrogantes, los resultados del trabajo permiten identificar argumentos tendientes a flexibilizar las guardas a favor de personas no parientes sin desconfigurar el diseño institucional estructurado para prevenir el tráfico de niñas y niños¹⁵.

En esa línea de razonamiento, las conclusiones fueron:

pero debemos con precaución evitar que se transforme en una herramienta al servicio de desvirtuar los mecanismos protectorios que se edifican mediante el régimen jurídico de la adopción”. Ver FORTUNA SEBASTIÁN, “Los tiempos en el proceso de adopción. Socioafectividad y triángulo afectivo en dos sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, 2022, UNPAZ, Debates sobre Derechos Humanos. Número 6- Año 2022 disponible en <https://publicaciones.unpaz.edu.ar>

¹³ Ver ponencias presentadas en las XXVII Jornadas Nacionales de derecho Civil, Comisión 7-Familia titulada “La socioafectividad y la incidencia en el interés superior de los niños, niñas y adolescentes” disponible en <https://mendozalegal.com/2022/09/27/conclusiones-y-ponencias-de-las-xxviii-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-mendoza-2022>.

¹⁴ Ver también la referencia a “terceros” incluida en los artículos 640 inciso c) y 702 inciso c).

¹⁵ En palabras de SEBASTIÁN FORTUNA, “el reconocimiento de la socioafectividad puede ser un valor que permita la nueva configuración del instituto en contextos muy específicos;

1) Restituir la figura del referente afectivo en la regulación sobre guardas temporales establecidas en los artículos 643 y 657.

2) Incorporar un mecanismo de tutela especial y adjunta para el ejercicio de responsabilidad parental fundado en una restricción parcial o ejercicio atenuado de la responsabilidad parental justificada en la ausencia de convivencia con los progenitores durante el plazo máximo previsto para la guarda temporal, actualmente, 2 años.¹⁶

3) Incluir un listado de causales de justificación de la conducta antijurídica establecida en el artículo 611 (entrega directa o guarda de hecho) que permita distinguir la figura del referente afectivo de la categoría residual de la persona no pariente. Para ello, se elaboraron las siguientes pautas de justificación:

a) que la entrega sea decidida por las personas progenitoras o parientes. Este requisito tiene por objeto excluir de la justificación las entregas formalizadas por el estado, las organizaciones de la sociedad civil u otros intermediarios;

b) que involucre a personas adolescentes y/o grupos de hermanos y/o de niñas o niños con experiencias de institucionalización prolongadas y/o procesos excluyentes previos, y/o o niñas o niños con discapacidad o que requieren cuidados especiales para la atención de su salud. Ello en virtud del principio de realidad que impone considerar la escasa voluntad adoptiva existente para estos grupos de niñas y niños y la tendencia cada vez más frecuente a realizar búsquedas de familias a través del mecanismo de las convocatorias públicas, es decir, sin contralor estatal previo;

c) que la persona guardadora haya cumplido con el deber de informar la guarda a la autoridad competente dentro de un plazo legalmente establecido a los fines de presumir su buena fe.

En definitiva, las propuestas tienen por objeto incorporar variables tendientes a constatar la legitimidad de la entrega, limitar la discrecionalidad judicial y regularizar, de manera indirecta, las decisiones estatales que se adoptan en el marco de las llamadas convocatorias públicas.

Para finalizar, y con miras al desarrollo de futuras líneas de estudio, me interesó dejar planteados dos interrogantes y una propuesta de investigación en el marco de la tensión permanente entre familia y parentesco.

El primer lugar, ¿sobre qué pautas edificar los límites entre el reconocimiento de las nuevas formas de crianza complementarias –no sustitutivas– del ejercicio de la responsabilidad parental (guardas o tutelas especiales), las facultades judiciales previstas en el artículo 621 del CCyC en la adopción y el reconocimiento de la pluriparentalidad fundada en la existencia de vínculos socioafectivos?

En segundo lugar, ¿cómo pensar la regulación de nuevas formas de cuidado fundadas en el concepto *dinámico* de la socioafectividad a partir del sistema de capacidad estructurado a partir del concepto *evolutivo* de la capacidad progresiva?

Por último, rescatar la necesidad de profundizar el estudio sobre los contornos de las figuras de cuidado alternativas al parentesco y al ejercicio pleno de la responsabilidad parental en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos en virtud de la proximidad de realidades históricas y sociales que caracterizan la práctica de la circulación de niñas y niños a nivel regional.

La familia y las nuevas tecnologías: el impacto del mundo digital en las relaciones familiares

Por Natalia S. Díaz Parga y Laura Zalazar Denett

Trabajo final materia: Sociología de la Familia

Docentes: Andrea Gastrón y Walter Giribuela

Introducción

La digitalización ha transformado diversos aspectos de la vida cotidiana, entre ellos, la manera en que las familias se relacionan entre sí. Las nuevas tecnologías, especialmente las redes sociales y la proliferación de dispositivos conectados a internet, han modificado tanto la comunicación como la estructura familiar.

Este trabajo examinará el impacto del mundo digital en las relaciones familiares contemporáneas, analizando cómo la constante exposición a pantallas y redes sociales afectan la convivencia, la crianza y las dinámicas de poder dentro de las familias.

Partiendo de las teorías de Giovanni Sartori (Homo videns) y Byung-Chul Han (En el enjambre), se analizarán los cambios en la interacción familiar, confrontando estos fenómenos con las visiones tradicionales de la familia. El análisis se complementará con un estudio de la película *The Social Dilemma* (2020), dirigida por Jeff Orlowski, la cual ilustra de manera crítica cómo las redes sociales influyen en la vida familiar, especialmente en el contexto de la crianza de los hijos y en la sociedad en general.

Este artículo explorará cómo la tecnología, a través de sus diversas manifestaciones, ha influido en la dinámica familiar, alterando las relaciones interpersonales y la comunicación dentro del hogar.

La estructura familiar tradicional

Tradicionalmente, la familia se ha definido como un núcleo en el que se cultivan relaciones cercanas y se fomenta la comunicación y la convivencia. Sin embargo, con el advenimiento de la tecnología, entre otros factores, esta estructura ha comenzado a transformarse.

El rol de la mujer ha sido tradicionalmente asociado con el cuidado del hogar y la crianza de los hijos. Su mandato social ha estado marcado por expectativas sociales que priorizaron el cuidado y la educación de los hijos. Este modelo ha influido en su acceso a la educación y, por ende, a las tecnologías. Muchas mujeres han estado excluidas del uso de herramientas tecnológicas debido a la falta de recursos y a su enfoque en tareas del hogar.

Sin embargo, la rápida evolución tecnológica en las últimas décadas ha comenzado a transformar estas dinámicas, planteando nuevas oportunidades y desafíos para las mujeres dentro de la familia. La tecnología ha cambiado

drásticamente la forma en que las familias interactúan y se comunican. Sin embargo, el acceso a estas herramientas aún hoy en día no es equitativo. Las mujeres, especialmente en contextos rurales o en familias de bajos recursos, a menudo enfrentan barreras significativas que limitan su uso de tecnologías, como la falta de capacitación, acceso a dispositivos y a Internet.

Asimismo, el rol de cada integrante de la familia fue modificándose con el correr del tiempo. Las mujeres, que antes se encontraban menos expuestas a la masividad de los medios de comunicación, hoy en día están tanto o más informadas que los hombres, de lo que ocurre en el mundo.

En este sentido, *The Social Dilemma* destaca cómo el uso excesivo de las redes sociales y la dependencia de los dispositivos móviles han generado un distanciamiento emocional entre los miembros de la familia. Como señala el sociólogo Zygmunt Bauman, "la modernidad líquida ha transformado nuestras relaciones, haciéndolas más frágiles y efímeras" (Bauman, 2000). Las cenas familiares, los momentos de conversación y las actividades conjuntas han sido sustituidas en muchas ocasiones por pantallas que nos separan, incluso cuando estamos físicamente juntos.

Las nuevas tecnologías y la comunicación familiar

El uso masivo de las redes sociales y la dependencia de dispositivos móviles han revolucionado la forma en que las familias interactúan. Sartori (1998) introdujo el concepto de "homo videns", una figura que describe a los individuos cuyas habilidades cognitivas y de comunicación se ven limitadas por la sobreexposición a medios visuales, como la televisión y, en la actualidad, las redes sociales.

En este contexto, el diálogo familiar ha sido reemplazado o complementado por formas de comunicación mediadas por la tecnología. Los miembros de la familia, especialmente los más jóvenes, utilizan aplicaciones y plataformas como Instagram, TikTok y WhatsApp para interactuar, lo que reduce las interacciones cara a cara.

Hoy en día es muy común que el famoso “a comer” sea reemplazado por un mensajito en el grupo de whatsapp en donde los padres informan que está lista la cena, para que el resto de la familia se acerque a la mesa.

Uno de los puntos críticos abordados en *The social dilemma* es la forma en que la tecnología ha alterado la comunicación en todos los ámbitos de relación. La

interacción cara a cara ha sido reemplazada por mensajes de texto y chats en línea, lo que puede llevar a malentendidos y a una disminución de la empatía. En el contexto familiar, esto se traduce en una comunicación menos efectiva, donde los padres e hijos pueden sentirse desconectados, a pesar de vivir bajo el mismo techo. La falta de habilidades comunicativas y el aumento de la soledad son consecuencias visibles de esta transformación.

Esto se ve exacerbado en el caso de hijos pre-adolescentes y adolescentes, edades en que de por sí es complicada la relación padres-hijo/a. Con el uso y abuso de las nuevas tecnologías el adolescente puede aislarse aún más de su familia, puede acceder a distintos portales con información no acorde a su edad, puede conocer nuevos amigos online. Este último punto muchas veces puede ser inseguro, ya que desconocemos realmente quien se encuentra en el otro lado de la pantalla. Muchos delitos pueden cometerse en este ámbito; por no ser el eje de nuestro trabajo sólo mencionaremos que para evitar ser víctima de estas situaciones es fundamental buscar la forma, como familia, de comunicarse de manera respetuosa y amorosa, con los más pequeños.

Muchas veces observamos padres que ignoran lo que están haciendo sus hijos en la calle por estar atentos al teléfono, o también es muy frecuente la escena en una café donde padres e hijos están cada uno con su celular, atendiendo a sus intereses, o de padres que les dan su teléfono móvil a sus hijos pequeños en restaurantes para que no hagan “berrinches” hasta que les sirvan la comida.

El fenómeno del *phubbing* –el acto de ignorar a alguien al prestar más atención al teléfono móvil– es una muestra clara del impacto de las tecnologías en las relaciones familiares. Sartori lo describe de la siguiente forma “(...) No podría describir mejor al vídeo-niño, es decir, el niño que ha crecido ante un

televisor. ¿Este niño se convierte algún día en adulto? Naturalmente que sí, a la fuerza. Pero se trata siempre de un adulto sordo de por vida a los estímulos de la lectura y del saber transmitidos por la cultura escrita. Los estímulos ante los cuales responde cuando es adulto son casi exclusivamente audiovisuales.” (Sartori. 1998)

Según un estudio realizado por McDaniel y Radesky (2018), el uso excesivo de teléfonos móviles interfiere en la calidad de las interacciones entre padres e hijos, deteriorando los vínculos emocionales y afectivos. Esto se evidencia en familias donde los padres están constantemente distraídos por sus dispositivos, lo que genera un distanciamiento entre ellos y sus hijos.

La psicóloga Sherry Turkle, en su libro *Alone Together*, sostiene que “aunque estamos más conectados que nunca, en realidad estamos más solos” (Turkle, 2011). Esta conexión a través de las pantallas nos puede hacer creer que conocemos al otro, que sabemos cómo está o qué es lo que está atravesando, pero no siempre es así. Esta falta de habilidades comunicativas en la “vida real” y el aumento de la introspección y la soledad, son consecuencias visibles de esta transformación.

Estructura familiar y nuevas dinámicas de poder

El mundo digital no solo afecta la comunicación, sino también la estructura y las dinámicas de poder dentro de la familia. Byung-Chul Han (2014) sostiene que la sociedad digital ha llevado a un nuevo modelo de vigilancia y control, donde las personas están constantemente expuestas y observadas, lo que tiene implicancias directas para la familia. Los padres, por ejemplo, pueden utilizar aplicaciones para monitorear las actividades de sus hijos, estableciendo un tipo de vigilancia digital que puede crear tensiones y conflictos.

En el ámbito de los conflictos judiciales que pueden darse en procesos de divorcio o en procesos relativos al cuidado personal de los niños, niñas y adolescentes; ya es habitual en la narrativa de las demandas que la persona “vigilada” mencione que ello constituye violencia familiar. Es que en el caso de muchas mujeres, este sistema de vigilancia no tiene un tinte de protección como alarma de la casa; sino que es una verdadera vigilancia que puede operar desde el celular de la persona que controla la videovigilancia. A mayor abundamiento, estas tecnologías ofrecen una función donde puede la persona que mira las cámaras desde su celular, hablar a la persona que está en la casa. Por supuesto,

la tecnología tiene sus pros y contras; pero evidentemente las reglas del juego han cambiado y a nivel sociológico y jurídico debemos comprender que estos cambios pueden traer consecuencias palpables.

Esta modificación en las dinámicas de poder también se refleja en el control que los hijos, especialmente los adolescentes, ejercen sobre su propia presencia digital. Según Livingstone y Sefton-Green (2016), los adolescentes están cada vez más empoderados en el ámbito digital, gestionando sus propias redes sociales y, en muchos casos, excluyendo a sus padres de estas esferas. Esto genera una paradoja: los padres intentan controlar la vida digital de sus hijos, mientras que estos buscan independencia en el espacio virtual. En el caso de

los más pequeños, los progenitores o cuidadores tienen la posibilidad de bajar una aplicación desde la que puede establecerse un tiempo de uso limitado al celular de los niños; ver qué aplicaciones usaron y bloquear videos indeseables. Ahora bien, ¿alcanza esto para evitar que sufran conflictos cuando navegan Internet?

Es que brindar un dispositivo con internet a niños, niñas y adolescentes conlleva una enorme responsabilidad para los adultos que lo hacen. Si bien es real que en 2024 es de una rebeldía impresionante elegir no dar uso de tecnología a los pequeños, y que la gran mayoría de las personas (lo digan o no en público) eligen dar rienda suelta a los chicos; no debemos perder de vista que la tecnología es compleja, y que necesitan tener una supervisión al menos general.

Estos gigantes de la tecnología conocen y controlan cada paso nuestro en internet. Una frase muy resonante del documental es "Si tu no pagas por el producto, tu eres el producto". El documental ofrece una crítica a cómo las grandes corporaciones tecnológicas manipulan el comportamiento de los usuarios a través de algoritmos diseñados para maximizar el tiempo de interacción en sus plataformas. En términos de la dinámica familiar, la película muestra cómo los adolescentes se vuelven dependientes de las redes sociales, lo que afecta sus relaciones con sus padres y con el mundo que los rodea.

Asimismo, uno de los CEO de Facebook relata que a pesar de conocer el "detrás del telón" de la aplicación, muchas veces llegaba a su casa y no les prestaba atención a sus pequeños hijos por estar en esa aplicación con su celular.

Con esto queremos remarcar que esta situación nos atraviesa a todos, en todas las edades y estratos sociales.

La tecnología impacta en nuestras relaciones sociales y en particular las familiares. Esto aumentó de sobremanera en la pandemia por Covid-19 y se ve incrementando a partir de entonces. Mucha gente ya elige tener vínculo social solamente a través de las redes sociales, limitando sus salidas de esparcimiento de una manera escandalosa. Es que además, estar detrás de la pantalla parece dar una seguridad a la hora de escribir que muchas personas pierden cuando se encuentran cara a cara. Esta cercanía que traía errores pero que a la vez nos llenaba de humanidad, disminuyó drásticamente.

Los trabajos y los estudios son cada vez más virtuales. Si bien ello puede ayudar con la organización de cada persona, acorta tiempos y distancias; la realidad es que de a poco vamos perdiendo independencia.

El documental está conformado por relatos de empresarios y trabajadores de las distintas aplicaciones y lo que le sucede a una familia conformada por padre, madre y tres hijos (dos mujeres y un hombre). La madre menciona que tuvo que comprarle un celular a su hija de 11 años ya que todos sus compañeros de colegio tenían uno. Entonces ¿cuánto decidimos y cuánto sentimos que debemos hacer para pertenecer o que nuestros hijos pertenezcan?

En una escena la madre decide pedirles los celulares a todos los integrantes de la familia para ponerlos en una caja que se abrirá dentro de una hora, y así poder compartir la cena de otra forma. Esta postura de la madre se conjuga con lo que sostiene Geldstein, Rosa N. (2004) en "De 'buenas' madres y 'malos' proveedores" en lo referente al "nuevo" rol de la mujer, tanto como proveedora, como estableciendo límites a los integrantes de la familia. No solamente ocupando un lugar pasivo en la estructura familiar, sino tomando decisiones.

Sin embargo, luego de poner los teléfonos allí y nadie habla. No hay intercambio, no hay conversación. Quizá es tan grande la costumbre de no hablar durante la cena, que nadie supo cómo romper el hielo. Pasaron solo unos minutos hasta que la hija de 11 años decide levantarse de la mesa e intentar abrir la caja. Al ser informada de que se podría abrir recién en una hora, decide romperla, sacar el teléfono e irse a su cuarto, sin terminar de comer. Esta situación también nos llamó la atención. Los padres nada hicieron luego de este comportamiento de su hija menor.

Yéndonos a otro extremo, Fucito (2003) sostiene que el hombre, "mantiene autoridad en la mayor parte de las sociedades y sólo en algunos sectores de las

sociedades desarrolladas comienza a compartirlo con la mujer (...) En muchas sociedades, la cultura mantiene la institucionalización del castigo como modo de ajuste de conductas a las expectativas de los otros” (p. 337-338). Estas situaciones, como mencionamos, no ocurren en el documental. Frente al accionar de su hija pequeña, el padre permanece inmóvil, la madre también. La niña actuó sin “temer” a ningún llamado de atención o castigo, eso ya no existe en la era actual.

Impacto en la crianza y la socialización

Uno de los aspectos más sensibles del impacto de las tecnologías en la familia es la crianza. La introducción de dispositivos digitales en el hogar ha cambiado la forma en que los padres educan a sus hijos. Las pantallas han pasado a

ocupar un rol central en la vida de los niños, siendo utilizadas tanto como herramientas educativas como de entretenimiento. Sin embargo, varios estudios advierten sobre los efectos negativos del uso excesivo de dispositivos digitales en el desarrollo infantil, incluyendo problemas de atención y socialización (Christakis, 2009).

Además, las redes sociales han generado nuevas formas de socialización para los niños y adolescentes, desplazando a las interacciones familiares y sociales tradicionales. Han (2012) explica que el constante flujo de información y la hiperconectividad que ofrecen las redes sociales fragmentan las relaciones humanas, convirtiéndolas en interacciones superficiales. En el contexto familiar, esto puede llevar a una falta de cohesión y a una desconexión emocional entre sus miembros.

A mayor abundamiento, las redes sociales nos muestran familias perfectas. Mujeres y hombres que pueden pasar horas en el gimnasio y tener vida social. Se muestran realidades recortadas que en muchos casos traen problemas de salud mental para quienes, en lugar de vivir sus propias vidas, eligen concentrarse en las publicaciones de los demás. Esto puede verse claramente en la serie *Black Mirror*, donde en varios capítulos se trabaja acerca de las consecuencias de esta invasión tecnológica en las relaciones humanas. Ya no solamente tenemos que vivir bien de acuerdo a los estándares que la sociedad impone, sino que además debemos mostrarlo. Siempre buscando aprobación de un otro que, a la vez, mira ese recorte de publicación con sentimientos seguramente de culpa, envidia, enojo. De a poco, y sin que resulte inocente, las grandes empresas de tecnología nos hacen exacerbar sentimientos que

alejan a las personas. Esta hipercomunicación corta nuestra real comunicación. Modifica vínculos.

A pesar de los desafíos que la tecnología presenta, muchas familias han comenzado a adaptarse. Algunas han establecido reglas sobre el uso de dispositivos, promoviendo momentos de desconexión y fomentando actividades conjuntas sin distracciones tecnológicas. Este tipo de estrategias no solo ayuda a restablecer la comunicación y los vínculos familiares, sino que también permite a los miembros de la familia reflexionar sobre el impacto de la tecnología en sus vidas. En este sentido, *The Social Dilemma* no sólo plantea problemas, sino que también invita a la reflexión y a la acción. De hecho, en el mismo documental los participantes (creadores de varias aplicaciones) dan consejos sobre cómo utilizar las redes sociales, incluso cómo introducirlas en la crianza de los hijos.

El impacto en la educación y los valores familiares

La tecnología también ha transformado la educación y el aprendizaje en el hogar. Plataformas en línea y recursos digitales ofrecen oportunidades educativas, pero también plantean desafíos en la supervisión del contenido que los más pequeños de la casa consumen.

La responsabilidad familiar hoy en día se extiende al análisis y selección de información a la que los más chicos tienen acceso, como así también a la enseñanza de habilidades críticas para navegar en un entorno digital.

La tecnología también ha influido en los valores familiares. En *The Social Dilemma*, se analiza cómo las redes sociales promueven la comparación constante y la búsqueda de validación externa. Esta dinámica puede generar conflictos familiares, ya que los adolescentes, en particular, pueden verse presionados a adoptar ciertos comportamientos o actitudes que no se alinean con los valores familiares.

Las redes sociales pueden afectar la autoestima y la identidad de los jóvenes, lo que a su vez influye en la dinámica familiar. La comparación constante con otros y la presión por mantener una imagen pueden crear tensiones y conflictos en las relaciones familiares. Es crucial que los padres desarrollen estrategias para hablar sobre estos temas y fomentar una imagen positiva de sí mismos.

Como menciona la socióloga danesa Eva Illouz, "las redes sociales han alterado la forma en que se construyen las identidades y los valores en nuestra sociedad" (Illouz, 2007).

Asimismo, la exposición en redes sociales puede afectar la forma en que las familias manejan la información personal y los límites. Esto plantea preguntas sobre la confianza y la comunicación en la familia, y cómo se establecen los límites en el uso de la tecnología. Hoy en día es normal que un adolescente comparta en sus redes sociales fotografías en las que se pueda ver su uniforme escolar, o pautas de dónde vive o qué lugares frecuenta. Es fundamental abordar estas problemáticas en casa, a fin de no encontrarse expuesto a situaciones desagradables.

Finalmente, el contenido que consumen los jóvenes en línea puede contradecir las enseñanzas y principios que sus padres intentan inculcar, creando una brecha generacional que dificulta el entendimiento mutuo.

Aspecto personal

En esta dupla de trabajo, Natalia no es madre aún, pero Laura sí. La redacción de este artículo abrió un debate rico al respecto del uso de la tecnología. En el caso de Laura, ella tiene dos niñas de 4 y 8 años. Asegura que antes de ser madre se prometió jamás dar pantallas a sus hijas. Ello no pudo mantenerse por mucho tiempo. Su hija más grande comenzó a ver videos de youtube a corta edad. Al principio, por breves momentos en el día. Luego, por razones laborales, la niña comenzó a ser cuidada por su abuela al salir del jardín. Allí, muchas veces para que la niña no se aburriera, la propia abuela usaba la tecnología con ella. Hoy, con 8 años de edad, Sofía (la hija más grande de Laura) usa la tecnología mejor que ella. Es cada vez más complicado para Laura y su pareja poder controlar los tiempos de uso, por lo que utilizan una aplicación que bloquea el celular de Sofía luego de pasado el tiempo preestablecido. Hay reglas de no uso de celulares durante la cena y momentos de juego en familia, pero la propia Laura se reconoce dependiente del celular, por lo que esta regla es dura para todos los miembros de la familia, pero se cumple. Con la niña más pequeña (Luna) la elección familiar fue más estricta. Luna comenzó más tarde a usar celular (sin línea) y el tiempo de uso es menor. Esto se debió a toda la información que Laura y su pareja fueron adquiriendo respecto del uso de la tecnología en niños.

Natalia reflexiona sobre el relato de Laura. Le queda dando vueltas en su cabeza la frase “Asegura que antes de ser madre se prometió jamás dar pantallas a sus hijas” ya que apuntaba a lo mismo con miras a ser mamá, pero se da cuenta de lo difícil que es mantener esa línea. Actualmente no puede opinar

sobre cuál sería la edad adecuada o más beneficiosa para que los niños tengan acceso a pantallas, internet, redes sociales, tampoco imagina qué “reglas” establecería. Lo que sí tiene en claro es que debemos utilizar la tecnología como una herramienta en nuestro beneficio, y no hacernos enemigos de ella.

Conclusiones

El impacto del mundo digital en las relaciones familiares es un fenómeno complejo que afecta tanto la comunicación como la estructura y las dinámicas de poder dentro del hogar. Las obras de Giovanni Sartori y Byung-Chul Han ofrecen una lente crítica para comprender cómo las tecnologías digitales han transformado la interacción humana, desplazando las interacciones cara a cara por interacciones mediadas por pantallas. En el ámbito familiar, esto ha generado nuevas tensiones, especialmente en lo que respecta a la crianza y la socialización de los hijos.

Es fundamental mencionar que es crucial que tanto el Estado como las familias adopten un enfoque crítico frente a estas transformaciones, promoviendo un uso más consciente y responsable de las tecnologías digitales. Desde una perspectiva socio-jurídica, *The Social Dilemma* permite reflexionar sobre la responsabilidad del Estado y las empresas tecnológicas en la regulación del uso de estas plataformas, especialmente en lo que respecta a la protección de los menores de edad. A través de entrevistas con expertos en tecnología y psicología, el documental revela cómo la falta de control sobre los algoritmos pone en riesgo el bienestar emocional de los usuarios más jóvenes, y por extensión, del núcleo familiar.

El análisis de la película *The Social Dilemma* refuerza la idea de que las redes sociales no sólo han alterado las relaciones familiares, sino que también representan un desafío para el bienestar psicológico y emocional de sus miembros más jóvenes. En este sentido, la sociedad contemporánea debe buscar un equilibrio entre los beneficios de la tecnología y la necesidad de preservar los vínculos familiares.

Bibliografía

- Bauman, Z. (2000) *Liquid Modernity*. Cambridge: Polity Press.
- Christakis, D. A. (2009). *The effects of media on children: A review. The Future of Children*. <https://doi.org/10.1353/foc.0.0008>

- Fucito, F. (2003). *Sociología del derecho. El orden jurídico y sus condicionantes sociales*, Universidad, Bs. As., 2ª ed. actualizada
- Geldstein, R. N. (2004). *De 'buenas' madres y 'malos' proveedores. Género y trabajo en la reestructuración económica*, Revista Subjetividad y procesos cognitivos N° 5, p. 126-155, UCES, Bs. As.
- Han, B.-C. (2012). *La sociedad de la transparencia*. Herder Editorial.
- Han, B.-C. (2014). *En el enjambre*. Herder Editorial.
- Illouz, E. (2007). *Intimidades congeladas. Las emociones en el capitalismo*. Madrid: Katz.
- Livingstone, S., y Sefton-Green, J. (2016). *The class: Living and learning in the digital age*. NYU Press.
- McDaniel, B. T., & Radesky, J. S. (2018). *Technoference: Parent distraction with technology and associations with child behavior problems*. *Child Development*.
- Sartori, Giovanni (1998). *Homo Videns. La sociedad teledirigida*, Taurus, Bs. As.
- The Social Dilemma. (2020). [Película]. Netflix. <https://www.dailymotion.com/video/x8yk8iy>
- Turkle, S. (2011) *Alone together: why we expect more from technology and less from each other?* New York: Basic Books, 2011. 360 p. ISBN: 978-0-465-01021-9

Fraude contra la sociedad conyugal constituye violencia de género

Por Sandra González

Trabajo final materia: Fraude entre Cónyuges

Docente: Lidia B. Hernández

Análisis del fallo: "Tomaselli, Daniel Humberto Fabián p.s.a Estafa" 22 de febrero de 2019.

Introducción. II Fraude - El fraude entre cónyuges en el Código Civil y Comercial de la Nación. III. Acción de fraude entre cónyuges IV – Bien jurídico protegido interacción entre el derecho penal y civil V- Aplicación de Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Do Belem do Pará). VI fallo: Ley 26485. Violencia económica. VII El fallo como una expresión de la aplicación de la perspectiva de género. VIII. Conclusión. IX. Bibliografía.

I. Introducción

El presente trabajo corresponde al análisis de la resolución de la Cámara en lo Criminal y Correccional de 3° Nominación de Córdoba a los veintidós días del mes de febrero del año 2019 del fallo "TOMASELLI, DANIEL HUMBERTO FABIAN p.s.a ESTAFA, etc" (Expte. SAC. 1432012) ¹ fundamentos de la sentencia que condenó a Daniel Humberto Tomaselli a un año y 10 meses de prisión por los delitos de estafa, falsedad ideológica, uso de documento privado falso y estafa procesal en perjuicio de la mujer que era su esposa en el momento de los hechos. En el juicio, se estableció que el acusado, Tomaselli, llevó a cabo una serie de actos fraudulentos a lo largo de varios años, sustrayendo bienes de la "sociedad conyugal" y perjudicando así a su esposa Ana María Pedrotti y a sus hijos. Tomaselli confesó su participación en los hechos, admitiendo haber realizado diversas maniobras con la intención de privar a su esposa de los bienes gananciales. Estas maniobras incluyeron la falsificación de su firma e identidad y la venta de propiedades sin el consentimiento de su esposa.

Importante es destacar el valioso aporte de la jueza Ángeles Palacio de Arato quien afirmó que este caso se encontraba dentro de una "problemática de

violencia de pareja y género", describiéndolo como un "ejercicio de poder que refleja la desigualdad en las relaciones entre hombres y mujeres, perpetuando la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino" quien además agrega "la violencia familiar es la culminación de una prolongada cadena de violencia económica que afecta a las mujeres, deteriorando las relaciones familiares y de pareja".

El propósito de este análisis es examinar y comprender en profundidad el fallo, subrayando su importancia en los ámbitos del fraude, la violencia económica y el derecho penal y civil. Este fallo es significativo por varias razones:

1. **Fraude Patrimonial:** El fallo destaca por su tratamiento del fraude patrimonial, donde Tomaselli manipuló y sustrajo bienes de la sociedad conyugal para perjudicar a su esposa. La sentencia ofrece una oportunidad para explorar cómo el derecho penal aborda el fraude dentro del contexto de relaciones conyugales y cómo se sancionan estos actos ilícitos.
2. **Violencia Económica:** Este caso ilustra la relación entre el fraude y la violencia económica, al demostrar cómo el comportamiento fraudulento no solo afecta el patrimonio de una persona, sino que también contribuye a la violencia económica al despojar a una parte de sus recursos y seguridad financiera. La sentencia subraya la necesidad de reconocer el fraude como una forma de violencia económica que perpetúa la desigualdad y la dependencia.
3. **Derecho Penal y Civil:** El fallo resalta la interacción entre el derecho penal y civil en casos de fraude conyugal. Analiza cómo se aplican las normas penales para sancionar conductas fraudulentas y cómo estas conductas también afectan el régimen de bienes gananciales y los derechos civiles de las partes involucradas.
4. **Daño y Consecuencias:** La sentencia pone de relieve el daño directo e indirecto causado por las acciones fraudulentas, tanto a nivel patrimonial como emocional. El análisis busca evaluar cómo el fraude impacta negativamente en la estabilidad económica y emocional de las víctimas, subrayando la importancia de considerar el daño sufrido al imponer sanciones y medidas correctivas.
5. **Relevancia Jurídica y Social:** ver como este veredicto contribuye a la jurisprudencia en materia de fraude y violencia económica, ofreciendo un precedente para futuros casos.

¹ [Descargar sentencia: Inaplicabilidad de la excusa](#)

[absolutoria prevista en el artículo 185 del Código Penal](#)

También subraya la importancia de interpretar y aplicar las leyes de manera que protejan efectivamente los derechos patrimoniales y la dignidad de las víctimas dentro del marco de las relaciones conyugales.

II. Fraude

La palabra “fraude” es ambigua tiene tres significados distintos a) sinónimo de engaño; b) es una conducta que se ampara en la ley , pero su verdadera finalidad es lograr un resultado análogo prohibido por una norma imperativa (fraude a la ley); y c) es un vicio de los actos jurídicos que consiste en la realización de un negocio con el fin de insolventarse y defraudar así a los acreedores. La palabra deriva del latín *fraus* que significa: “falsedad”. Mediante el acto de fraude quien lleva a cabo esta acción no lo hace de forma directa, sino solapada , de allí su dificultad de poder advertir esta conducta, la cual resulta compleja e implica cierta habilidad para inducir. Es interesante cuando se lee sobre su origen en la legislación francesa del Código de Napoleón, donde se establecía que se requería más que una falsedad, para configurarse un fraude esto exigía la realización de maniobras, artificios o actos que implicaban una puesta en escena una “mise en scene”

El fraude es aquella acción que ataca a todos los actos con la intención de perjudicar los derechos de otro. El fraude a la sociedad conyugal consiste en una operación que realice uno de los cónyuges, valiéndose de la realización de actos jurídicos para eludir las justas expectativas del otro cónyuge de participar en la distribución equitativa de los bienes que forman parte de la comunidad de bienes gananciales.²

El art. 473 del Cód. Civil y Comercial dice: “Fraude. Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades, pero con el propósito de defraudarlo.” Gowland ³define el fraude en la sociedad conyugal como “toda maniobra tendiente a torcer el resultado igualitario de la partición”. El fin de la norma es variado y busca impedir cualquier acción que evada la aplicación del régimen de comunidad de bienes. Funciona como impedimento para que alguno de los cónyuges sustraiga de la masa ganancial determinados bienes sea disponiendo mediante un acto real o aparentando un acto simulado o valiéndose de las normas de sociedades para impedir que al

momento de la extinción de la comunidad el otro cónyuge reciba la mitad de los bienes gananciales.

La característica de los actos fraudulentos es: a) actos positivos, aunque parte de la doctrina también dice que pueden ser omisiones, b) son actos jurídicos, c) son actos reales.

III. Acción de fraude entre cónyuges:

Azpiri ⁴señala que uno de los cónyuges puede acusar al otro de fraude si este realiza actos como los siguientes:

-Actos de administración o disposición: Estos actos pueden ser de dos tipos: a) Administración: Manejo o gestión de los bienes. b) Disposición: Transferencia o venta de los bienes.

-Finalidad del fraude: Los actos tienen como objetivo: a) Disminuir el contenido o valor de los bienes gananciales: Reducir el valor o cantidad de los bienes compartidos en el matrimonio.

-Evitar la incorporación de bienes al patrimonio ganancial: hacer que ciertos bienes no sean considerados parte de los bienes compartidos del matrimonio, evitando así su distribución equitativa.

Son este tipo de acciones las que realiza el imputado en la sentencia de análisis. En el año 2002 ya se encontraba separado de hecho con la denunciante y con “el propósito de desapoderarla de los bienes patrimoniales que formaban parte del acervo familiar so pretexto que el patrimonio familiar se encontraba en riesgo por los avatares de su actividad comercial, argumento que resultó convincente para Ana María Pedrotti. Por cuanto desde el inicio de la sociedad conyugal la administración de los bienes la había detentado el marido, y de ese modo la convenció que la forma de preservar los bienes era que ambos constituyeran una sociedad anónima. Así fue que con fecha trece de septiembre de dos mil dos se celebró la escritura pública número ciento diecinueve bis por la que se instrumentó la constitución de la sociedad anónima entre ambos, denominada “Dayna S.A”, acto por la cual Ana María Pedrotti había sido inducida en error y ello motivó que prestara consentimiento para el acto perdiendo todo el control de la gestión societaria que quedaba en poder de su cónyuge, el encausado Daniel Humberto Fabián TOMASELLI

² HERNÁNDEZ, Lidia, Fraude entre cónyuges, Boletín 1 de la Maestría en Derecho de familia, Infancia y Adolescencia.

³ GOWLAND, Alberto, El fraude todo lo corrompe, comentario a fallo de la C1 C.Civ de San Isidro, Sala 1, 23-

08-2001 “A. de o. M B c/O, .C y otros/ simulación”. (Buenos Aires: Ed., 2002), 195-253.

⁴ AZPIRI, Jorge, Régimen de bienes en el matrimonio, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pág. 411.

La finalidad de dicha conducta delictiva fue posibilitar la inscripción de la sociedad “Dayna S.A” y trasladar del acervo conyugal los bienes gananciales constitutivos del mismo, produciendo su vaciamiento, a la nueva sociedad anónima conformada. Dicho perjuicio logró su concreción, cuando con fecha veintitrés de julio de dos mil cuatro -con los instrumentos apócrifos mencionados-, la directora de la entidad antes nombrada consideró como cumplidos los requisitos legales y fiscales exigidos por la Ley de Sociedades y dispuso la inscripción de la sociedad anónima, bajo la matrícula N° 4063, todo lo cual le permitiría al encausado DANIEL HUMBERTO FABIÁN TOMASELLI culminar con la maniobra delictiva que había planeado.

Mediante la creación por parte del imputado de una sociedad anónima (Dayna S.A.) con el fin de desviar bienes gananciales del acervo conyugal se observan algunos puntos claves que indican la existencia de fraude:

Finalidad de la conducta delictiva: El propósito fue inscribir la sociedad Dayna S.A. y transferir bienes gananciales a esta nueva entidad, lo que implica una intención deliberada de despojar al cónyuge de su parte en esos bienes. Así queda manifestado en las consideraciones de Cámara: “Una forma de sustraerlos de ese ámbito era como aporte de capital de una sociedad. Y las únicas sociedades que podían constituir ambos esposos eran o, anónima o de responsabilidad limitada, conforme lo establecía el art. 27 de la Ley de Sociedades comerciales. Por ello, una vez convencida Pedrotti de la necesidad de su creación, se confeccionó la escritura pública 119 bis por ante la escribana Puga”

Traslado de bienes gananciales: Los bienes gananciales, que son aquellos adquiridos durante el matrimonio y que pertenecen a ambos cónyuges, fueron retirados del patrimonio compartido y colocados en la nueva sociedad. Esto constituye un vaciamiento del patrimonio conyugal, perjudicando así los derechos del cónyuge afectado. Tal como se manifiesta en los fundamentos de la sentencia que describe el accionar del imputado: “refiere en la demanda de divorcio que no existían bienes de la sociedad conyugal, salvo el “ajuar de la casa”. Tomaselli y las demás personas mencionadas accionaron con el fin de desapoderar a la denunciante ilegítimamente de sus bienes y con el fin último de perjudicar a sus hijos.

1. **Uso de Instrumentos Apócrifos:** Se menciona el uso de "instrumentos apócrifos", lo cual indica que se utilizaron documentos falsos o manipulados para lograr la inscripción de la sociedad y legalizar el traslado de bienes. Esto

es un elemento claro de fraude, ya que se usaron medios ilícitos para cometer la acción. Según el fallo: “se evidencia del Dictamen Pericial Caligráfico N° 104-105/2011 en el cual el perito oficial determinó que: “... I.- Las firmas dubitadas insertas en el extremo inferior izquierdo de la declaración jurada y en el sector izquierdo del reverso del Acta de Dayna S.A respectivamente, se corresponden con las firmas indubitadas del imputado Daniel Humberto Fabián TOMASELLI. II.- Las firmas dubitadas insertas en la Certificación obrante al dorso de la Declaración jurada y en la Certificación de fecha 2.4.2004, se corresponden con las firmas indubitadas del Escribano Carlos Gregorio Gutiérrez Juncos. III.- Del proceso comparativo efectuada entre las firmas dubitadas con aclaración que reza “Ana María Pedrotti –Director Suplente” insertas en los documentos cuestionados y las auténticas del imputado Daniel Tomaselli y del Escribano Gutiérrez Juncos, no surgen afinidades gráficas vinculantes significativas, por lo que se definen como de autoría indeterminada (el destacado es nuestro fs. 499/503), y, el Dictamen Pericial Caligráfico N° 035/040/12 en el cual en el punto b) se concluyó que la firma dubitada inserta en la declaración jurada dirigida a la inspección de Personas Jurídicas de fecha 2.04.2004 (sector derecho) no se corresponde con la firmas indubitadas de la Sra. Expediente Nro. 1599161 - 22 / 42 Ana María Pedrotti disponibles para su cotejo (fs.546/552). Lo expuesto nos permite arribar a una primera conclusión -como ya adelantáramos-, la firma certificada por ante el Escribano Gutiérrez Juncos como perteneciente a la Sra. Pedrotti, no se corresponde con su puño escritor, es decir, es falsa.”

2. **Aprobación y formalización de la Sociedad:** El texto menciona que, usando los documentos falsificados, la directora de la entidad consideró cumplidos los requisitos legales y fiscales, permitiendo así la inscripción de la sociedad anónima bajo la matrícula N° 4063. Este acto formaliza el vaciamiento del patrimonio conyugal, completando la maniobra delictiva planeada.

Aquí hay algunos puntos adicionales que refuerzan la idea de que se cometió un fraude patrimonial hacia la cónyuge:

Discrepancia en la valoración de bienes: Si se ocultó o subestimó el valor real de los bienes gananciales transferidos a la sociedad anónima, esto podría ser un indicio de intento de engaño para reducir el valor de la participación del cónyuge en el patrimonio conyugal.

Omisión en la declaración de activos: Si el cónyuge acusado de fraude no declaró adecuadamente los activos y bienes transferidos a la nueva sociedad, esto podría indicar una intención de ocultar la verdadera extensión de los bienes gananciales, perjudicando así al otro cónyuge.

Control unilateral de la nueva sociedad: Si el cónyuge que realizó la transferencia de bienes a la sociedad anónima retuvo el control total o mayoritario de dicha sociedad, esto indicaría un intento de mantener el control y disfrute de los bienes gananciales sin compartirlos con el otro cónyuge.

Exclusión del cónyuge afectado en la toma de decisiones: Si el cónyuge afectado no fue consultado o no participó en la decisión de crear la sociedad anónima o de transferir los bienes, esto podría sugerir que se le excluyó deliberadamente para llevar a cabo el fraude. Tal como lo revela la causa que: “la denunciante desconocía la existencia de la mencionada deuda, por lo que por consejo del Dr. Díaz se negó suscribir la documentación remitida por el Escribano Gutiérrez Juncos y fue precisamente esta férrea negativa lo que impulsó al encartado Daniel Tomaselli a lograr la inscripción de la sociedad Dayna S.A valiéndose para tal fin del uso de documento apócrifos. Como ha quedado demostrado entonces el acuerdo económico – extrajudicial, fue realizado por TOMASELLI única y exclusivamente a los fines de lograr transferir los bienes integrativos del capital de Dayna a Il Castello; para lograr ese objetivo, previamente, debía encontrarse regularmente inscripta, lo que logró mediante el uso de documentación con firmas apócrifas de Pedrotti, socia de Dayna, que el escribano falsamente afirmó como suscriptas por ella. (Art. 264 y 286 de la Ley de sociedades N° 19.550).

Evidencia de intención maliciosa: Cualquier comunicación, documento o testimonio que muestre que la intención era perjudicar al cónyuge afectado o que se planeó la maniobra para ocultar bienes podría ser evidencia clave de la existencia de fraude. Expresa el fallo: “Con los elementos de prueba incorporados se advierte que encuentra su respaldo en la abundante prueba documental recabada. Principalmente los Informes de Dominios emitidos por el Registro de la Propiedad, que acreditan: a.- el inmueble bajo Matrícula N° 25641 (11) sito en Barrio Residencial San Carlos fue adquirido por el matrimonio Tomaselli - Pedrotti con fecha 19.4.1999. Consta que con fecha 13.9.2002 surge que dicho inmueble es parte del aporte de capital a la Sociedad Dayna S.A dejándose constancia que la misma estaba en formación. De la misma tomó razón el Registro de la Propiedad el día 28.10.2002.

Beneficio desproporcionado: Si el cónyuge que realizó la transferencia de bienes obtiene un beneficio desproporcionado o exclusivo de los bienes gananciales, mientras el otro cónyuge queda en desventaja, esto refuerza la sospecha de fraude. Aquí por todos los hechos denunciados y comprobados se demuestra que esto ha sido así.

Por todo lo expuesto se establece la acción de fraude patrimonial realizada por el imputado hacia la cónyuge, mostrando cómo se llevó a cabo la maniobra y cuál fue su impacto en los derechos de la cónyuge afectada. Así lo reafirman las consideraciones que expresan: “Estas dos presentaciones, a sabiendas de la falsedad de la documentación, es lo que motivo la conducta contraria a derecho que aquí se le atribuye. Pues en dos procesos diferentes, tramitados por ante el fuero civil de esta Ciudad, (en los autos “PEDROTTI, Ana María c/ TOMASELLI, Daniel Humberto F y otros - Ordinarios - Simulación - Fraude - Nulidad” (Expte. N° 1785536/36) en la que Ana María Pedrotti demandó al imputado TOMASELLI por fraude patrimonial en la sociedad conyugal y la nulidad de la constitución de la firma Dayna S.A y de todos los actos de disposición de los bienes inmuebles, derechos y acciones sobre inmuebles de la firma Bicicleta Tomaselli S.A. y la actuación caratulada “PEDROTTI, Ana María c/ TOMASELLI, Daniel Humberto F y OTROS ORDINARIOS- OTROS” (Expte. N° 2332185/36) en la cual fue demandado por la actora Pedrotti por los daños patrimoniales a ella ocasionados por la constitución fraudulenta de la Firma Dayna S.A.) conllevo una misma finalidad delictiva: inducir a error al juzgador para que resolviera a su favor. Pues, son de vieja data las causas civiles principales que se tramitan sobre el mismo conflicto de intereses que mantienen Pedrotti y Tomaselli, una por fraude y otra por el daño derivado de ese fraude y que por cada redargución de falsedad en cada uno de los expedientes civiles en donde el imputado presentó documentación presuntamente falsificada, se formó un nuevo expediente con un nuevo número (dos en total) que se tramitan en forma separada a los autos principales y cuyas copias acompañan el presente.”

IV. Bien jurídico protegido interacción entre el Derecho Penal y Civil

Este fallo resalta la interacción entre el derecho penal y civil en casos de fraude conyugal aplicando las normas penales para sancionar conductas fraudulentas y cómo estas conductas también afectan el régimen de bienes gananciales y los derechos civiles de las partes involucradas. En el ámbito penal el fraude patrimonial es considerado un delito. Los

elementos clave en el derecho penal para un caso de fraude incluyen: a) conducta engañosa: la acción de engañar o inducir a error a otra persona; b) perjuicio económico: un daño real y verificable al patrimonio de la víctima; c) intención: el dolo o intención de cometer el acto fraudulento.

La relación entre el derecho penal y civil en el contexto de fraude patrimonial es complementaria. Mientras que el derecho penal se centra en la sanción del infractor para proteger el orden público y disuadir conductas similares, el derecho civil busca reparar el daño sufrido por la víctima y restaurar su patrimonio. Ambos sistemas pueden operar simultáneamente: una persona puede enfrentar un juicio penal por fraude y, al mismo tiempo, una demanda civil por daños y perjuicios.

En la sentencia de análisis ha quedado demostrado su accionar delictivo y así lo expresa que el acusado es autor del delito de estafa, partícipe necesario del delito de falsedad ideológica y autor del delito de uso de documento privado falso, todo en concurso real (arts. 45, 172, 293 –primer supuesto–, 296 y 55 del CP), y autor penalmente responsable del delito de estafa procesal, en grado de tentativa reiterado –dos hechos- en concurso real (arts. 45, 172 y 55 CP) por el único hecho contenido en el requerimiento fiscal de fs. 123/126; todo en concurso real (art. 55 CP).

Bien Jurídico Protegido

La estafa es un delito que afecta la propiedad y abarca diversas situaciones en las que se penaliza el daño patrimonial causado. Esto no varía si el medio utilizado es el engaño, ya que no se considerará un ilícito si el engaño no crea al menos un riesgo ilegal de afectación del patrimonio. En realidad, la estafa no se limita exclusivamente al derecho de propiedad; un análisis de los diferentes tipos muestra que la protección legal se extiende mucho más allá. En nuestro sistema legal, el concepto de propiedad se asocia con los derechos reales y, principalmente, con el dominio. En cambio, el patrimonio incluye todos los bienes de una persona, incluso los objetos inmateriales con valor. Como señala Donna en su obra "Derecho Penal" el concepto de patrimonio debe ser entendido en un sentido personal y económico, garantizando una protección integral del desarrollo del individuo. A diferencia de otros tipos de delitos, en la estafa el perjuicio patrimonial se alcanza con el engaño que es el medio comisivo empleado, lo que ha autorizado a sostener que los bienes atacados por la estafa son el patrimonio y la buena fe. Los actos están

viciados por vicios en el consentimiento, en la estafa el vicio es generado por engaño, Bacigalupo expresaba "En la década de los noventa las bases de la dogmática de la estafa cambiaron. La reelaboración del bien jurídico introduciendo la libertad en el mismo trascendió los límites del bien jurídico y determinó una nueva concepción del delito. El punto de partida es la importancia atribuida al patrimonio como objeto de protección común de la estafa y la extorsión (art 243, Cód. Penal)"

Clasificación de las defraudaciones:

1) Las figuras que se ejecutan por medio de un fraude, en las que el autor, provoca con su ardid o engaño, un error en la víctima, lo que la induce a efectuar el desplazamiento desde su patrimonio o desde el de un tercero. 2) Las figuras de abuso de confianza donde el desplazamiento del bien se ha producido "por un acto anterior no vicioso" un negocio jurídico válido preexistente y es en su ejecución donde el sujeto activo incumple con mala fe sus obligaciones (administración fraudulenta). 3) Las defraudaciones donde el autor, aprovechando situaciones que le facilitan la apropiación ejerce anormalmente sus derechos o facultades, como es el caso de las apropiaciones indebidas de los incisos 1 y 2 del art. 175 del Código Penal. 4) En todos los casos anteriores, consecuencia de la conducta ilícita se produce un beneficio o incremento patrimonial propio del agente o de terceros, sin embargo, hay otras figuras defraudatorias donde el tipo no requiere ese aprovechamiento, sino que se abastecen con la mera afectación al patrimonio del sujeto pasivo, las que se han clasificado como dañosas. Así el art. 172 expresa: "...el que defraudare a otro con nombre supuesto, calidad simulada, falsos títulos, influencia mentida, abuso de confianza o aparentando bienes, crédito, comisión, empresa o negociación o valiéndose de cualquier otro ardid o engaño.". Una conducta engañosa, también llamada maquinación o ardid.⁵

El perjuicio patrimonial: El acto debe causar un daño al patrimonio de la persona engañada o de un tercero, y este daño es un elemento fundamental del delito, sin el cual no puede haber defraudación o estafa. Esto se debe a que la estafa es un delito contra el patrimonio y, como tal, requiere la prueba de un perjuicio económico real y tangible para que se considere consumado. No es necesario que el perpetrador se beneficie al final con la defraudación, ni que el perjuicio económico de la víctima sea causado con un propósito lucrativo (como odio, venganza, caridad, etc., aunque inusuales, son motivos posibles). Incluso, dependiendo de las

⁵Revista Pensamiento Penal: "Estafa y otras Defraudaciones" por Dr. Pedro Rodríguez

características del negocio o del bien en cuestión, puede suceder que el autor o un tercero sufran una pérdida económica tras la consumación del delito. El aumento de riqueza del perpetrador no es un requisito contemplado por la norma en el tipo objetivo del delito.

En el análisis del caso de apropiación indebida entre miembros de una pareja de hecho que ha roto, la aplicación de la excusa absolutoria se convierte en un tema central y complejo. La excusa absolutoria es una figura jurídica que, en ciertos delitos patrimoniales, exime de responsabilidad penal a una persona cuando el delito se comete entre cónyuges o parejas de hecho. Esta figura se basa en la idea de que el vínculo afectivo y la convivencia justifican un tratamiento más benigno de estos delitos.

Sin embargo, la aplicación de la excusa absolutoria en casos de apropiación indebida se complica cuando la pareja se ha separado. La cuestión clave es determinar en qué momento se consuma el delito de apropiación indebida, ya que esto influye directamente en la posibilidad de aplicar o no la excusa absolutoria.

1. **Antes de la Ruptura:** Si el delito se consuma antes de la ruptura de la pareja, es decir, cuando aún existe el vínculo de convivencia y afectividad, la excusa absolutoria puede aplicarse. Esto se debe a que, en este contexto, se entiende que los bienes o el dinero en común estaban bajo un acuerdo tácito de confianza y uso compartido, y cualquier apropiación indebida puede ser vista como una disputa patrimonial que no necesariamente justifica una intervención penal severa.
2. **Después de la Ruptura:** Si el delito se consuma después de la ruptura de la relación, la excusa absolutoria no se aplica. La razón es que una vez que se rompe el vínculo, ya no existe la misma expectativa de confianza y gestión compartida de bienes. En este caso, si uno de los miembros de la pareja retiene bienes o dinero que deberían ser entregados al otro miembro, y se niega a devolverlos, se configura un delito de apropiación indebida en pleno sentido. Aquí, el enfoque es más estrictamente legal y patrimonial, ya que la relación afectiva y de convivencia que justificaba la excusa ya no existe.

Además, como expresa jueza Ángeles Palacio de Arato en su fundamento “corresponde reformular la interpretación del art. 185 del Código Penal adecuándolo a la normativa convencional y constitucional en materia de violencia contra la mujer

aplicable en autos, toda vez que sostener la excusa absolutoria impediría que el Estado Argentino cumpla con sus obligaciones asumidas internacionalmente en materia de derechos humanos al ratificar la CEDAW”

En resumen, el derecho penal y el derecho civil abordan el fraude patrimonial desde perspectivas diferentes pero complementarias, uno enfocado en la sanción del delito y el otro en la reparación del daño.

V. Aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW) y Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Do Belem do Pará).

Esta sentencia en segunda instancia tomo en cuenta la “Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer” (CEDAW), que ha sido incorporada a la Constitución Nacional argentina en el art. 75, inc. 22, el cual desde el año 1994. Menciona la sentencia que, en consecuencia: “el Estado debe tomar “acciones positivas” para evitar las situaciones de desigualdad o de exclusión. Entre estas situaciones de desigualdad o de exclusión se encuentra la situación económica de la mujer. Pues, “la noción de igualdad sustantiva se proyecta sobre el deber estatal de proteger a grupos sociales discriminados frente a ciertas prácticas y patrones de violencia que los afectan. Estas prácticas son el resultado de patrones de discriminación y relaciones asimétricas de poder en la sociedad, y suelen contribuir a reproducir y reforzar las desigualdades en el ámbito social, cultural y político. Esto surge de los dos instrumentos internacionales de singular importancia, estas son “La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer” (CEDAW) y la “Convención sobre la erradicación a toda forma de violencia contra la Mujer” (Belém do Pará)”. Todo ello no hace más que poner en evidencia actos discriminatorios, poniendo al hombre en un estado de superioridad por la sola condición de ser varón, el “jefe de familia”, concepto que responde a la estructura patriarcal colocando a la mujer en una condición de desigualdad e inferioridad.

Cabe destacar en este punto que el Estado debe condenar la discriminación contra la mujer en todas sus formas y debe tomar todas las medidas apropiadas para asegurar el pleno desarrollo de la mujer y garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con el hombre.⁽⁶⁾

⁽⁶⁾ Convención sobre la eliminación de todas las formas de

discriminación contra la mujer

Tal como se expresa la la jueza Ángeles Palacio de Arato en su voto la situación que atravesó durante años la víctima y como el ejercicio de poder del imputado refleja la desigualdad en las relaciones entre hombres y mujeres, perpetua la subordinación y desvalorización de lo femenino frente a lo masculino y siendo discriminatorio y violento su accionar de allí la importancia de la aplicación de la CEDAW.

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer insta a tomar medidas para activar “profundas transformaciones culturales, tendientes a desterrar y deconstruir los prejuicios y estereotipos sobre los que se asienta esa matriz sociocultural sexista y patriarcal”.⁽⁷⁾

Este tratado internacional es de gran trascendencia ya que es el primero en reconocer que la violencia contra las mujeres constituye una violación de los derechos humanos, y en su preámbulo establece que ésta es una ofensa a la dignidad humana, y que sus causas se encuentran en las relaciones de poder históricamente desiguales entre hombres y mujeres; que la violencia contra las mujeres está presente en toda clase social, raza o grupo étnico, cultura, nivel educacional, edad o religión. Se trata de una Convención vinculante para todo el Estado argentino. Hoy se torna indispensable conceder a esta normativa el lugar que le corresponde en la Constitución Nacional, que reforzará las disposiciones de la Convención. Por ello, la iniciativa de otórgale primacía a esta convención es en un gran paso para lograr la igualdad de derechos, para que las mujeres vivan libres de violencia y un avance fundamental en la reconceptualización de los derechos humanos.

VI. El fallo: Ley 26485. Violencia simbólica y la violencia económica.

Las leyes que protegen a la mujer contra la violencia importan medidas de acción positiva, conforme la Constitución Nacional argentina, art. 75, inc. 23, el Estado debe promover “medidas de acción positiva” que “garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta constitución y por los Tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con

discapacidad”. Estas medidas de acción positiva significan implementar respuestas idóneas y concretas para lograr la integración de las personas afectadas por alguna vulnerabilidad, lo cual es obligación del Estado el equilibrar la desigualdad.

La Ley 26.485 se sancionó en la Argentina en abril de 2009 con el propósito de prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos que se desarrolle sus relaciones interpersonales. En su art.4 define la violencia contra la mujer como “toda conducta, acción u omisión que, de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal”.

Con respecto al caso que nos ocupa como parte de los fundamentos de la sentencia de la Cámara atañen a los tipos de violencia económica por las siguientes razones que se pasan a analizar expresa el fallo se considera : “un tipo de violencia contra la mujer —tanto en el orden internacional como en el legislado en el ámbito nacional— es toda conducta orientada a defraudar sus derechos patrimoniales y económicos dentro de una relación familiar, como lo es el matrimonio, llevando a cabo conductas que repercuten negativamente en su plan de vida, e impidiéndole el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución y por los tratados internacionales sobre derechos humanos. Así lo ha sostenido la jurisprudencia al decir que “...La conducta desplegada por el imputado, orientada a defraudar los derechos patrimoniales de su ex cónyuge falsificando su firma y su identidad para privarla del dinero que le correspondía por la venta de un vehículo, constituye violencia de género del tipo económico y bajo la modalidad de violencia doméstica; máxime cuando el desarrollo de la maniobra investigada estuvo rodeado de prejuicios asociados a estereotipos discriminatorios hacia la mujer, tales como afirmar que la ausencia de la víctima ante el comprador del automóvil se debía a un supuesto “cuadro depresivo”. (Del voto del Dr. Hornos). La cláusula del art. 185 del Cód. Penal, en cuanto exige de pena por los delitos de orden patrimonial causados por el cónyuge hombre en perjuicio de la cónyuge mujer e impide la investigación de los hechos, es inconstitucional, pues contraviene en forma expresa las obligaciones asumidas por el Estado argentino al momento de ratificar la

Adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 34/180, de 18 de diciembre de 1979 Entrada en vigor: 3 de septiembre de 1981, de conformidad con el artículo 27 Los Estados Partes en la presente Convención,

⁽⁷⁾ SPAVENTA, Verónica: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, publicado en marzo de 2017,

Convención de Belém do Pará y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. (Del voto del Dr. Hornos). (Para mayor abundamiento, Cámara Federal de Casación Penal, sala I, en autos R., E. Á. s/ delito de acción pública • 30/12/2016).

Primeramente, por los hechos narrados por la actora y admitidos por el acusado, reflejan claramente se basaba en una distribución de roles estereotipados propios de la cultura patriarcal. Surge del expediente que el imputado realizó maniobras fraudulentas para despojar a la víctima de bienes que formaban parte bienes. En los fundamentos de la Cámara se detalla por los hechos relatados que este sería un caso sospechado de género, pues la conducta procesal del demandado, tanto en el ámbito civil como penal quedo demostrado su accionar dañoso y violento hacia su excónyuge dejándola tanto a ella como a sus hijos en una desventaja económica utilizando todo tipo de ardid.

Todo esto representa una clara violencia simbólica, de acuerdo con los términos del art. 5 punto 5 de la ley 26485. La violencia simbólica es un concepto creado por Pierre Bourdieu en la década de 70 y se emplea para describir una relación social donde el “dominador” ejerce un modo de violencia indirecta y no físicamente directa en contra de los “dominados”, los cuales no la evidencian y/o son inconscientes de dichas prácticas en su contra, por lo cual son “cómplices de la dominación a la que están sometidos” (Bourdieu, 1994). La violencia simbólica, es muchas veces la que no se ve, esta naturalizada por patrones estereotipados, que reproducen la dominación, la desigualdad y la discriminación. “Los estereotipos degradan a las mujeres, les asignan roles serviles en la sociedad y devalúan sus atributos y características. Los prejuicios sobre la inferioridad de las mujeres y sus roles estereotipados generan irrespeto por ellas además de su devaluación en todos los sectores de la sociedad. Las mujeres pueden ser condicionadas socialmente para internalizar los estereotipos negativos sobre sí mismas y para cumplir con el papel subordinado y pasivo que consideran apropiado para su estatus. Cuando las sociedades no reconocen ni eliminan tales prejuicios ni los estereotipos asociados a éstos, se exacerba un clima de impunidad con respecto a las violaciones de los derechos de las mujeres, el cual permite que los prejuicios y estereotipos injustos sobre las mujeres se

engranen en la sociedad, lo que a su vez causa una mayor devaluación de las mujeres.”⁽⁸⁾

La violencia simbólica muchas veces es parte del lenguaje cotidiano y atraviesa las expresiones culturales. Se genera violencia simbólica inclusive a través de los medios de comunicación con una simple publicidad, cuando se ubica a la mujer como la principal y a veces única responsable de las tareas del hogar, de los hijos y, sobre todo, cuando se la expone como un simple objeto de deseo. Esta naturalización de las situaciones descriptas conlleva a vulnerar los derechos de las mujeres, al encasillarlas y colocarlas en una postura de dominación. Este modelo y patrón de conducta se reproduce y prolonga a través de los siglos, hace que las mujeres sean socialmente construidas en roles de servidumbre y con características y atributos inferiores. Para erradicar este tipo de violencia oculta y a la vez más generalizada en su forma de discriminación contra las mujeres exige la deconstrucción de los estereotipos de género, los cuales son notablemente resilientes y resistentes a ser erradicados o reformados.⁽⁹⁾

Lamentablemente en su mayoría los casos de fraude entre cónyuges son llevados a cabo por varones hacia mujeres, quienes fueron sus compañeras de vida con quienes había un proyecto de vida e incluso hijos, esto demuestra cómo se ejerce la violencia simbólica por parte de estos individuos al ocultar y sustraer bienes de la sociedad conyugal dejando en desventaja a las mujeres quienes según se establece en nuestro código tienen el derecho de igualdad como dice el art. 498 Cod. Civil y Comercial que la masa común se divida por partes iguales entre los cónyuges. Una vez que se produce la separación de hecho o el divorcio o fin de una convivencia las estadísticas reafirman que son las mujeres quienes desconocían el real caudal patrimonial o si lo sabían al reclamarlo se encuentran con este tipo de conductas fraudulentas y son en su mayoría perjudicadas.

La violencia económica se pone en evidencia como expresa la causa “la violencia familiar es el último eslabón de una larga cadena de violencia económica que sufren las mujeres y que quiebra las relaciones dentro de la familia y de las parejas. Marcela Lagarde explica el término perspectiva de género: “la perspectiva de género permite analizar y comprender las características que definen a las mujeres y a los hombres de manera específica, así

⁽⁸⁾ COOK, Rebecca & CUSACK, Simone, Estereotipos de Género *Perspectivas Legales Transnacionales, Traducción al español por: Andrea Parra, Profamilia, 2010 Título Original: Gender Stereotyping: Transnational Legal Perspectives, University of Pennsylvania Press, 2009*

⁽⁹⁾ L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. Honorable Magistrada- “Beyond the Myths: Equality, Impartiality, and Justice”. En: *Journal of Social Distress and the Homeless* No. 10 (2001); p. 101.

como sus semejanzas y diferencias. El término más adecuado para lograr la integración es el de paridad ya que se reconocen las diferencias irreductibles pero que deben merecer el mismo tratamiento legal. Es decir, estas diferencias no deben generar desigualdad material frente a la ley. Pues durante casi doscientos años el mensaje del sistema penal hacia las mujeres ha sido muy claro: las violencias en el ámbito de las relaciones de pareja estaban justificadas o eran un problema menor, un problema del ámbito privado en el que el sistema penal no debía intervenir. Abramovich “la noción de igualdad material o estructural parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población están en desventaja en el ejercicio de sus derechos por obstáculos legales o fácticos y requieren, por consiguiente, la adopción de medidas especiales de equiparación. (Abramovich, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la CIDH”. Ver: www.anuariocdh.uchile.cl). Ello implica la necesidad de trato diferenciado, cuando debido a las circunstancias que afectan a un grupo desaventajado, la identidad de trato suponga coartar o empeorar el acceso a un servicio bien o el ejercicio de un derecho. Expediente Nro. 1599161 - 39 / 42 También conduce a examinar la trayectoria social de la supuesta víctima, el contexto social de aplicación de las normas o las políticas cuestionadas, así como la situación de subordinación desventaja del grupo social al cual pertenecen los potenciales afectados.”

La conducta ilícita del imputado prueba la intención de generar un menoscabo en los recursos económicos para la mujer. Se entiende por violencia económica a todas aquellas prácticas que impactan negativamente y afectan la subsistencia económica de una persona. La violencia económica y patrimonial es un tipo de violencia que empieza de manera imperceptible, que es aceptada al principio en la mayoría de los casos por la víctima de buena fe o por temor; sin embargo, esto que empieza como algo aceptable e inadvertido se va tornando de a poco cada vez más agravante a tal punto que el agresor llega a “asfixiar” a la víctima.⁽¹⁰⁾

En el contexto de la violencia de género, los varones son quienes administran o ejercen un control sobre los aportes económicos de la pareja para ejercer su poder a través de la manipulación y el dominio. Colocando a las mujeres con respecto a la

situación patrimonial en una condición de desigualdad y mayor vulnerabilidad.

VII. El fallo como una expresión de la aplicación de la perspectiva de género.

La primera vez que se habló de perspectiva de género fue en el año 1975 en el discurso de la Organización de las Naciones Unidas al considerarse las políticas de ayuda al desarrollo de las mujeres. Posteriormente en las siguientes conferencias mundiales se convirtió en un tema central. Se consolidó este concepto en la Conferencia de Beijing (China, 1995), donde por primera vez se lo trató como una vulneración a los derechos humanos, así como a la violencia contra las mujeres.

La perspectiva de género es un instrumento conceptual que permite demostrar que las diferencias entre mujeres y hombres se dan no sólo por su determinación biológica, sino también por las diferencias culturales asignadas a los seres humanos.⁽¹²⁾ Al contar con esta herramienta es posible eliminar las desigualdades a las que han sido expuestas las mujeres en los diversos ámbitos sociales y muchas veces frente a la justicia. Una vez identificado estos factores, la mirada de género permite realizar acciones positivas para avanzar hacia el camino de la igualdad.

El caso que ha sido estudio de análisis, en este trabajo, muestra cuán importante es que en las resoluciones judiciales contengan un abordaje con perspectiva de género. Este enfoque permitió observar ante cuantos agravios se expuso a la actora por cuestiones de género, vulnerando sus derechos, siendo discriminada y víctima de la violencia económica y simbólica que se ejerció sobre ella. Expresa los fundamentos del fallo que: “cuando el delito de daño integra hechos de violencia que por sus modalidades y condiciones quedan atrapados por la normativa convencional que rige en materia de violencia de género, considero que no solo no se encuentra presente el fundamento de política criminal que habilita la aplicación de la excusa absolutoria del art 185 del CP; sino que, una interpretación conforme que integre la ley de fondo con la normativa de mayor jerarquía habilitarían la exclusión de la excusa absolutoria para estos casos” (Díaz, Juzgado de Control de Río II) . Por todo ello, entiendo que en el caso concreto corresponde reformular la

⁽¹⁰⁾ ALAFATTICH, Viviana Karina- Jueza Tribunal De Familia De Formosa, “Ciclo De Capacitación En Perspectiva De Género En Adhesión A La Ley “Micaela” (Ley N° 27499) Violencia Económica Y Patrimonial Contra La Mujer”, 29 de octubre 2020

⁽¹²⁾ SOSA, María Julia, secretaria del Juzgado en lo Criminal y Correccional Federal Nro.10 de Capital Federal, “Investigar y juzgar con perspectiva de género”, Revista Jurídica 5 DE ABRIL 2021

interpretación del art. 185 del Código Penal adecuándolo a la normativa convencional y constitucional en materia de violencia contra la mujer aplicable en autos, toda vez que sostener la excusa absoluta impediría que el Estado Argentino cumpla con sus obligaciones asumidas internacionalmente en materia de derechos humanos al ratificar la CEDAW y la Convención de Belém do Pará. En tanto que en el hecho nominado tercero debe responder como autor del delito de Estafa Procesal en grado de Tentativa dos hechos en concurso real (arts. 45, 42, 172 y 55 del CP) toda vez que, con intención de perjudicar patrimonialmente a la víctima Pedrotti y, mediante la presentación de un Expediente Nro. 1599161 - 38 / 42 documento falso, comenzó a ejecutar la maniobra defraudatoria, y presentó ante el juzgador documentación cuya falsedad le constaba y que probaba una calidad que invocó para engañar al juez civil y lograr una resolución favorable, no logrando los fines propuestos por razones ajenas a su voluntad, cual es que, a la fecha, los juicios en cuestión no tienen sentencia firme tal y como lo informa al Sra. Secretaria del Juzg. De 1º Inst. y 1º Nom. a fs. 122. Finalmente, resta decir que los presentes se enmarcan dentro de la problemática de violencia de pareja y género. Esta se manifiesta de diferentes modos, conforme a cada cultura y las circunstancias tiempo- espaciales que las circundan, pero puede definirse como “el ejercicio de poder que refleja la asimetría existente en las relaciones entre varones y mujeres y que perpetúa la subordinación y desvalorización de lo femenino ante lo masculino.Se debe reparar que, posteriormente, Pedrotti padeció un aneurisma cerebral que le causó Expediente Nro. 1599161 - 40 / 42 pérdida de conocimiento, desmayos, cefaleas, vómitos, y en el mes de noviembre de 2014 fue intervenida quirúrgicamente. Precisamente las fechas de ambos eventos coinciden con el inicio de las maniobras de Tomaselli para la constitución de Dayna SA y luego, para transferir los bienes a Il Castello SA, cuando cursaba el posoperatorio de la delicada cirugía. Todo lo cual torna más reprochable su conducta.”

| Por eso es importante la capacitación, la cual es obligatoria como lo establece el art. 1 de la Ley 27499 en la temática de género y violencia contra las mujeres para todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías en los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial de la Nación.

Aplicar perspectiva de género en las sentencias debería ser la regla, más cuando hay compromisos internacionales asumidos por el Estado argentino relativos a las declaraciones sobre derechos humanos, a los estándares internacionales fijados por

los respectivos órganos de aplicación y control, y a la normativa nacional, que reconocen a las mujeres el derecho a una vida libre de violencia y discriminación.

VIII. Conclusión

El fraude en el contexto de los bienes gananciales matrimoniales representa una forma de violencia económica y simbólica que ocasiona efectos devastadores sobre la parte afectada, que en la mayoría de los casos son mujeres las víctimas de este accionar violento. El Código Civil y Comercial de la Nación aborda esta problemática, considerando el fraude entre cónyuges como una forma específica de fraude a la ley, cuyo objetivo es eludir o violar las normas imperativas relativas al régimen patrimonial del matrimonio. Este reconocimiento es fundamental para la protección del patrimonio conyugal y la equidad en su partición.

El caso analizado destaca la importancia de identificar y tratar el fraude como un delito y además como una manifestación de violencia de género, particularmente cuando uno de los cónyuges oculta o disimula bienes para evitar una distribución por partes iguales. La denuncia presentada por la actora, quien invirtió tiempo, esfuerzo y recursos en el proyecto de vida en común, ilustra una situación donde la falta de aplicación efectiva de las normas nacionales e internacionales puede perpetuar una injusticia. Esto es especialmente evidente en un contexto donde los operadores de justicia carecen de una perspectiva de género, lo que puede resultar en la invisibilización de las formas de violencia.

El fallo que condenó al imputado no solo es significativo por su resultado judicial, sino también por el mensaje claro que envía a la sociedad y al sistema judicial. Al reconocer y cuantificar el daño causado a la víctima y a sus hijos, la sentencia realiza consideraciones minuciosas basadas en las pruebas que reafirma la legitimidad de su reclamo.

Además, la decisión judicial subraya la necesidad urgente de juzgar con perspectiva de género, un enfoque que trasciende el ámbito jurídico para convertirse en una respuesta social que busca erradicar la tolerancia hacia cualquier forma de violencia contra las mujeres. La aplicación de este principio es una obligación constitucional y una exigencia derivada de los compromisos internacionales asumidos por Argentina, como lo estipulan la CEDAW y la Convención de Belém do Pará. El fallo ejemplifica cómo la interpretación y

aplicación del artículo 185 del Código Penal debe adaptarse para abordar la violencia económica, una forma menos visible pero igualmente dañina de violencia de género.

Este caso, por tanto, contribuye significativamente a la jurisprudencia en materia de fraude y violencia económica, ofreciendo un precedente valioso para futuros casos. También subraya la importancia de interpretar y aplicar las leyes de manera que protejan efectivamente los derechos patrimoniales y la dignidad de las víctimas dentro del marco de las relaciones conyugales. Aportando una mejor comprensión de la situación normativa y práctica del fraude a la sociedad conyugal. Resalta la necesidad de un sistema judicial informado y sensibilizado en cuanto a la igualdad de género y la violencia económica.

Avanzar en esta dirección es esencial para crear una sociedad más justa e igualitaria, donde todos los tipos de violencia sean visibilizados y erradicados, y donde se garantice el respeto y la protección de los derechos fundamentales de todas las personas.

IX Bibliografía

- ABRAMOVICH, Víctor, “Responsabilidad estatal por violencia de género: comentarios sobre el caso “Campo Algodonero” en la CIDH”. Ver: www.anuariocdh.uchile.cl
- AZPIRI, Jorge, Régimen de bienes en el matrimonio, Hammurabi, Buenos Aires, 2012, pág. 411.
- ALAFATTICH, Viviana Karina, “Ciclo de capacitación en perspectiva de Género en Adhesión a la Ley Micaela (Ley N° 27499) Violencia económica y patrimonial contra la Mujer”
- Código Civil y Comercial de la Nación
- Constitución Nacional Argentina
- Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer (CEDAW)
- Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer
- COOK, Rebecca & CUSACK, Simone, Estereotipos de Género Perspectivas Legales Transnacionales, Traducción al español por: Andrea Parra, Profamilia,
- HERNÁNDEZ, Lidia, Fraude entre cónyuges. La sociedad como instrumento del fraude, en Rev. Derecho de Familia, n° 32.
- HERNÁNDEZ, Lidia, Fraude entre cónyuges, Boletín 1 de la Maestría en Derecho de familia, Infancia y Adolescencia.
- HIGHTON de NOLASCO, Elena I.; “Una etapa histórica: la mujer en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”, La Ley 2015-D, pág. 6
- Ley 27499 Ley Micaela de Capacitación Obligatoria en Género para todas las personas que integran los tres poderes del Estado
- Ley 26485 de Protección Integral A Las Mujeres Ley Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia - Fecha de sanción 11-03-2009 - Publicada en el Boletín Nacional del 14-Abr-2009
- L'HEUREUX-DUBÉ, Claire. - “Beyond the Myths: Equality, Impartiality and Justice”. En: Journal of Social Distress and the Homeless No. 10 (2001); p. 101.
- O'DONNELL, Agustina: “Violencia económica y patrimonial y la cuestión tributaria. La importancia de tener un protocolo para juzgar con perspectiva de género: el caso de México” 17 de junio de 2020
- SPAVENTA, Verónica: Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, publicado en marzo de 2017,
- SOSA, María Julia, “Investigar y juzgar con perspectiva de género”, Revista Jurídica.

Fraude entre cónyuges

Por Laura M. Mignoli

Trabajo final materia: Fraude entre Cónyuges

Docente: Lidia B. Hernández

1. Introducción. Antecedentes del caso. Primera instancia. 2. Segunda instancia. 3. Análisis del caso - puntos a considerar. Liquidación de la sociedad conyugal 4. Carácter de la indemnización por despido. 5. Fraude entre cónyuges y simulación. 6. Consideraciones finales. Análisis personal 7. Bibliografía

1.-Introducción antecedentes del caso primera instancia

En el caso que traemos a estudio, en primera Instancia se presenta la actora L.V.G por su propio derecho promoviendo formal acción revocatoria contra dos demandados, su ex cónyuge y el otro, un medio hermano de su ex cónyuge, solicitando se proceda a revocar por fraudulento y simulado el acto jurídico efectuado el 20 de septiembre de 2011, el que consistió en la compra de un rodado marca Peugeot 307 dominio FVM 386, según la misma con fondos gananciales.

Manifestó que contrajo matrimonio con M.N.D. el 4 de marzo de 2005; y que, si bien no existieron bienes inmuebles durante su matrimonio con el demandado, sí existía un crédito derivado del juicio de despido iniciado por M.N.D. – su ex cónyuge- cuyas actuaciones tuvieron trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia del Trabajo N° 43, y cuyas copias certificadas obraban en los autos conexos sobre medidas precautorias (Expte. 40.549/12).

Señaló que tanto el inicio de la relación laboral como la extinción del vínculo, se produjeron encontrándose subsistente la sociedad conyugal, por lo cual no existía duda alguna que correspondía dividir el producido de la indemnización en partes iguales.

Dice que el demandado llegó a un acuerdo con la empresa demandada en la cual esta última se comprometió a abonar la suma de \$ 150.000 en 4 pagos; los 3 primeros de pesos cuarenta mil (\$ 40.000) y el último de pesos treinta mil (\$ 30.000), con vencimientos los días 6/7/2011, 1/8/2011, 1/9/2011 y 3/10/2011 respectivamente.

Que dichos pagos fueron percibidos por el demandado, conforme dan cuenta las constancias de fs. 331 vta., 335 vta. y 339 vta., sin indicar respecto de que actuaciones.

Aduce que el demandado con absoluta mala fe y conocedor del carácter ganancial de la indemnización percibida, compró un vehículo marca Peugeot 307 modelo XS premium 2.0 dominio FVM386 con fecha 20 de septiembre de 2011 y lo inscribió a nombre de su medio hermano W. F. A. R. D, quien reside en la localidad de Godoy Cruz, Provincia de Mendoza.

Refirió que el hermano del accionado con 22 años de edad, carecía de capacidad económica para adquirir un automóvil que estaba valuado en \$ 73.000 a la fecha de promoción de la demanda.

Se presentan los demandados, oponen excepción de falta de legitimación activa, alegando que no tendría un crédito contra el codemandado D en virtud de una supuesta indemnización que éste último habría percibido y de la cual –según ella- le corresponde el 50%, lo cierto es que este derecho no sólo carece de reconocimiento, sino que ni siquiera ha sido reclamado formalmente.

Señalan que la revocatoria (como también la eventual acción de simulación) carece de cualquier sustento, ya que no existe interés a tutelar. Dicen que no alcanza con invocar un crédito mediante una mera manifestación, quien se cree titular de ese crédito debe reclamarlo, y por la vía pertinente.

Reitera que la actora. en la medida que no ha reclamado formalmente el supuesto crédito que invoca para peticionar la revocación del acto de compraventa del automóvil, carece absolutamente de legitimación. Agrega que por más simulado que hubiera sido el acto, es plenamente válido en la medida que no perjudique a terceros. Y considerando que la Sra. actora no ha obtenido reconocimiento alguno al crédito que menciona, de ninguna manera se la puede considerar como un tercero interesado o perjudicado en los términos invocados.

Que nada le impidió reclamar tal crédito en la medida que se crea con derecho a hacerlo y que no existía obstáculo alguno –al momento de la promoción de esta demanda- para que reclame el derecho de fondo.

Luego de un exhaustivo análisis jurídico en esta Instancia el juzgado hizo lugar a la demanda y resolvió en su parte resolutive: *“1.-Desestimar las excepciones de falta de legitimación planteadas por los codemandados. Con costas (arts. 68 y 69 del Código Procesal). Hacer lugar a la demanda entablada a fs. 6/9. En consecuencia, se declara la simulación parcial de la compraventa del automóvil marca Peugeot*

modelo 307 XS Premium 2.0 Dominio FVM386 por haber intervenido como compradora una persona distinta a la que realizaba la adquisición. III.- Consecuentemente, se ordena rectificar el título de propiedad del automotor indicando que el comprador es M. N. D, de estado civil divorciado, y declarando que el rodado es de carácter ganancial. A tal fin, líbrese oficio ley 22.172 IV.- A los fines de determinar el valor del vehículo, se extrae cotización del portal de Internet de "autos.com", estableciéndose su monto en la suma de Ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000), debiendo abonarse a la Sra. Leila Virginia Graviola la suma de setenta y cinco mil pesos (\$ 75.000), en el plazo de treinta días. Abonado el saldo de precio, se procederá a su inscripción. Para el supuesto de incumplimiento, dicho monto se actualizará conforme tasa activa del Banco Nación hasta su efectivo pago. V.- Interín, ordeno la prohibición de contratar respecto al automóvil marca Peugeot modelo 307 XS Premium 2.0 Dominio FVM386. A cuyo fin, líbrese oficio ley 22.172. VI.-

2.-Segunda instancia:

Apelada la sentencia, la Cámara resuelve revocar la condena dispuesta en los puntos III y IV de la sentencia de primera instancia y confirmarla en el resto.

O sea que los puntos que revoca se refieren a los que ordenaban rectificar el título de propiedad del automotor indicando que el comprador es M. N. D, de estado civil divorciado, declarando que el rodado es de carácter ganancial, y respecto del punto IV ordenaba que a los fines de determinar el valor del vehículo, se extrae cotización del portal de Internet de "autos.com", estableciéndose su monto en la suma de Ciento cincuenta mil pesos (\$ 150.000), debiendo abonarse a la Sra. L. V. G. la suma de setenta y cinco mil pesos (\$ 75.000), en el plazo de treinta días. Abonado el saldo de precio, se procederá a su inscripción. Para el supuesto de incumplimiento, dicho monto se actualizará conforme tasa activa del Banco Nación hasta su efectivo pago, todo ello lo deja sin efecto.

Del análisis de la sentencia de Cámara es interesante destacar las resultas del mismo que expresan diversos aspectos.

El primero que formulan aducen que "El efecto de la acción de fraude entre ex esposos opera exclusivamente en sus relaciones internas y consiste en que el impugnante pueda hacer valer el crédito por la parte que le corresponde en la liquidación de la sociedad conyugal, y similares consideraciones son aplicables a la acción declarativa de simulación, por lo

cual no procede modificar la inscripción registral de un bien, máxime cuando ya se produjo la disolución de la comunidad de gananciales por efecto de la sentencia de divorcio, de modo que el bien no volverá a ser ganancial."

"La acción de fraude prevista en el art. 1298, Código Civil, puede ser ejercida con anterioridad o independientemente de la acción de disolución de la sociedad conyugal, pues de lo contrario se exigirían recaudos que la norma no exige y se desconocerían los derechos que cada cónyuge tiene durante la comunidad de evitar actos perjudiciales al interés comunitario."

"La ganancialidad de las sumas de dinero percibidas por un cónyuge en concepto de indemnización laboral constituye interés jurídico suficiente para que el otro cónyuge accione por simulación o interposición real, invocando que fueron aplicadas a la compra de un bien inscripto a nombre de un tercero."

3.- Análisis del caso. Puntos a considerar. Liquidación de la sociedad conyugal

En primer lugar, es dable aclarar que los procesos de liquidación del régimen de comunidad suelen ser muy arduos y prolongados.

Más allá del nivel de litigiosidad de las partes (y sus abogado/as), muchas veces la ausencia de datos e ignorancia patrimonial dificulta mucho la prueba de los reclamos, pues el monopolio de la información es también una forma de ejercer el poder económico.

Y la administración de un excónyuge durante la etapa de indivisión puede hacer peligrar o directamente aniquilar los derechos patrimoniales de las mujeres. (UNA ESPECIE DE VIOLENCIA FAMILIAR: LA VIOLENCIA ECONÓMICA EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD. APORTES DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO por María Victoria Pellegrini) Privado y Comunitario Perspectiva de género y su impacto en el Derecho Privado pagina 396 (1)

En este proceso se dirimen todas las cuestiones para liquidar los activos y pasivos.

Un punto importante para analizar es a partir de cuando se determina que se produce esa liquidación. El artículo 480 del Civil, establece claramente las pautas para ello, y en tal sentido determina que la anulación del matrimonio, el divorcio o la separación de bienes producen la extinción de la comunidad con efecto retroactivo al día de la notificación de la demanda o de la petición conjunta de los cónyuges.

Ahora bien, desde que se produce la liquidación de la sociedad conyugal, hasta tanto se haga efectiva la liquidación y partición, existen diferentes situaciones que pueden producirse a contemplar, entre tanto, los cónyuges pueden pactar acuerdos.

Si las partes acuerdan rigen los principios de la autonomía de la voluntad entre ellas, y el convenio, en sus diferentes formas adquiere fuerza de ley siendo obligatorio para las partes.

En cambio, si no celebraran un acuerdo siguen rigiendo todas las reglas de la comunidad (artículos 467 al 474 del Código Civil).

Todo esto queda excluido si el convenio se lograra mediante dolo, falsedad de la información u ocultamiento de activos, cosa que sucede en el caso de análisis y nos abocaremos a analizar en detalle.

4.- Carácter de la indemnización por despido

Para considerar si existió fraude, debemos abocarnos en primer término a la naturaleza del crédito, lo cual es en este caso una indemnización por despido.

El carácter de la indemnización ha dado una larga discusión doctrinaria y jurisprudencial.

La opinión mayoritaria sostuvo que la indemnización por despido sería individual o comunitaria según el momento en que se produjese el despido: si se produjo durante el mandato comunitario, sería comunitaria; caso contrario, será propia.

Tal es la opinión, por ejemplo, de Sambrizzi[2], Mazzinghi[3], Seda[4], Fassi, Bossert[5], Fleitas Ortiz de Rozas y Roveda, quienes consideran que la indemnización por despido tiene por objeto asegurar la subsistencia del trabajador despedido, es decir, lo que interesa es el sentido de la indemnización hacia el futuro[6].

Por ende, “la indemnización por despido, en la medida en que éste se produzca durante la vigencia de la sociedad conyugal, será ganancial, ya que su importe se subroga en los frutos civiles del trabajo, profesión o industria que son gananciales” [7].

En la misma línea, Krasnow y Ricolfi consideran que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 464, inciso “n”, del Código Civil y Comercial.

Dicha norma dispone que es de carácter ganancial lo percibido en concepto de lucro cesante por bienes que hubieran sido gananciales. En consecuencia, entienden que “cuando la ruptura del vínculo laboral

se produjo durante la vigencia del régimen económico matrimonial, la suma que se reciba será ganancial” [8].

Por ende, bajo esta óptica, no interesa si el trabajador inició la relación de dependencia antes de la vigencia de la comunidad, o incluso si la mayor parte del tiempo en la que perduró la relación de trabajo transcurrió antes del matrimonio. Lo que interesa es si la comunidad se encontraba vigente o extinta al momento de devengarse la indemnización [9].

Asimismo, parte de la doctrina considera que la indemnización por despido devengada durante la vigencia de la comunidad no puede ser calificada como propia toda vez que la misma no tiende a reparar ningún daño de carácter personal. Tal es la opinión, por ejemplo, de Lloveras y Huais, quienes sostienen que “se trata de una indemnización tarifada, cuya procedencia es determinada por la ley con independencia del daño efectivamente sufrido por quien ha sido despedido (...) procura cubrir en alguna medida los costos debida que deberá afrontar el trabajador durante el período de desempleo” [10].

La postura doctrinaria desarrollada en los párrafos precedentes ha sido avalada en varias oportunidades por la jurisprudencia. Por ende, de conformidad con este criterio jurisprudencial, el punto de quiebre para calificar la indemnización como propia o ganancial será determinar si la misma se devengó antes o después de la fecha de extinción de la comunidad [11].

Así y a modo de ejemplo se cita uno de los tantos fallos que entienden y adhieren lo expuesto “ut supra”, en el caso se estableció en sentido negativo el carácter de la ganancialidad dado que el mismo distracto **se produjo luego de disuelta la sociedad conyugal** que “Se confirma la sentencia que excluyó de la integración de los bienes de la comunidad a las sumas de dinero derivadas del acuerdo de retiro entre la demandada y su empleadora. En este sentido, se desestiman los agravios del actor apelante relativos al carácter ganancial de la indemnización laboral y a la fecha de la disolución de la sociedad conyugal. En efecto, al no existir discusión entre las partes respecto a que el despido se produjo una vez disuelta la sociedad conyugal (inc. c, art. 477, Código Civil y Comercial, luego de producida la separación de hecho), la indemnización tiene carácter propio, ya que el perjuicio de la falta de trabajo será desde entonces, en exclusivo perjuicio del cónyuge despedido. Es decir que, la fecha de separación de los cónyuges es anterior a la de la celebración del acuerdo de retiro, y que, por lo tanto la indemnización derivada del mismo no reviste carácter ganancial.” (12)

En el caso de autos, **tanto el inicio como la conclusión de la relación laboral fue durante la vigencia de la sociedad conyugal por lo cual este punto queda fuera de toda discusión o duda** y dichos fondos fueron de carácter ganancial.

5.- Fraude entre cónyuges

El artículo 473 del CCyC regula un tipo especial de fraude, el ocurrido entre cónyuges, y tiene como fin preservar la integridad del patrimonio ganancial-

Se vincula directamente al fraude a la ley contemplado en el artículo 12 del CCyC 49 por lo que no exige que se comprueben los requisitos del fraude a los acreedores (art. 339, CCyC)

Se trata de una figura con un sentido propio y específico, a la cual sólo se le pueden aplicar las normas de la acción pauliana en la medida que sean compatibles con la naturaleza de los derechos en juego, que no es otra que asegurar la participación.

La acción procede en contra de los actos realizados por el cónyuge defraudador dentro de los límites de sus facultades (se excluyen ilicitudes directas u ostensibles en las que el acto se encuentra en abierta contradicción con el ordenamiento), siempre que exista un propósito defraudatorio

O sea, requiere que un acto lícito realizado por el que administra el bien encubra una causa ilícita y fraudulenta, consistente en perjudicar al otro cónyuge. Alcanza tanto a los actos de disposición como los de administración; pueden ser reales o simulados, valerse de normas de sociedades, fideicomisos, u otros negocios jurídicos hábiles para burlar la integridad de la masa ganancial. Como regla recae sobre actos jurídicos, pero podría también comprender actos materiales como la destrucción deliberada de bienes.

En principio, la norma se aplica para proteger los bienes gananciales quedando fuera los propios, salvo que las maniobras cuestionadas se encaminen a vulnerar las disposiciones comunes a todos los regímenes, como el deber de contribución a las cargas del hogar (conf. art. 455, CCyC) o la protección de los derechos sobre la vivienda familiar (art. 456, CCyC) (13)

Tipos específicos de fraude señalados por la doctrina.

A los fines de clarificar los supuestos que encierra la norma, la mayoría de la doctrina describe algunos supuestos específicos de fraude que resultan ser bastante comunes en la praxis judicial.

Fraude a través de la simulación.

Tal como sostiene Arianna, existen diferencias entre el acto fraudulento y el acto simulado. El primero se trata de un acto real, en tanto el segundo es una apariencia; el fraude es siempre ilícito, la simulación puede ser lícita o ilícita (14)

Sin embargo, las distinciones son muy sutiles, debido a ello se admite la acumulación de ambas acciones, toda vez que la simulación es el proceder que habilita el fraude. (15)

Fraude cometido a través de la constitución o utilización de sociedades.

Este supuesto se da cuando uno de los cónyuges, sea a través de la constitución de una sociedad o de la utilización de esta, tenga por fin sustraer o disminuir los bienes gananciales con el objeto de defraudar a su cónyuge y evitar que este pueda ejercer -en definitiva- su derecho a la mitad de aquellos.

Como puntualiza Azpiri, “puede constituirse una sociedad comercial que no engañe actividad productiva ya que encubre un patrimonio ganancial, o cuando se hace figurar como titulares de una sociedad a terceros, encubriendo que, en realidad pertenecen a uno de los cónyuges”.

Como señala Zannoni, citando a Fassi y Bossert, “si un cónyuge destruye o deteriora deliberadamente bienes que integran su masa de administración con la intención de frustrar los derechos de participación del otro en la liquidación de la sociedad conyugal, procederá en su caso computar el valor del bien para salvar la hijuela del cónyuge perjudicado”.

6.- Consideraciones finales. Análisis personal

En primer lugar disiento de lo resuelto por la Cámara en cuanto a la figura del codemandado, medio hermano del ex cónyuge, en cuanto se expresa la sentencia en el sentido que: “... se ha resuelto que no constituye simulación en los términos del art. 955 del C. Civil la interposición de una persona real en la celebración de un acto jurídico, si el transmitente desconocía la condición de testafiero de un tercero que reviste el otro contratante, circunstancia que lleva a que el acto surta todos sus efectos entre las partes, sin perjuicio de la eventual existencia de una acción entre mandante oculto y adquirente (cf. CNCiv., sala B, 3/8/2000, L.L. 2000-D, 611). Se ha dicho también que no constituye simulación en los términos del art. 955 del C. Civil la interposición de una persona real en la celebración de un acto jurídico, si el transmitente desconocía la condición de testafiero de un tercero

que reviste el otro contratante, circunstancia que lleva a que el acto surta todos sus efectos entre las partes, sin perjuicio de la eventual existencia de una acción entre mandante oculto y adquirente (cf. CNCiv., sala B, 3/8/2000, L.L. 2000-D, 611).” (16)

La sentencia deja al codemandado como un simple titular del bien adquirido por su hermano, mientras que en la parte dispositiva de la sentencia en cuanto el análisis de las pruebas se dejó claramente establecido que:

“Por otra parte, no ha quedado demostrado en autos la capacidad económica del codemandado. Ello así, por cuanto de la contestación brindada por la Afip que luce a fs. 291/2 se advierte que Walter Fabián Axel Rojo D’Orazio no se encuentra incluido en ninguna nómina de declaración jurada. Tampoco se ha demostrado la solvencia de los progenitores del codemandado para efectuar la donación que éste dice haber recibido, ni se ha acompañado instrumento público alguno para acreditar tal circunstancia. Si bien el codemandado adjunta un formulario de declaración jurada sobre el origen lícito de los fondos y sobre condición de persona políticamente expuesta, no hay constancia en autos de sus ingresos, ni de su procedencia. Es por ello que resulta al menos llamativo, que a la escasa edad de 21 años (a la fecha de compra del rodado) un joven pueda obtener un vehículo sin poder justificar su patrimonio. No obstante, ello, señala Rojo D’Orazio en su responde de fs. 51 vta. que el 20/9/11 se realizó la compraventa y a finde evitar viajar en transporte público con el dinero a cuestras, optó por pedir “prestados” una serie de cheques al codemandado Domínguez, para luego reintegrarle el dinero cuando éste viajara a la Ciudad de Mendoza. Ahora bien, no queda claro si Domínguez asumiría el riesgo de traer dichas sumas a esta ciudad. Al menos, resulta curioso porque no bancarizó el dinero y se lo transfirió directamente a su medio hermano. En lugar de ello, optó por extender un documento (ver fs. 37) que no es más que un simple recibo, del que no surge constancia alguna sobre la certificación de firmas y de la fecha en que se llevó a cabo. En este marco contextual, la operación realizada se torna particularmente sospechosa. Máxime, si tenemos en cuenta a su vez que el adquirente del rodado padece miopía y astigmatismo de larga data (Conf. Resumen de historia clínica obrante a fs. 42/3), ni que tampoco se han acompañado otros elementos de prueba a los fines de desacreditar los dichos por la accionante. No ha adjuntado tampoco su licencia de conducir a los fines de probar que pese a la mejoría que dice existió en su enfermedad, se encontraba habilitado para conducir” (17).

Todo lo analizado y visto en la forma probatoria a mi entender no hace más que demostrar su mala fe, por lo que para mí debió ser condenado en forma solidaria.

En segundo término, la sentencia de Cámara en su parte resolutive expresa:

“En este punto encuentro que asiste razón a los apelantes. En primer lugar, cabe precisar que el efecto de la acción de fraude opera exclusivamente en las relaciones internas de los cónyuges y su efecto consiste en que el impugnante pueda hacer valer el crédito por la parte que le corresponde en la liquidación de la sociedad conyugal (conf. Zannoni, op. cit., 2da. ed., 1989, T. I, p. 684, nº 541). Similares consideraciones son aplicables a la acción declarativa de simulación. No procede, por consiguiente, modificar la inscripción registral, máxime cuando la disolución de la comunidad de gananciales se produjo el 5/10/2009 por efecto de la sentencia de divorcio, de modo que el bien no volverá a ser ganancial.

Si bien los ex cónyuges formularon un acuerdo de división de los bienes gananciales al presentar la demanda conjunta de divorcio, ello no es óbice a la promoción de la liquidación de la sociedad conyugal si aparecen nuevos bienes que integran el régimen de comunidad, como sucede en el caso. Pero para atender a tal fin será necesario que se promueva la acción pertinente, donde podrá plantearse la existencia de recompensas o las defensas que se consideren oponibles....” (18)

Disiento con el análisis detallado “ut supra”, respecto de la operatoria para el cobro del crédito respecto de la actora, si la simulación solo lo fue en forma parcial, dado que realmente la compra del automotor si existió y con bienes gananciales, no se comprende porque no puede pasar a titularidad del ex cónyuge e integrar la masa del acervo patrimonial a dividir, siendo que, de esta forma, deberá iniciar aún una nueva acción para la percepción del crédito.

Todo parecería indicar que la metodología sería la actualización de las sumas percibidas en concepto de indemnización, las cuales si o si deberán componer bienes de la liquidación de la sociedad conyugal.

No existía la posibilidad de ingresar el vehículo en la masa a liquidar sin antes pasar por la acción de simulación, quizás la solución mas viable para evitar una nueva acción hubiera sido la simulación y recalificación del carácter ganancial del bien, a modo que la justicia evitara un tiempo de demora posterior aún a toda la causa.

Por otro lado – continuando con un análisis meramente subjetivo – las indemnizaciones, no constituyen en general un crédito a dirimirse en la

liquidación de la sociedad conyugal, quizás por la larga trayectoria en que no se encuadran específicamente durante años en un lado de la línea ganancial o no. Es más, la aplicación de este concepto sigue siendo netamente jurisprudencial y doctrinario.

Por otro lado, cometido el fraude, con la connivencia del codemandado, parecería que el hecho en sí mismo no tiene un peso de ley, simplemente la justicia se abocó a defender el crédito, que no es una cuestión menor en la materia, dejando sin ningún tipo de reparación a la malicia, ni con intereses ni con astreintes, lo que deja aún más en una situación vulnerable al cónyuge de buena fe. Dichas cuestiones deberían tener un peso más importante en el proceder de mala fe, un camino sinuoso que debería comenzar a recorrerse a la luz de las estadísticas.

7.- Bibliografía

(1) Privado y Comunitario Perspectiva de género y su impacto en el Derecho Privado página 396

[2] Cfr. SAMBRIZZI, Eduardo A., “Supuestos que han presentado dudas en cuanto a la calificación de los bienes en propios y gananciales”, Alegría, Héctor y Rosset Iturraspe, Jorge (Dir.), Revista de derecho privado y comunitario 2018-1: sociedad conyugal I, Rubinzal-Culzoni, 2008, Santa Fe, pág. 36. - LA CALIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PILAR QUIÑO A

[3] Cfr. MAZZINGHI, Jorge A., Bienes propios, bienes gananciales y recompensas, op. cit. Sobre la cuestión, el autor citado considera que “las indemnizaciones laborales compensan la falta de trabajo y sus consecuencias patrimoniales, lo que tiene una connotación ganancial”. - LA CALIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PILAR QUIÑO A

[4] Cfr. SEDA, Juan A., “Embargo de indemnización laboral anterior a la liquidación de sociedad conyugal”, DFyP 2016 (abril), 04/04/2016, pág. 80. - LA CALIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PILAR QUIÑO A

[5] Cfr. FASSI, Santiago G. y BOSSERT, Gustavo A., Sociedad conyugal, Astrea, Buenos Aires, 1977, pág.253. - LA CALIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PILAR QUIÑO A

[6] Cfr. FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., Régimen de bienes del matrimonio, op cit., pág. 68. - LA CALIFICACIÓN DE LA

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PILAR QUIÑO A

[7] ROVEDA, Eduardo G., “Régimen de bienes del matrimonio. Calificación de las indemnizaciones por despido luego de la disolución”, cita online: AR/DOC/6943/2012- LA CALIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PILAR QUIÑO A

[8] KRASNOW, Adriana N. (Dir.), Tratado de Derecho de Familia, La Ley, 2015, Tomo II, Capítulo XII. En el mismo sentido, cfr. RICOLFI, Miriam F., “Inclusión de la indemnización por despido en la liquidación de la comunidad de ganancias”, DFyP 2018 (noviembre), 09/11/2018, pág. 69. - LA CALIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PILAR QUIÑO A

[9] Cfr. ROVEDA, Eduardo G., “Régimen de bienes del matrimonio. Calificación de las indemnizaciones por despido luego de la disolución”, op cit. - LA CALIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PILAR QUIÑO A

[10] LLOVERAS, Nora y HUAIS, María V., “La calificación de bienes en el régimen de comunidad de

ganancias: el caso de la indemnización por despido y de los resultados no asignados”, Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, Erreius, septiembre 2018, pág. 675. - LA CALIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PILAR QUIÑO A

(11) La fecha de disolución de la sociedad conyugal como punto de inflexión fue también tenida en cuenta por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza al analizar la calificación de las acciones de un programa a de propiedad participada. El Tribunal analizó la calificación de tal bien reconociendo que su tratamiento guardaba analogía con el que correspondía dispensarle a la indemnización por despido (cfr. SCMendoza, 03/10/2003, “Ganc- LA CALIFICACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN EL RÉGIMEN DE COMUNIDAD DE GANANCIAS PILAR QUIÑO A

(12) S., A. L. vs. D. V., P. N. s. Liquidación de régimen de comunidad de bienes /// CNCiv. Sala B; 01/09/2022; Rubinzal Online; RC J 5392/22

(13) REVISTA PRIVADO Y COMUNITARIO POR MARIEL MOLINA DE JUAN

(14) ARIANNA Carlos, Régimen Patrimonial del Matrimonio, ob. cit., p. 219.

(15) AZPIRI Jorge O., Régimen de bienes en el matrimonio, ob. cit., p. 290.

(16) JUZGADO CIVIL 7 Expediente 28811/2014
GAVIOLA, LEILA VIRGINIA c/ DOMINGUEZ,
MARCELO C/ NICOLAS Y OTRO s/SIMULACION

(17) JUZGADO CIVIL 7 Expediente 28811/2014
GAVIOLA, LEILA VIRGINIA c/ DOMINGUEZ,
MARCELO C/ NICOLAS Y OTRO s/SIMULACION

(18) JUZGADO CIVIL 7 Expediente 28811/2014
GAVIOLA, LEILA VIRGINIA c/ DOMINGUEZ,
MARCELO C/ NICOLAS Y OTRO s/SIMULACION

Breve comentario al fallo “María y otros vs. Argentina” de la Corte IDH y al reciente pronunciamiento de la CSJN

Por Silvina Laura Gini

Trabajo final materia: Adopción

Docente: María José Fernández

En esta oportunidad, me propongo analizar un caso que tomó amplia notoriedad a partir de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en agosto de 2023. Se trata del precedente “*María y otros vs. Argentina*”¹. También comentaré sucintamente el fallo² que la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitió en el marco de dicha causa casi un año después.

A modo introductorio, haré un *racconto* de los acontecimientos y de la condena a nuestro país. Luego, seleccionaré tres de las múltiples irregularidades abordadas y formularé algunas consideraciones con apoyo en doctrina y jurisprudencia. Adicionalmente, dedicaré unas líneas a los principales ejes que la Corte federal subraya. Por último, esbozaré posibles caminos para cumplimentar las sentencias, con la expectativa de que se concreten en un futuro próximo.

1. Plataforma fáctica

Para comenzar, me permito realizar una aclaración. El caso muestra innumerables vericuetos procesales. A los fines de no sobreabundar en detalles que puedan confundir, escogí las cuestiones que, a mi criterio, son nodales e ineludibles.

Los hechos se remontan al 2014. Por entonces, María era una niña de doce años que vivía con su madre y dos hermanos. El grupo familiar se hallaba en un contexto de profunda vulnerabilidad social y económica. Además, la progenitora había sido víctima

de violencia de género por parte de su ex pareja (y padre de María), quien había sido excluido del hogar.

Un día María se dirigió a una consulta en una maternidad pública junto a su madre. Allí le comunicaron que estaba embarazada³ y que llevaba 28 semanas de gestación. En esa ocasión, distintos profesionales de la institución comenzaron a presionar a María y a su madre para que dieran al bebé en adopción. Sin contar con asistencia legal ni contención, ambas suscribieron un escrito mediante el cual otorgaron la guarda del niño con fines de adopción. Va de suyo que en ese momento no comprendieron el contenido ni mucho menos el alcance de lo que firmaron.

Así, tomó intervención la Defensora Provincial de Niños, Niñas y Adolescentes, que inició el proceso de guarda con fines de adopción. El tribunal local ordenó sin la debida fundamentación la entrega de Mariano a favor de un matrimonio inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (RUAGA). En apenas tres días se evaluaron unos pocos legajos. Al día siguiente del nacimiento, los guardadores asumieron los cuidados del bebé.

A lo largo del embarazo y con posterioridad al alumbramiento, en reiteradas ocasiones, María manifestó que su deseo era no dar en adopción a su hijo. Pese a ello, ninguno de los funcionarios ni de los integrantes de los equipos interdisciplinarios respetó su voluntad. Ni siquiera la oyeron. Ante esa situación, María y su madre presentaron varios recursos en sede judicial, en los que requirieron la restitución del niño y la vinculación materno-filial sin dilaciones. Recién un año después se implementó un régimen de comunicación entre María y el niño, signado por obstáculos e impedimentos de contacto por parte de los guardadores.

A raíz de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en agosto de 2015, el juzgado dispuso readecuar el procedimiento a una declaración de situación de adoptabilidad. No conforme con ello, la progenitora apeló. La Alzada confirmó lo resuelto. Consideró que la joven se retractó más de ocho meses después de su primera expresión de voluntad.

Contra lo resuelto, María interpuso un recurso de inconstitucionalidad. Entre sus argumentos, señaló que el inicio de las actuaciones fue irregular dado que

¹ Corte IDH, “*María y otros vs. Argentina*”, 22/8/2023. Los nombres de los protagonistas son objeto de reserva, por lo que se los identifica como *María* y *Mariano*. Disponible en <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/4586> [fecha de consulta: 31/8/2024].

² Corte Suprema de Justicia de la Nación, “*P. M.B. s/ Medidas precautorias*”, 13/8/2024. Disponible en

<https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/5281> [fecha de consulta: 31/8/2024].

³ La Corte IDH dejó constancia de la posibilidad de que el embarazo haya sido producto de un abuso sexual. Sin embargo, aclaró que no se examinó la cuestión dado que no fue introducida por la Comisión en su informe de fondo.

la Defensora Provincial de Niñas, Niños y Adolescentes no estaba legitimada para actuar según la normativa local, que solo la habilitaba a promover acciones colectivas. A su vez, planteó la nulidad del consentimiento que suscribió antes del nacimiento de su hijo, pues ello estaba prohibido tanto por la legislación civil derogada como por la reforma del CCyCN. Sobre ese punto, indicó que jamás había refrendado el aparente consentimiento a posteriori. Agregó que la readecuación del procedimiento había sido dictada mediante una simple providencia, lo que afectaba su derecho de defensa.

Por su parte, la Suprema Corte de Santa Fe rechazó el recurso. Para decidir de esa forma, interpretó que la defensoría provincial no se había extralimitado en sus funciones. Agregó que la permanencia del niño en el grupo familiar de origen era una cuestión que debía ser tratada en la instancia de grado. Destacó que habían transcurrido ocho años de convivencia entre el niño y sus guardadores, por lo que se había generado un lazo afectivo. En consecuencia, la joven presentó un recurso extraordinario federal. Como fue denegado, interpuso una queja.

En ese marco, tomó intervención la Defensora General de la Nación. En su dictamen acompañó la solicitud de la progenitora. Así pues, planteó que la cuestión debía resolverse en un plazo razonable a los efectos de respetar el interés superior del niño y su derecho a la identidad. Expuso que el consentimiento anterior al nacimiento era nulo y que no había sido confirmado con posterioridad por la progenitora, como lo exigía la normativa. Añadió que el Estado no le había provisto a la joven ni a su familia ampliada los apoyos necesarios para ejercer la responsabilidad parental.

Lo más preocupante es que, a la fecha, la justicia aún no ha dirimido la situación jurídica de Mariano, que sigue conviviendo con los guardadores. Es dable señalar que el derrotero de esta niña –adolescente (hoy mayor de edad) no llegó a su fin. La Corte Suprema de Justicia acaba de expedirse, pero resta que las autoridades judiciales locales actúen en consecuencia.

Sin embargo, la resolución de fondo del 22 de agosto de 2023 fue contundente. En su parte final, la Corte IDH condenó a la República Argentina por haber infringido un catálogo de derechos humanos consagrados constitucional y convencionalmente. Con respecto a María, su derecho a la integridad personal, a la vida familiar, a la protección de la familia y a la niñez. En cuanto a Mariano, el derecho a la vida

familiar, a la protección de la familia, a la identidad y a la niñez. No se dejó de lado a la progenitora de María, pues se evaluó que en su caso también el Estado violó su derecho a la vida familiar y a la protección de la familia. Asimismo, se declaró la responsabilidad de nuestro país por conculcar el principio de igualdad y no discriminación, así como las garantías judiciales.

En virtud de la responsabilidad identificada y probada, la Corte dispuso una serie de medidas de reparación a cargo del Estado argentino. Enumeraré las más salientes: la obligación de dirimir la guarda y la situación jurídica de Mariano en el término de un año; el deber de asegurar un proceso de vinculación entre María y su hijo; la imposición de brindar tratamiento psicológico gratuito e inmediato a ambos; la investigación de los funcionarios que permita dilucidar en qué condiciones se efectuó la entrega del niño a los guardadores; el otorgamiento de una beca que cubra los gastos escolares y profesionales tanto de María como de Mariano, y la implementación de una capacitación obligatoria a operadores jurídicos de la provincia sobre administración de justicia y protección en casos de niños, niñas y adolescentes⁴.

2. El *quid* del fallo

Ya del resumen del caso se distinguen falencias de lo más variopintas. Desde mi punto de vista, todas evitables si se hubiera realizado una labor institucional seria y conjunta. A continuación, me abocaré a tres problemáticas de gravedad que observo. En primer lugar, el (no) consentimiento de María para la adopción de su hijo, el cruce de vulnerabilidades y su incidencia práctica. En segundo lugar, la ausencia de medidas de protección hacia el núcleo familiar de origen de Mariano por parte de las autoridades públicas competentes. En tercer lugar, la palmaria violación a la garantía de plazo razonable y sus resultados, que se extienden al presente.

2.1. Consentimiento viciado

La regla general es el crecimiento, desarrollo y permanencia de todo niño, niña o adolescente en el seno de su familia. Se trata de un derecho que hace al interés superior. En consecuencia, la separación de ese ámbito debe justificarse y acotarse en el tiempo. Así, la carencia o escasez de recursos económicos nunca puede servir como argumento para alejar a una persona menor de edad de su entorno familiar.

En nuestro país la ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y

⁴ El orden de la enumeración es propio.

Adolescentes introdujo un sistema mixto administrativo- judicial; el primero se ocupa de determinar las medidas que mejor se ajusten a cada familia y de llevarlas a la práctica. El segundo lleva a cabo el control de legalidad de lo decidido y eventualmente dicta la situación de adoptabilidad del niño, niña o adolescente. Como bien marca Fernández:

“...[la intención es] que la vinculación con el/los guardadores se realice sobre una situación jurídica firme, una vez agotado el trabajo con la familia de origen, constatada la situación de desamparo y determinado que el camino adecuado en el caso es la vía de la adopción”⁵.

El artículo 607 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) regula los supuestos que dan lugar a la declaración judicial de situación de adoptabilidad. Según el inciso *b*), se dicta cuando: “*Los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento*”.

La interpretación no reviste mayor complejidad: los titulares de la responsabilidad parental deben prestar el consentimiento. Ello importa, siguiendo a prestigiosos juristas:

“...entender la decisión como un proceso que no se reduce a un solo momento, sino que comienza cuando aparece la idea o posibilidad del desprendimiento –en la mujer cuando cursa el embarazo o luego del parto, o en la pareja progenitora, o sugerida por quienes integran el sistema de salud o el de protección–. Se encarrila por vías de acceso a toda la información posible sobre las posibilidades concretas de retener la crianza, el análisis de las opciones, y finaliza con la decisión realizada sin condicionamientos o reducidos a su expresión mínima”⁶.

Para que surta efectos, la manifestación de los progenitores debe ser libre e informada. Ello requiere no solo que conozcan las consecuencias jurídicas de la decisión y los derechos que pueden ejercer (por ejemplo, exigir al Estado las prestaciones que fueran

necesarias), sino además que cuenten con asesoramiento jurídico.

Asimismo, la norma establece que la expresión de voluntad será válida si se produce –como mínimo– luego de 45 días del nacimiento. El límite temporal no es arbitrario, pues previene los desajustes emocionales del embarazo y del parto en muchas personas gestantes durante el puerperio.

El Código veleziano les impedía a los progenitores conferir autorización para dar a un hijo en guarda preadoptiva antes de que transcurrieran sesenta días del nacimiento. Únicamente se les permitía a los jueces pronunciarse sobre la cuestión. Esto significa que se prohibía la entrega en guarda de personas por nacer, al igual que en la actualidad.

Ahora bien, si la manifestación parental fuera anterior o inmediatamente posterior al parto, los organismos estatales son responsables de tomar medidas de protección urgentes a fin de fortalecer a la familia. También, tienen la obligación de asegurarse que los padres hayan meditado y consensuado la decisión, de manera que no obedezca a extrema necesidad o a apremios socioeconómicos. Si la entrega de un niño, niña o adolescente se fundara en alguna de tales razones, el Estado debería actuar y dar apoyos para que el grupo familiar de origen pueda llevar adelante los cuidados y la crianza.

Sin embargo, los escenarios suelen ser complejizarse. El trabajo tendiente a la permanencia del niño, niña o adolescente en el círculo familiar originario abarca investigar si resulta factible acogerlo en la familia ampliada o extensa. En caso que la labor no arrojará resultados en esa dirección, los agentes estatales no deberían entrometerse en la libertad de la progenitora, teniendo en cuenta que ya tomó una decisión. En esa inteligencia, se sostiene que:

“Si de los antecedentes respecto de la gestación y el trabajo previo –si lo hubo– surge que la voluntad materna tiene soporte en la decisión libre de quien la emite, y no aparecen referentes afectivos viables, no corresponde fijar los plazos más extensos previstos para hacer operativo el inc. *b*”⁷.

Sentado lo anterior, es evidente que en el caso bajo estudio no medió un verdadero consentimiento⁸ porque no hubo libertad ni información. En efecto,

⁵ Fernández, M. *Manual de adopción, 1ra Ed.*, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Estudio, 2023, p. 142.

⁶ *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, Tomo 2*, Herrera, M.; Caramelo Díaz, G.; Picasso, S. (dirs), Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones SAIJ, 2022, p. 402.

⁷ *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, op cit.*, p. 403.

⁸ En los términos del artículo 260 del CCyCN, un acto jurídico se reputa voluntario si es ejercido con discernimiento, intención y libertad.

María era la encargada de manifestarse, pero no fue respetada y el Estado terminó supliendo su voluntad. So pretexto de un supuesto bien para su futuro, ella y su madre fueron incitadas a firmar un escrito previamente redactado, sin asesoramiento jurídico ni datos claros sobre su contenido e implicancias. Se dió la paradoja que quienes tenían que contener a esas mujeres, terminaron presionándolas para hacer algo contrario a su voluntad. Volveré sobre esta cuestión en el siguiente apartado.

La aparente decisión materna de entregar al niño cuando todavía estaba en su panza jamás fue confirmada, a tal punto que cada vez que pudo María insistió en su férrea intención de recuperar a Mariano. Inexplicablemente las autoridades la desoyeron e ignoraron en todo momento. Hasta le adjudicaron un “consentimiento tácito” (algo inviable desde lo legal), juzgando la conducta procesal de ella y de su madre, sometidas a los avatares y formalidades procedimentales.

Se vuelve imposible avanzar sin hacer una lectura interseccional. Como ya comenté, María quedó embarazada y tuvo a Mariano siendo una niña, inmersa en un contexto de pobreza y violencia familiar. Con el correr de los años, transitó su adolescencia alejada de su hijo, de quien nunca quiso separarse y así lo hizo saber en todas las instancias que atravesó. En palabras de la propia Corte:

“En María confluían distintas desventajas estructurales que impactaron en las decisiones que se tomaron en torno a su maternidad y, finalmente, en su victimización. Era una niña, con escasos recursos económicos, embarazada y proveniente de una situación de violencia familiar. Estos factores de vulnerabilidad o fuentes de discriminación confluyeron en forma interseccional, causando una forma específica de discriminación por cuenta de la confluencia de todos estos factores. Sobre este asunto, es necesario destacar que la especial situación de vulnerabilidad de María acentuaba los deberes de respeto y garantía a cargo del Estado. Sin embargo, conforme se desprende del acervo probatorio del caso, el Estado no adoptó medidas orientadas a permitirle afrontar su maternidad, sino que, desde un inicio, las acciones de los diferentes actores estatales se encaminaron hacia la separación de la madre de su futuro hijo”⁹.

Sin embargo, como advierte la Corte IDH, el deber de tutela reforzada que pesaba sobre las instituciones fue inobservado desde el comienzo. María no recibió la contención psicológica que merecía por parte del personal de la maternidad a la que concurrió. Por el contrario, fue sometida a destratos y coacciones para que terminara entregando a su bebé. El mensaje de los profesionales fue que esa era la única solución. Cuando llegó a la justicia, el panorama se agravó, puesto que se menoscabó su derecho a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta. Los esfuerzos se orientaron exclusivamente al interés superior de Mariano, pero se dejó de lado el de ella, que era una niña y madre primeriza.

Es preciso resaltar que las personas menores de edad ejercen sus derechos progresivamente, a medida que desarrollan un nivel de autonomía personal –dado por la edad y el grado de madurez que van adquiriendo–, el cual debe ser ponderado en cada caso particular. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) así lo ha consagrado en su artículo 12. Con posterioridad, el CCyCN receptó entre los derechos fundamentales de todo niño, niña o adolescente el de la participación, que combina el ser oído en cualquier proceso que lo afecte directamente y que su opinión sea valorada según capacidad de discernimiento y la cuestión ventilada (v. artículo 707). El Comité sobre los Derechos del Niño se explayó sobre este derecho¹⁰. En lo que interesa, ha indicado que el niño puede expresar sus opiniones sin presiones y escoger si quiere o no ejercer su derecho a ser escuchado.

En suma, María no obtuvo información ni herramientas que estuvieran a la altura de una decisión tan significativa para el resto de su vida y la de su hijo recién nacido. En las actuaciones judiciales abundaron óbices de todo tipo a su derecho humano a ser oída y a que su opinión sea tenida en cuenta. A modo de ejemplos: las tardanzas injustificadas en citarla a una primera audiencia; la incorporación de su defensora en el expediente varios meses después de haberse iniciado; la omisión de dar intervención a la progenitora de María en su condición de representante legal durante su minoría de edad y los entorpecimientos constantes en los intentos de la adolescente por cambiar de abogado.

⁹ Corte IDH, “*María y otros vs. Argentina*”, 22/8/2023, párrs. 156 y 157.

¹⁰ Comité de los Derechos del Niño, Observación General

N°12, párr. 25.

2.2. Negligencias del sistema administrativo-judicial

Recapitulando, la separación de un niño, niña o adolescente de su familia por naturaleza debe ser la última *ratio*. Por ende, debe tener la menor duración posible y se halla sujeta a una revisión periódica. Para que se efectivice, debe configurarse una situación de peligro real para el NNoA, como la constatación de un estado de abandono.

Cuando los progenitores son adolescentes, los Estados están obligados frente a la comunidad internacional a poner en marcha programas de apoyo y sostenimiento para que puedan ejercer las funciones parentales en condiciones dignas y no se vean en la necesidad de entregar a sus hijos a otras familias producto de situaciones de vulnerabilidad.

En sentido opuesto a lo antedicho, el personal supuestamente idóneo de la maternidad –con la aquiescencia de la justicia de familia provincial– forzó la declaración de adoptabilidad de Mariano, cuando en rigor estaba vedado por el ordenamiento interno. Ello debido a que no se había verificado un consentimiento libre, expreso e informado por parte de los progenitores del niño.

Párrafo aparte merece lo acontecido con la filiación paterna de Mariano. Cabe tener en consideración que su nacimiento se produjo el 23 de agosto de 2014. Recién el 1 de marzo de 2018, a instancia de María, se inició el proceso para determinar la paternidad de su hijo. Con anterioridad, en varias oportunidades el juzgado había rechazado los pedidos de la joven para que se efectuara una prueba de ADN. Finalmente, se supo quién era el padre de Mariano, pero ambos pudieron verse por primera vez en 2019.

Vale decir, entonces (más allá de la prístina afectación al derecho a la identidad), que también se le coartó al progenitor de Mariano su derecho a decidir sobre la crianza de su hijo. A mayor abundamiento, si existe doble vínculo filial (como en el caso de marras), se requiere el consentimiento ineludible de ambos progenitores, en tanto la futura adopción extingue la responsabilidad parental (artículo 699, inc. e del CCyCN).

Si se estimaba que el niño podía estar en peligro al interior de su familia de origen, el “paraguas protectorio” debía abrirse tras su nacimiento, no antes. En definitiva, se optó de manera arbitraria y sin vuelta atrás por la adoptabilidad, pasando por alto a la regulación de fondo. Con llamativa celeridad las autoridades entregaron a Mariano con apenas horas de vida a uno de los tres matrimonios inscriptos en el

RUAGA. No obstante, había otras alternativas menos lesivas a sus derechos, como el acogimiento por parte de un hogar solidario hasta que se resolviera su situación.

También se ignoró que había miembros de la familia ampliada de María dispuestos a colaborar con ella en las tareas de cuidado. Entiendo que lo más grave de todo esto es que no se trató de un operador aislado, sino que cada uno de los que intervinieron de alguna u otra forma –trabajadores sociales de la maternidad, de la administración y del poder judicial local– echó por tierra su rol. Les correspondía priorizar la conservación de los lazos con la familia de origen y explorar si otras figuras que integraban la familia extensa podían asumir la responsabilidad de cuidar y criar al niño. Pero nada de eso hicieron.

En lo que atañe al contacto, se soslayó lo dictaminado por las Juntas Especiales de Salud Mental, que aconsejaron la vinculación entre María y Mariano, en pos de su integridad psíquica. Tuvo que pasar mucho tiempo para que la magistrada de familia autorizara un régimen de comunicación, que se desarrolló a medias. Hubo numerosas barreras: falta de flexibilidad, espacios inapropiados para los encuentros, interrupciones y ausencia de colaboración de los guardadores. Esto no es inocuo para el niño en una etapa fundacional de su existencia en la que “...se crean vínculos emocionales fuertes con sus padres y sientan la base de su salud física y mental, la identidad personal y cultural y el desarrollo de sus aptitudes”¹¹.

2.3. Plazos irrazonables

A esta altura, es central echar luz sobre una de las garantías que integran el debido proceso, cual es el plazo razonable, plasmado en el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, de jerarquía constitucional. Ante la presencia de niños, niñas o adolescentes, el artículo 19 del citado instrumento impone un deber de refuerzo especial, en punto a que: “Todo niño tiene un derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia de la sociedad y del Estado”.

De lo anterior se colige que en procesos de guarda, custodia y adopción de personas menores de edad, se debe actuar con una celeridad y diligencia excepcionales, ya que ello coadyuva a su interés superior.

El caso de María empezó como una medida cautelar que, a pedido de la Defensora Provincial de

¹¹ Corte IDH, “*María y otros vs. Argentina*”, 22/8/2023, párr.

104 *in fine*.

Niños, Niñas y Adolescentes, reencauzado en una declaración de adoptabilidad. Esa judicialización –tan relevante para la suerte que correría el proceso– no fue notificada a María, por lo que no se le otorgó la chance de ser parte *ab initio*.

Sin perjuicio de ello, con posterioridad María logró intervenir y prestó colaboración con el avance del expediente. La contracara fue la dilación en el despacho y tratamiento de sus presentaciones y recursos. Como consecuencia de la excesiva duración de la causa, en 2017 la adolescente presentó un *per saltum* ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación para que se dictara una sentencia que pusiera fin a la controversia. Empero, su pedido fue denegado.

El balance es elocuente: el expediente lleva más de ocho años y no ha culminado, a pesar de que la Corte IDH ya se ha pronunciado y ha fijado cursos de acción concretos. Esto no es algo menor o meramente técnico. El paso del tiempo se traduce en la estadía de Mariano con dos personas que no tienen su guarda formal y en la consolidación de los lazos afectivos, en detrimento de la relación con su familia biológica.

Recientemente, nuestro Tribunal Cintero ha fallado en cuatro casos de entregas directas de niños por parte de sus progenitoras a terceros por no poder asumir el maternaje al encontrarse en situación de vulnerabilidad socioeconómica¹². Si bien las circunstancias difieren de lo acontecido con María –teniendo en cuenta que ella nunca prestó un consentimiento válido para dar en guarda a su hijo–, vale la pena acudir a la fundamentación.

Como denominador común, la CSJN se ha inclinado por la permanencia de los niños, niñas y adolescentes involucrados con los guardadores de hecho, es decir, por el no retorno a sus familias de origen. Para decidir de esa manera, valoró lo que sucedía al momento de fallar a la luz del renombrado interés superior. Puntualmente, vínculos afectivos afianzados a lo largo de los años, la no conveniencia de alterar el centro de vida de esos niños y reeditar contextos de vulnerabilidad con la vuelta a sus hogares originarios. No obstante, destacó la importancia y la obligación de los guardadores de dar a conocer los orígenes y de no soslayar los lazos sanguíneos.

Al igual que en el caso de María y de su hijo Mariano, en todos los precedentes referenciados

ocurrió lo que justamente debió evitarse: que el paso del tiempo se emplee como excusa para avalar irregularidades que las propias autoridades permitieron. Y ello se entrelaza con la aludida garantía de plazo razonable, porque si se hubieran resuelto los planteos de forma expeditiva, quizás no se habría llegado al actual panorama, que afecta tanto a la madre como al hijo.

Considero que detrás de las sobradas irregularidades descriptas, subyacen prejuicios con relación a María, el hecho que fuera una niña/adolescente y sus “aptitudes” para ejercer las tareas que el maternaje entraña. Es indudable que persisten estereotipos patriarcales sobre la figura de la “buena” o la “mala” madre.

El Comité de la CEDAW ha emitido un informe dedicado a la Argentina en el cual ha manifestado su preocupación sobre:

“...La persistencia de estereotipos discriminatorios con respecto a las funciones y responsabilidades de la mujer y el hombre en la familia y en la sociedad, las formas entrecruzadas de discriminación y la arraigada cultura machista del Estado parte, que constituyen la base de la discriminación y la violencia por razón de género contra la mujer, en particular la violencia sexual y doméstica y el feminicidio, así como el abuso sexual en la escuela y el acoso sexual en el lugar de trabajo”¹³.

En vista de esta problemática, en el documento se recomendó al Estado argentino intensificar los esfuerzos para erradicar actitudes y estereotipos sexistas por parte de las autoridades en los tres poderes. También poner en marcha una estrategia amplia dirigida a mujeres, hombres, niñas y niños a fin de superar la cultura machista y los estereotipos discriminatorios sobre las funciones y responsabilidades de mujeres y hombres en la familia y en la sociedad.

Lamentablemente, cotejando la jurisprudencia interamericana, surge que lo dicho hasta aquí no es una novedad. En 2012, la Corte IDH dictó la primera sentencia de fondo sobre adopción de niños contra Argentina¹⁴. Sobran las similitudes con el caso “María - Mariano”¹⁵. Procedo a realizar una apretada síntesis. En Entre Ríos, una niña fue entregada a un

en su 65º período de sesiones (24 de octubre a 18 de noviembre de 2016).

¹⁴ Corte IDH, “*Fornerón e hija vs. Argentina*”, 27/4/2012.

¹⁵ También se pueden encontrar semejanzas en Corte IDH, “*Ramírez Escobar y otros v. Guatemala*”, 9/3/2018.

¹² CSJN, Fallos 344: 2647; 344: 2901; 346: 265 y 346: 287.

¹³ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales sobre el séptimo informe periódico de la Argentina. Aprobadas por el Comité

matrimonio por su madre al día siguiente de nacer. El acto no contó con el consentimiento del progenitor de la niña (Sr. Fornerón), que se enteró de su existencia cuando el embarazo cursaba una etapa avanzada.

A partir de ese momento, el hombre encaró una verdadera lucha judicial para recuperar a su hija y hacerse cargo de ella. En el ínterin, la reconoció como hija biológica y luego se confirmó su paternidad, que había sido negada por la progenitora. Sin embargo, todos sus esfuerzos fueron insuficientes para la justicia provincial, que confirió la adopción simple de la niña al matrimonio de guardadores. Tampoco se investigó penalmente en qué términos se había producido la entrega de la niña, pese a que se sospechaba que había sido una compraventa. Recién cuando la niña tenía cinco años, hubo un primer encuentro breve entre ambos. Fornerón se topó con un valladar tras otro en sus pedidos de régimen de comunicación tendientes a poder de a poco formar un vínculo con su hija.

Nuevamente, la Corte IDH en “Fornerón” tuvo presente tres elementos que se pueden extrapolar a lo vivenciado por María y Mariano. Primero, que la relación parental es un derecho en cabeza de dos personas, esencial en la vida privada de cada familia. Segundo, que son inadmisibles las especulaciones o preconceptos generalizados sobre las características personales de los padres o madres. Nada indica que un hogar monoparental (o monomarental) sea incapaz de brindar los cuidados, sustento y cariño que necesita todo niño, niña o adolescente para crecer y desarrollarse. Tercero, que las dilaciones indebidas por parte de los funcionarios intervinientes crearon un contexto irreversible, dado por la socioafectividad que se forjó entre la niña y sus guardadores de hecho.

3. La voz de la CSJN

Cuando el caso de referencia arribó a conocimiento de la Corte, la Defensora General de la Nación (DGN) emitió su dictamen, en los términos del artículo 103 del CCyCN y de los artículos 35 inciso “c”

Disponible en: <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/2345> [fecha de consulta: 31/8/2024].

¹⁶ Aquí la DGN citó la doctrina de la Corte IDH en “*I.V. v. Bolivia*” (30/11/2016). Aunque los hechos no guardan relación con lo acontecido en “*María y su hijo Mariano*”, allí se aportó una clara descripción del consentimiento informado. “...consiste en una decisión previa de aceptar o someterse a un acto médico en sentido amplio, obtenida de manera libre, es decir sin amenazas ni coerción, inducción o alicientes impropios, manifestada con posterioridad a la obtención de información adecuada, completa, fidedigna,

y 43 de la Ley 27.149. Aunque se presentó antes de la sentencia de la Corte IDH (dictada el 29/11/22), vale extraer algunas de las cuestiones de fondo que se sopesaron y que después se verían reflejadas en el pronunciamiento interamericano.

Tal como adelanté más arriba, la DGN hizo hincapié en la ausencia de un consentimiento que dé lugar a una declaración de adoptabilidad. En la especie se apartó a Mariano de su familia, directamente se violó su derecho a no ser separado de su núcleo de origen. Se confeccionó un instrumento en lenguaje técnico incomprensible para la progenitora biológica y su madre. Más aún cuando no contaban con patrocinio ni asesoramiento jurídico adecuado. La Defensora de Niños, Niñas y Adolescentes de la Provincia de Santa Fe carecía de legitimación para ello. Asimismo, el consentimiento para dar a un hijo en adopción tiene tanta importancia que no se lo puede inferir o derivar frente al silencio¹⁶.

Otra cuestión que subrayó la DGN es que las autoridades estatales competentes (tanto administrativas como jurisdiccionales) ignoraron la profunda situación de vulnerabilidad de María y sus parientes. En vez de brindarles los apoyos necesarios para asumir los cuidados del niño, hicieron todo lo posible para enseguida alejar a Mariano de su familia. Así, el Estado incumplió su deber de tomar medidas de protección a favor de la familia biológica del niño, la que abarca no solo a las personas más cercanas, sino también a la familia extensa, “...*siempre que tengan lazos cercanos personales*”¹⁷.

Precisamente a lo largo del extenso proceso se verificó un preconcepto en torno a María y a sus parientes sobre sus condiciones o aptitudes para ejercer las tareas de cuidado en un contexto de pobreza. Lejos de obrar de manera diligente para que María y su entorno pudieran llevar adelante el rol parental hacia el niño, los organismos públicos se manejaron constantemente desde el prejuicio y la discriminación.

comprensible y accesible, siempre que esta información haya sido realmente comprendida, lo que permitirá el consentimiento pleno del individuo. [...] Esta regla no sólo consiste en un acto de aceptación, sino en el resultado de un proceso en el cual deben cumplirse los siguientes elementos para que sea considerado válido, a saber, que sea previo, libre, pleno e informado” (párr. 166). Disponible en: <https://repositorio.mpd.gov.ar/jspui/handle/123456789/2262> [fecha de consulta: 31/8/2024].

¹⁷ Corte IDH, “*Ramírez Escobar vs. Guatemala*”, 9/3/2018, párr. 163.

En la parte final de su escrito, la DGN se refirió a la prolongación innecesaria del proceso, en franca vulneración de la garantía constitucional-convencional de plazo razonable. En efecto, recordó que el paso del tiempo impacta en las relaciones familiares y, sobre todo, deja huellas en la constitución psíquica e identitaria de cada niño.

A su turno, la Corte Suprema de Justicia de la Nación admitió parcialmente al recurso y dejó sin efecto la sentencia apelada. En lo sustancial, coincidió con la postura de la DGN en cuanto a que la progenitora había otorgado un consentimiento inválido durante su embarazo, pues la entrega de un niño aún no nacido en guarda con fines de adopción no estaba permitida por la ley de entonces (arts. 317 y 325) ni por la actual (art. 607). A mayor abundamiento, remarcó que esa conformidad en apariencia “libre y espontánea” no fue mantenida por María en etapas ulteriores.

Asimismo, exhortó a la justicia provincial a que definiera el cuadro de incertidumbre familiar y socioafectiva de quienes estuvieron involucrados en el conflicto. De esa manera, instó a las partes a que redoblaran sus esfuerzos para garantizar el derecho del niño a crecer en el seno de una familia, a conocer su realidad biológica y a preservar sus vínculos familiares de origen. Por último, dispuso que se diera a conocer la sentencia de la Corte IDH a los jueces intervinientes en las instancias inferiores.

En esa tesitura, la Corte federal criticó la dilatación del proceso al haber sostenido su reencauce. Al respecto, remarcó la trascendencia del paso del tiempo en aquellos expedientes en los cuales se hallan en juego los derechos fundamentales de NNyA, en desmedro de su interés superior:

“Durante estos procesos transcurren etapas de particular trascendencia en las que aquéllos adquieren hábitos y afectos que contribuyen a la formación de su personalidad (Fallos: 312:869). Así pues, el factor tiempo tiene un efecto constitutivo en la personalidad del niño, ya que es en esa etapa en la que se desarrollan los procesos de maduración y aprendizaje, por lo que no puede prescindirse de dicha circunstancia al momento de tomar decisiones en las que debe tenerse en consideración el ‘interés superior del niño’”.

4. Palabras de cierre

Todo lo expuesto me permite arribar a la siguiente conclusión: el propio Estado ocasionó un daño tanto a María como a su hijo, considerando que la identidad es un derecho que reviste el carácter de reflejo. Ello

todo vez que no solamente cumple un rol especial y preponderante durante la infancia, sino que además incumbe y atraviesa a los adultos a lo largo de su existencia. El vínculo filiatorio entre María y Mariano – que hace a la construcción de la subjetividad de cada uno– quedó trunco por el accionar negligente y discriminatorio de los operadores jurídicos y no jurídicos.

Lo sentado por el Máximo Tribunal regional es un primer paso trascendente. El pronunciamiento de la CSJN es otro avance en el camino. Sin embargo, como el tiempo no vuelve atrás, será muy dificultoso que los sujetos afectados recuperen los años que perdieron (o, mejor dicho, que les quitaron). En consonancia con lo resuelto por las Cortes, sería deseable y esperable que el Estado argentino, a través de los organismos pertinentes, se ocupe de brindar apoyo interdisciplinario real e inmediato a María, a su familia y a Mariano.

Será imprescindible trabajar articuladamente para que Mariano sea escuchado en un espacio acorde a su edad, grado de madurez y necesidades. El propósito último de cualquier medida que se tome debería ser que los verdaderos protagonistas –María y Mariano– finalmente se conozcan y logren reconstruir su historia familiar de cara al futuro, sin intermediarios ni obstáculos de ninguna índole.

María Remedios del Valle: La capitana que tuvo que luchar por su reconocimiento

Por Loana Elizabeth Lazzo

Introducción

El presente trabajo se centrará en la prócer María Remedios del Valle. Con el tratamiento de sus retratos y aspectos de su biografía queremos poner de resalto varios interrogantes: ¿Hubo mujeres protagonistas en la historia de nuestro país?, ¿Por qué no tenemos el mismo acceso a la información de ellas que de los otros próceres que estudiamos a lo largo de nuestro recorrido académico?

Manuel Belgrano, José de San Martín, Domingo Faustino Sarmiento y tantos otros ejemplos. Pero ¿Por qué cuando nos preguntan sobre nuestras raíces argentinas se nos ocurren estos nombres y no el de muchas de las mujeres que fueron protagonistas indiscutidas en la historia de nuestra patria?

Lo que este artículo va a esbozar es que – una vez más – las mujeres fueron silenciadas de nuestra historia y de nuestros conocimientos por motivos poco sutiles y adrede. Claramente, el sistema patriarcal también operó en la historia de las mujeres de nuestra nación y como sus logros nos fueron contados a los argentinos.

Recordemos nuestras enseñanzas escolares, libros y manuales plagados de información sobre ellos, sabemos todo sobre sus vidas, donde nacieron, donde murieron, con quienes se casaron, quienes fueron sus hijos e incluso, sabemos quienes fueron. Las mujeres no tuvimos este lugar en las enseñanzas. También tenemos sus imágenes, cualquiera de nosotros podría señalar quien fue Sarmiento y San Martín, tenemos sus esculturas en diversos espacios públicos, los vemos todos los días. Pero, ¿Qué pasó con nosotras? ¿Qué lugar tenemos y tuvimos?

En los últimos tiempos, sus figuras fueron poco a poco visibilizándose. Nuestra protagonista, María Remedios del Valle, no fue la excepción.

Elegimos tomarla a ella para el presente porque su condición de mujer, negra y pobre es un gran ejemplo para estudiar a quienes se elige visibilizar.

A lo largo del presente veremos como se paso de la falta de reconocimiento absoluta a su muy reciente reconocimiento público y que relación tiene esto y su retrato. Fuimos invisibilizadas de tal manera que esta heroína no cuenta con un retrato real. Por ello, la necesidad de su reconocimiento y puesta en escena.

Su historia. El punto de partida

Para poder empezar, es importante poner en contexto quién fue nuestra protagonista. María Remedios del Valle se ganó un lugar en la historia de nuestra nación por su participación en varios de sus grandes hitos. Nació en la Ciudad de Buenos Aires. No se logró conocer concretamente el día de su natalicio, ya que no se obtuvieron los registros de su partida de nacimiento. Se cree que fue entre 1764 y 1766¹. Nació esclavizada y recibió el apellido de su propietaria, la Sra. Rosa del Valle. La primera participación de María Remedios en nuestros hitos históricos fue en las invasiones inglesas. Existen documentos que dan cuenta que nuestra protagonista recibió un pago por sus acciones llevadas a cabo para la defensa durante las invasiones referidas.

En 1810 se enroló junto a su familia (cónyuge y dos hijos según se sabe), en el Ejército Auxiliador de Perú, conocido actualmente como Ejército del Norte, primer cuerpo militar organizado por las provincias unidas del Río de La Plata, el cual estaba a cargo de Manuel Belgrano, cuyo objetivo era liberar Alto Perú y Perú de la corona española. Este ejército actuó entre 1810 y 1817. Por sus labores llevadas a cabo en la Batalla de Tucumán del 24 de septiembre de 1812 (una de las victorias más importantes llevadas a cabo en esta expedición), Belgrano la nombró capitana del ejército y se dice que en este momento sus compañeros la nombraban como “madre de la patria”. En este contexto, es destacable el título otorgado, ya que como es de imaginarse, las mujeres no tenían – reconocidamente – roles protagónicos en las milicias destacándose su nombramiento como capitana en consecuencia *“en las vísperas de la batalla victoriosa de Tucumán (24 de septiembre de 1812) solicitó a Belgrano que le permitiera asistir a las tropas heridas en la primera línea. Pero el general consideraba que en las milicias no había lugar para las mujeres. Desafiando esta decisión, María Remedios se mantuvo en la retaguardia y llevó adelante la tarea que se había propuesto. Finalmente, en reconocimiento a su labor, Belgrano la nombró Capitana del Ejército...”*²

¹ Dato obtenido de los trabajos de la historiadora Florencia Guzmán, quien dedicó parte de sus investigaciones a la historia de María Remedios del Valle.

² Ghidoli, María de Lourdes; “Los múltiples rostros de la Madre de la Patria. Retratos de María Remedios del Valle, una heroína afrodescendiente en la Argentina

En la derrota de Ayohuma (14/11/1813) fue herida y capturada por los españoles. Durante su encierro, asistió a distintos militares prisioneros como ella a quienes incluso ayudo a escapar, lo que la llevó a ser castigada con azotes en un espacio público durante nueve días.

La Sra. Del Valle finalmente logró escapar también y regresó a las filas patriotas, pese a que su esposo e hijos fallecieron durante las batallas.

Se desconoce cómo y cuándo regresó a Buenos Aires, pero se vuelven a obtener registros de ella durante el año 1826 cuando inició el trámite pertinente a los fines de recibir una pensión por su desempeño en las batallas referidas y por la muerte de sus familiares. Dicho beneficio le fue denegado. Tal era el estado de pobreza extrema que transitaba que su situación retoma estado cuando es encontrada por Juan José Viamonte mendigando en la calle. El general se apiada de la situación de su compañera e insta el pedido para el otorgamiento de las pensiones ante la Junta de Representantes de Buenos Aires. Dicho trámite como era de esperarse, no fue fácil, porque no había documentos que den cuenta de la participación de María Remedios en las milicias y mucho menos de su nombramiento como capitana. Se logró obtener el beneficio previsional por los testimonios de los hombres que estuvieron en el campo de batalla, quienes dieron cuenta no solo de su participación, sino de su entrañable valentía y valores.

La pensión finalmente le fue otorgada el 18 de julio de 1928 oportunidad en la cual también se votó la realización de su biografía y erigir un monumento en su memoria.

María de los Remedios del Valle finalmente fallece en 1847, sin que sus condiciones sociales hayan mejorado, muriendo también en la pobreza.

Se estima que la fecha del fallecimiento fue el 8 de noviembre de 1847 y por ello, mediante la Ley 26.852 se instauró este día como el “Día Nacional de los/as afroargentinos/as y de la cultura afro” en su conmemoración.³

Su retrato: Un claro ejemplo de nuestra invisibilización

Tal como lo dijimos en el apartado anterior, en 1828 se acordó la realización de la biografía y

escultura de María de los Remedios a los fines de homenajearla. Pasaron años para que esto se concrete.

Como dijimos en la introducción, no existe un retrato “real” de María Remedios. Lejos quedó el compromiso de la Junta de Representantes de rendirle su merecido homenaje.

El proceso de reivindicación comenzó gracias al trabajo realizado por afrodescendientes, argentinos y extranjeros que residían en el país. Podría señalarse como un día relevante el 16 de octubre de 2008, fecha en que la revista “Veintitrés” realizó una publicación de un artículo bajo el nombre: “Mujer, negra y pobre”, escrito por Diego Rojas.

La imagen que acompañaba el artículo referenciado era el de una mujer afrodescendiente llamada Miriam Gomes, una reconocida activista e intelectual afroargentina, quien interpretó a María Remedios del Valle. Este dato no es menor, ya que pasó a representar no solamente a María Remedios sino a las personas afrodescendientes en general y a las Mujeres Afro, en particular.



En el año 2010⁴ comenzó la decisión política de recuperar su imagen y su historia, a través de la elaboración de un proyecto de Ley para la creación de un monumento, la petición al INADI (actualmente disuelto)⁵ para las investigaciones sobre su figura y posteriormente la sanción de la conmemoración del día nacional de los afroargentinos.

contemporánea”. En caiana. Revista de Historia del Arte y Cultura Visual del Centro Argentino de Investigadores de Arte (CAIA). N° 16 | Primer semestre 2020, pp. 32 – 49.

³ Ley 26.852, promulgada el 20/05/2013, ver:

<https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/2100>

00-214999/214825/norma.htm

⁴ El bicentenario de la Revolución de mayo fue el suceso histórico que impulsó esta decisión.

⁵ <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/decreto-696-2024-402470/texto>

¿Pero entonces, por qué no hay un retrato oficial o real? Por supuesto que no podemos tener la respuesta concreta a esta pregunta. Pero si sabemos que, desde ya, para los años en los que María Remedios vivió, su condición de mujer, negra y en cierta medida transgresora de los parámetros de las mujeres de aquella época no alentaron su inmortalización en una pintura.

“La ausencia de un retrato de Remedios del Valle se vincula con la peculiaridad de su figura: mujer, negra y pobre. Claramente, estos aspectos no encuadraban con las exigencias ni con los usos de los retratos de personajes heroicos. En primer lugar, porque en la historiografía tradicional no han sido consideradas sujetos históricos decisivos de los procesos de emancipación y porque en la historia de los actores de la independencia la concepción de héroe remite de manera unívoca al universo patriarcal. Si bien se han registrado incorporaciones de las mujeres a la Historia, con mayúscula, el registro de esa participación no da cuenta de su “visibilidad propiamente historiográfica, no traduce un enfoque resonante acerca de la diferencia de los sexos, no altera los significados patriarcales dominantes en la disciplina” (Barrancos, 2005:36). El paralelo es evidente si pensamos en los cánones que atraviesan la historia del arte y en las incorporaciones de las mujeres, generalmente, como modelos pero en muy pocas ocasiones legitimadas como artistas. Esta acentuada invisibilización, efectuada al ignorar u omitir la contribución de las mujeres en los más diversos campos disciplinares tiene su correlato en la historia de los temas, motivos y funciones de la representación. Como mencionamos más arriba, en la falta de un retrato de la patriota...”⁶

Una de las primeras imágenes que se conoció de María Remedios fue la siguiente:



⁶ Giglietti, Natalia y Ciafardo Mariel “La invención de un rostro el encargo de retratos de María Remedios del Valle” Publicado en:

Este retrato sirvió de inspiración para producciones posteriores, aunque se desconoce quien fue su autor y cuándo se realizó, su importancia radicó justamente en la reconstrucción de los rasgos de María Remedios. Pese a ello y tal como lo dijimos, esta imagen tampoco es “verdadera” porque se podría decir que fue muy reciente el estudio de su vida en general y hasta entrado el Siglo XX prácticamente no había información a su respecto. “Si la autenticidad de un retrato reside en haber sido realizado en vida, es decir, tomado del natural o con el modelo a la vista, rápidamente, podemos aseverar que esa imagen no es ‘verdadera’...”⁷

En el año 2011 la marca Chocolates Águila lanzó un homenaje llamado “Mujeres de Mayo. Heroínas en las Sombras” en la que se usó la figura anteriormente reseñada. La comercialización de este producto conocido en nuestro país fue importante para su popularización, sumado a que la imagen iba acompañada de una reseña del historiador Pacho O’Donell.



Luego de estas primeras apariciones se suscitaron distintas imágenes de nuestra heroína.



https://jornadassecyt.fba.unlp.edu.ar/Jidap_pdf/eje_2/Giglietti-Ciafardo.pdf

⁷ Giglietti, Natalia y Ciafardo, op. cit. pág. 3.

Este retrato es uno de los más vistos en las manifestaciones públicas que referenciaron la vida de María Remedios. Sin embargo, también se desconoce su autor. Fue colocado en el Museo Malvinas e Islas del Atlántico Sur en el espacio dedicado a las Mujeres de la Patria en el año 2015. Esta figura también fue elegida para ser colocada en las dependencias del INADI con motivo de la celebración del día nacional de los afroargentinos.



Esta última imagen corresponde al retrato realizado por la artista Gisela Banzer. El 6/07/2021 fue colocado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, convirtiéndose en el primer cuadro de una mujer colocado en dicho establecimiento nacional. La misma ilustración es la que se utilizó para poner a María Remedios junto a Manuel Belgrano en el actual billete de diez mil pesos.



Tal como dijimos al inicio, estos retratos nos pueden hacer arribar a varias conclusiones: 1) La presencia de las mujeres en nuestra historia comenzó un proceso de resignificación muy reciente, me parece muy ejemplificador el retrato colocado en el Congreso recién en el año 2021, 2) La condición de mujer y los estereotipos que esto redundó hizo que

justamente no se haya elaborado su participación en los sucesos históricos, no nos imaginamos a las mujeres en los campos de batalla porque las pensamos en su rol histórico de cuidadoras (madres, auxiliadoras de los enfermos, etc) y aunque estas labores en sí merecen un claro reconocimiento social, pues, sin las tareas de cuidado no existiría la humanidad, nuestra sociedad nunca privilegió estos roles, 3) Fue todo esto lo que motivó en gran parte que hoy no conozcamos ni siquiera cómo era el rostro de esta valiosa mujer y muchos otros datos de su vida que son un misterio, pero este final no se circunscribe solo a María Remedios, sino de muchas de sus contemporáneas que contribuyeron a la formación de nuestra nación.

Las discusiones que se generaron en torno a la inclusión de María Remedios en el actual billete de \$10.000 dan cuenta de esto, considerando además su reciente decisión e implementación, es decir, que ni en los debates actuales podemos aún promover las imágenes de las mujeres sin recriminaciones. El velo de sospecha en torno a la figura femenina sigue tomando imposición.

“En la discusión pública que suscitó esta medida, se manifestaron con mayor o menor virulencia, quienes abogaban por su implementación como una representación de la lucha y resistencia de un sector históricamente marginado, y quienes cuestionaban su relevancia histórica frente a figuras como el creador de la Bandera Argentina. Sostenían otros que había personas con más méritos que esta mujer desconocida. También expresaban preocupación por la instrumentalización política de la figura de María Remedios del Valle, planteando dudas sobre las motivaciones detrás de su inclusión en el billete...”⁸

Los estudios realizados dan cuenta de nuestra presencia en los campos de batalla y en el rol fundamental que ocuparon aquellas valientes mujeres. Pero no estamos en las fotos, no estamos en los retratos, no estamos en los libros de historias. También somos cuestionadas por realizar este planteo. Por eso traer aquí la historia de los retratos y la biografía de María Remedios es sumamente esclarecedor para visualizar esta invisibilización.

“Lavrín expresa que, si bien para la época independentista el amor a la patria en el caso de las mujeres es difícil de dilucidar por los escasos testimonios personales que se han preservado, quedan las pruebas irrefutables de sus actuaciones. Alejandro Rabinovich indica que diversas fuentes

⁸ Guzmán, Florencia *“María Remedios del Valle y las Marías. Memorias, representaciones y actualidad de una femineidad negra heroica en la capital “blanca” argentina”*,

publicado en <https://revistapaginas.unr.edu.ar/index.php/RevPaginas>

revelan que la presencia femenina en los campamentos militares de la época fue una constante y se dio en todas las situaciones posibles. De manera particular, en las provincias del noroeste y en el Alto Perú, donde “el sistema de mujeres cuarteleras estaba tan bien establecido que incluso tenían el nombre de ‘rabanos’ y en algunas unidades su número quintuplicaba al de los soldados”⁹

Fuimos vistas en ese entonces y lo somos aún ahora como, las cuidadoras, las carismáticas destinadas a sostener a los hombres protagonistas “Lavrín alude a los registros históricos escritos por los varones en los que “mostraban sus raíces patriarcales al asignarles [a las mujeres] virtudes como la lealtad, la afectividad, la caridad, la abnegación y el sacrificio, los que hasta entonces se consideraban esenciales y naturales del carácter femenino”...”¹⁰

Que las mujeres seamos vistas desde estas virtudes no es tampoco casual. Frances Olsen explica que nuestro pensamiento se ha estructurado en torno de series complejas de dualismos o pares opuestos: racional/irracional, activo/pasivo, pensamiento/sentimiento, razón/emoción, cultural/naturaleza, poder/sensibilidad, objetivo/ subjetivo, abstracto/ concreto, universal/particular. Estos pares duales dividen las cosas en esferas contrastantes o polos opuestos “Tres características de este sistema de dualismos resultan importantes para la discusión que sigue. Primero, los dualismos están sexualizados. Una mitad de cada dualismo se considera masculina y la otra mitad, femenina. Segundo, los términos de los dualismos no son iguales sino que constituyen una jerarquía. En cada par, el término identificado como “masculino” es privilegiado como superior, mientras que el otro es considerado como negativo, corrupto o inferior... Los hombres se han identificado a sí mismos con un lado de los dualismos: con lo racional, lo activo, el pensamiento, la razón, la cultura, el poder, lo objetivo, lo abstracto, lo universal. Las mujeres resultaron proyectadas hacia el otro lado e identificadas con lo irracional, lo pasivo, el sentimiento, la emoción, la naturaleza, la sensibilidad, lo subjetivo, lo concreto, lo particular...”¹¹

Esto también es sumamente esclarecedor en lo que aquí queremos plantear. Si los aportes femeninos a nuestra historia no son “jerarquizados”, es decir, son considerados inferiores por no haber sido quienes

ocuparon roles de poderes, por no haber tomado “las decisiones” en aquel entonces, va de la mano con nuestra invisibilización, si nuestros aportes no son jerarquizados porque son considerados “inferiores” es conducente a que se elija no mostrarnos.

Por supuesto que además debe realizarse un análisis interseccional para poder comprender que hay otro componente ineludible en la invisibilización del rol de Del Valle y es su condición de mujer negra. “los procesos reivindicativos de María Remedios del Valle guardan una estrecha relación con los procesos de invisibilización y revisibilización de los descendientes de africanos en la historia nacional... los sectores afrodescendientes fueron mayormente sujetos de representaciones producidas y sancionadas por sectores dominantes que contribuyeron a su invisibilización... durante la primera mitad del siglo XIX, se asiste a la mayor reivindicación y reconocimiento sobre María Remedios del Valle, la que ésta a su vez coincide con la importante presencia y visibilización de la población negra en Buenos Aires. No ocurre lo mismo a finales del siglo cuando los acelerados cambios que se fueron produciendo en el país no solo afectarían su demografía y sus formas de sociabilidad, sino además las representaciones hacia los sectores negros. Estos comienzan a “desaparecer”, según los discursos hegemónicos como consecuencia de la contundente construcción de esta narrativa dominante de Nación, cristalizada por la historiografía, el sistema educativo y la estadística nacional con sus políticas censales blanqueadoras. En esta narrativa se razonaba que la raza negra – los descendientes de los antiguos esclavizados y esclavizadas de origen africano traídos al país en tiempos de la colonia y primeras décadas del siglo XIX –, había ido disminuyendo su número gradualmente hasta desaparecer. Por esa época, la Argentina se consideraba a sí misma como un país blanco-europeo, con Buenos Aires a la cabeza de una población homogéneamente determinada por la masiva inmigración europea que había llegado al país durante las últimas décadas del siglo XIX...”¹²

Ser mujer, negra y pobre hizo que sin dudas María Remedios no haya tenido el lugar protagónico que mereció y el que otros sí tuvieron.

⁹ Ghidoli, María de Lourdes; “Los múltiples rostros de la Madre de la Patria. Retratos de María Remedios del Valle, una heroína afrodescendiente en la Argentina contemporánea”. En caiana. Revista de Historia del Arte y Cultura Visual del Centro Argentino de Investigadores de Arte (CAIA). N° 16 | Primer semestre 2020, pp. 32 – 49.

¹⁰ Op. Cit. Pág. 5.

¹¹ Olsen, Frances (2000). “El sexo del Derecho”, Alicia E.

C. Ruiz (comp.), Identidad femenina y discurso jurídico, Biblos, Buenos Aires, p. 25-42. Recuperado de http://hum.unne.edu.ar/generoysex/seminario2/s2_03.pdf

¹² Guzmán, Florencia. María Remedios del Valle. “La Capitana”, “Madre de la patria” y “Niña de Ayohuma”. Historiografía, memoria y representaciones en torno a esta figura singular. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.69871>

Monumentos: Representación de una lucha constante

Cabe destacar que el primer monumento de María Remedios del Valle lo encontramos en la Escuela N° 25 “Granaderos de San Martín” de Santa Rosa, en la Provincia de La Pampa¹³, espacio donde también funciona el Instituto 1° de Mayo.



Dicha escultura fue realizada el 10 de diciembre de 2018, dentro del marco del proyecto llevado adelante por la docente Mabel Fornasari y su materialización fue gracias al trabajo realizado por la escultora Carina Carrasco.

La directora de la Escuela, Ana Laura Beraud, resalta que fue una iniciativa propia de las docentes: *“Era un proyecto para visibilizar mujeres invisibilizadas en la historia, ese proyecto se llamó - Heroínas en las sombras- y recuperaban las mujeres del Bicentenario. Ahí aparece entre ellas la figura de María Remedios”.*

Añade que el propósito del proyecto fue promover el reconocimiento de la Comunidad Afroargentina y la reivindicación de la Capitana María Remedios del Valle, señalando: *“Cuando nosotros trabajamos la figura de María Remedios más allá de reconocerla como la Madre de la Patria, también hacemos foco en por qué no fue reconocida y nuestros alumnos saben que no fue reconocida por ser mujer, pobre y negra.”*

Solo a los efectos de realizar un análisis crítico, no pasa desapercibido que se eligió representar la figura de María Remedios con una pollera o vestido. Si bien los tiempos en que se desarrolló la vida de la heroína imponían un código de vestimenta a las mujeres sobre lo que se entendía como “lo femenino” es bastante probable pensar que este no haya sido su atuendo en

las batallas llevadas a cabo, lo cual, desde ya es imposible de conocer porque no hay registros específicos al respecto. Se elige mostrarla con rasgos “femeninos” a diferencia de como se inmortaliza a los próceres masculinos.

Como explica la profesora Andrea L. Gastrón, no mostramos igual a los hombres y mujeres en el arte *“No cabe duda entonces, de que la manera como mostramos (o no mostramos), y como se nos muestra en el mundo artístico, es distinto para las personas de distintos sexos... Es decir, que la manera de mirar y de ser mirado trasciende al sexo / género del escultor considerado individualmente, ya que se relaciona con la sociedad (patriarcal): miramos desde una perspectiva determinada, conformando así una estética que se define socialmente, culturalmente y también generacionalmente...”*¹⁴

La labor llevada a cabo por estas docentes comprometidas con una educación respetuosa y de reconocimiento hacia aquella mujer que luchó por nuestra independencia, fue opacada cuando, el día 20 de febrero de 2020, se encontraron con la escultura completamente destrozada.

Frente a ello, las autoridades de la Escuela, fiel a su visión democrática, inclusiva y de no violencia, volvieron a reconstruir el monumento con la ayuda del Ministerio de Educación, que cubrió los gastos de los materiales.

Actualmente, la escultura continúa emplazada como un símbolo de resistencia y lucha frente a los ataques racistas.

Por su parte, en la Ciudad de Buenos Aires, el monumento de María Remedios del Valle realizado por el escultor Alexis Minckiewicz, fue inaugurado el día 8 de noviembre del 2022, luego de ser postergado por mucho tiempo. El día de su inauguración fue significativo debido a que coincidía con el Día Nacional de las/los Afroargentinos y de la cultura afro.

Esta acción constituyó un hito importante en la historia argentina al reconocer y honrar en un espacio físico de la ciudad capital la figura de esta heroína afrodescendiente, destacando su valentía y compromiso en la lucha por la independencia del país.

¹⁵

Quizás este monumento es el que tuvo mayor relevancia o fue más conocido que el realizado en la

¹³ <https://www.pagina12.com.ar/615557-monumento-a-maria-remedios-del-valle-rosas>

¹⁴ Gastron, Andrea L. (2019). *“Esculturas y derecho: Una lectura de género”*, González, Manuela, Miranda, Marisa A., y Zaikoski Biscay, Daniela (comp.), Género y derecho, Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa, Santa

Rosa, p. 37-52. Recuperado de <http://www.unlpam.edu.ar/cultura-y-extension/edunlpam/catalogo/actas-de-eventos-academicos/genero-y-derecho>

¹⁵ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/un-monumento-para-maria-remedios-del-valle-0>

Escuela de Santa Rosa, La Pampa... ¿Lo “curioso”?
El final vuelve a ser el mismo.



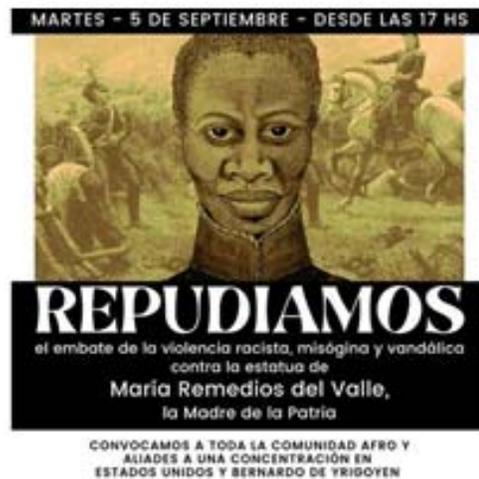
En la madrugada del 1 de septiembre de 2023, el monumento que se encontraba en la plazoleta Alfonso Castela, ubicada en Bernardo de Yrigoyen y Estados Unidos, fue vandalizado y destruido completamente. Puede observarse que en la imagen izquierda se encuentra la escultura original, mientras que en la derecha solo se observan restos de lo que alguna vez fue un intento de honrar la figura de María Remedios.

Este ataque fue noticia en muchos diarios nacionales y generó un gran rechazo por el mensaje claro que quisieron transmitir con este acto de vandalismo, que para nada fue un ataque “común”, más bien, fue un ataque racial directo al movimiento afrodescendiente y a la valorización de la heroicidad de una mujer negra en Buenos Aires.

No es casualidad la fecha que eligieron para quemar el monumento, ya que el día 31 de agosto fue instaurado por las Naciones Unidas como el “Día Internacional de los y las Afrodescendientes” a fin de “promover las contribuciones de la diáspora africana y

eliminar la discriminación contra los afrodescendientes”¹⁶.

Frente a este ataque, se convocó a un acto de repudio para el día 5 de septiembre de 2023 en el lugar donde se había emplazado la escultura. En este acto, María Gabriela Pérez, artista y activista afrodescendiente, directora de la Comisión para el Reconocimiento Histórico de la Comunidad Afrodescendiente del INADI, denunció este ataque como un acto de propagación y normalización del discurso de odio en el país: *“La negación del racismo es grave en nuestra sociedad. Hay acciones concretas, vulneración de derechos, expresiones discriminatorias y racistas en nuestra vida cotidiana que es urgente que toda la sociedad reflexione y se sume contra toda violencia. Las trayectorias de vida de las personas afrodescendientes son difíciles de transitar producto de los prejuicios y estigmas que violentan nuestra existencia”*¹⁷.



FNOA FEDERACIÓN NACIONAL AFRODESCENDIENTE
Repudio al acto de vandalismo contra el Monumento de María Remedios del Valle Rosas y una reflexión necesaria

El pasado viernes 1° de septiembre, nos vimos sacudidos por un acto de vandalismo que dejó en ruinas el recién erigido monumento a María Remedios del Valle Rosas en la Ciudad de Buenos Aires. Este acto vandálico y racista se inscribe en un creciente clima de odio y violencia, en un contexto de avance de la extrema derecha. Nuestra más enérgica condena y un llamado urgente a una profunda reflexión de lo sucedido.

Al mismo tiempo, de condenar la infame y cobarde destrucción de esta representación de nuestra capitana María Remedios del Valle Rosas, invitamos a reflexionar sobre la forma en que nuestra sociedad representa y conmemora a los héroes y heroínas afroargentinas de nuestra historia. Pero sobre todo cómo lo hace el Estado argentino de cara a su deber frente a las reparaciones hacia la comunidad afroargentina. En este sentido, resulta crucial reconsiderar cómo queremos recordar y honrar a la Madre de la Patria.

El monumento destruido, una representación de María Remedios descalza y con el torso desnudo, generó rechazo en algunos sectores de la comunidad afroargentina dada la sistemática objetivación y sexualización a la que se ha sometido y continúa sometiendo a las mujeres afrodescendientes. Si bien es cierto que el arte puede ser simbólico y alegórico, debemos ser conscientes de que las representaciones monumentalizadas tienen un fuerte impacto en la percepción de nuestra historia y en cómo valoramos las contribuciones de las personas que la hicieron.

Representar a la Madre de la Patria despojada de su uniforme de capitana, con sus pies descalzos y torso desnudo, cual esclava ofrecida para la venta, fue insoportable y desafortunado. Ese tipo de imágenes refuerzan estereotipos racistas y sexistas que no deberían tener lugar en la conmemoración de nuestra historia, especialmente dañinas cuando son producidas por instituciones del Estado.

Por otro lado, María Remedios del Valle Rosas fue una figura extraordinaria que desafió las barreras de raza y género en una época en que las mujeres afrodescendientes enfrentaban el proceso criminal de deshumanización de la esclavitud. Su logro al convertirse en capitana en el siglo XIX es testimonio de coraje, dignidad y resistencia. Por lo tanto, es justo que su figura sea acorde con su logro y su importancia histórica. La Madre de la Patria es digna de una representación que respete su legado, que celebre su valentía y determinación, vistiendo su uniforme. Es digna de un monumento de bronce, que no pueda ser quemado como un tacho de basura.

¡Restitución YA! ¡Justicia y reparación!
¡Por un nuevo monumento de nuestra Capitana María Remedios del Valle Rosas, con su uniforme y de bronce!
¡Viva la Capitana María Remedios del Valle Rosas!
¡Viva la Madre de la Patria!

Federación Nacional de Organizaciones Afroargentinas
fnoa@argentina.org@gmail.com

¹⁶ <https://www.un.org/es/observances/african-descent-day>

¹⁷ <https://www.pagina12.com.ar/584595-reducen-azules-un-monumento-a-remedios-del-valle>



Imágenes: 1) Convocatoria de toda la comunidad afro al acto de repudio del día 5 de septiembre de 2023, 2) Nota de repudio del Frente Sindical Contra el Racismo, la Discriminación y la Xenofobia y 3) Nota de repudio de la Federación Nacional de Organizaciones Afroargentinas.

El contexto en el cual se realizó este ataque tampoco es menor, más allá de la fecha significativa en la que decidieron llevar adelante este acto de racismo, es preciso destacar que fue en medio del debate de la incorporación de María Remedios del Valle en el billete de diez mil pesos, junto a Manuel Belgrano.

Evidentemente, el ataque a la escultura de María Remedios del Valle muestra cómo, a pesar del intento por visibilizarla y reconocerla, continúa la resistencia y negación a considerarla como la heroica mujer que fue, el racismo aún continúa en la sociedad, no solo contra ella sino contra toda la comunidad afrodescendiente. El mensaje fue claro: nuevamente intentan hacerla desaparecer.

Sobre la importancia de este reconocimiento y su consecuente puesta de valor, es pertinente poner de resalto las enseñanzas de Nancy Fraser. No es casual que el monumento que elija destruirse es el de una mujer negra. La autora citada plantea que para corregir las injusticias de género hay que transformar la estructura económica y el orden del estatus de la sociedad contemporánea. Ninguna medida es suficiente por sí sola. *“Combatir la subordinación de las mujeres requiere un enfoque que combine una política de redistribución con una política de*

reconocimiento...”¹⁸. Claramente, pese a al intento de visibilizar a las mujeres de la historia, esto no ha dado resultados, ya que las mujeres argentinas seguimos día a día luchando por los reconocimientos en los diferentes espacios de poder. Es decir, que pese a que se han instalado intentos por lograr nuestro reconocimiento todo esto esta destinado al fracaso si seguimos siendo las mas empobrecidas de esta sociedad (como actualmente lo somos) y si no somos reconocidas socialmente. La vandalización de nuestras esculturas es muy ejemplificadora de como se nos considera, las esculturas de las mujeres son destruidas, incluso aunque se sitúen en el epicentro de una de las ciudades mas importantes del país.

Lo expuesto por la filosofa Fraser nos ayuda a entender que en nuestro país no están dados los elementos necesarios para generar una perspectiva real de reconocimiento. Pese a los avances también ineludibles, nuestra figura es constantemente arremetida, son cuestionados nuestros “reconocimientos” siempre somos insuficientes para estar en los billetes o en las obras arquitectónicas de la ciudad y lo expuesto por la autora es una aproximación al motivo de esa falta: *“Mientras el orden social del estatus presente a las mujeres como sujetos inferiores a la categoría de socias plenas en la interacción, se estará institucionalizando su falta de reconocimiento. En cualquiera de los dos casos el resultado es un sistema de género moralmente indefendible...Lo que requiere reconocimiento no es la identidad femenina sino el estatus de las mujeres como socias plenas en la interacción social. La falta de reconocimiento no significa, por tanto, que haya una depreciación o deformación de la feminidad. En lugar de ello significa que existe una subordinación social que impide a las mujeres participar como pares en la vida social...”*¹⁹

Conclusiones

En la introducción planteamos como interrogante si hubo mujeres en la historia de nuestro país. Creo que estamos en condiciones de responder con una rotunda afirmación. Pese a que el objetivo del presente trabajo se centró en la vida de María Remedios del Valle, sobran los ejemplos de otras valiosas mujeres cuya incansable lucha también merece su reconocimiento.

Lo que aquí se planteó como hipótesis es que ser mujer, pobre y negra contribuyó ampliamente a dar

¹⁸ Fraser, Nancy. *“La política feminista en la era del reconocimiento: un enfoque bidimensional de la justicia de género”*, Arenal. Revista de Historia de las Mujeres, Universidad de Granada, Julio-diciembre de 2012, Vol. 19,

Nº 2, p. 267-282. Recuperado de <http://www.ugr.es/~arenal/articulo.php?id=189>

¹⁹ Op. Cit.

lugar a la invisibilización de María Remedios y creemos que este punto de partida también fue confirmado con lo aquí expuesto.

El sistema capitalista y patriarcal que atraviesa todos los aspectos de nuestras vidas fue el gran movilizador para corcernos de la escena pública y en consecuencia para decidir no mostrar nuestros hitos.

A ello se suma además el racismo latente en nuestra sociedad, tanto del pasado y lamentablemente también de nuestro presente, como se ha mostrado con los ejemplos de la destrucción de las esculturas.

Nos parece sumamente importante animarnos a decir que si hubo un camino de reconocimiento a las labores de las mujeres de nuestra historia es que hubo una decisión política en ese sentido. El bicentenario y otros sucesos históricos contribuyeron a revisar los sucesos de nuestra historia, pero mostrar a las mujeres protagonistas es y será una decisión política, ello, destacando además el espacio que fue ganando el movimiento de mujeres al respecto en nuestro país y en el mundo.

La conocida frase de Simone de Beauvoir “*Nunca olvides que una crisis política, económica o religiosa será suficiente para que los derechos de las mujeres sean cuestionados*” cobra relevancia en este aspecto y es sumamente esclarecedora para lo que estamos intentando mostrar con este trabajo. Y es que, si en un contexto político hubo decisión para visibilizar a nuestras mujeres históricas – con las luchas y críticas que por supuesto esto siempre genera – hoy esos espacios se están cerrando nuevamente y eso debe ponernos en alerta. No nos parece casual que en el día internacional de la mujer de este año se haya decidido eliminar el Salón de las Mujeres de la Casa de Gobierno y que los retratos de muchas de nuestras próceres hayan sido quitados. Estas decisiones políticas tienen su impacto en la sociedad y en mostrar el lugar que ocupamos las mujeres en la actualidad y que no hay intenciones de revisar esto.

Pese a todo ello, se generaron diversos avances sociales que permiten que hoy – al menos- se cuestionen este tipo de medidas.

Por supuesto que queda mucho por hacer y dependerá de cada uno de nosotros no volver a cerrar mas espacios para las mujeres y realmente lograr visibilizar todas las voces. Es que, no basta solo con mostrar las vidas de estas mujeres, sino cuestionar ese pasado y por qué se les quitó su protagonismo, lo cual, es claramente posible debido a que construimos nuestros ideales sociales a cada momento. Solo así, sentaremos las bases para el futuro que deseamos,

con las mujeres con el rol protagónico que nos fue vedado.

Bibliografía:

- Bonino, Nicole. “*Trazando Caminos: Retratística Afroargentina Como Archivo De Memoria E Instrumento De visibilización*”. *Perspectivas Afro*, vol. 3, n.º 1, noviembre de 2023, pp. 135-52. Doi: <https://doi.org/10.32997/pa-2023-4425>.

- Fraser, Nancy. “*La política feminista en la era del reconocimiento: un enfoque bidimensional de la justicia de género*”, Arenal. *Revista de Historia de las Mujeres*, Universidad de Granada, Julio-diciembre de 2012, Vol. 19, N° 2, p. 267-282. Recuperado de <http://www.ugr.es/~arenal/articulo.php?id=189>

- Gastron, Andrea L. (2019). “*Esculturas y derecho: Una lectura de género*”, González, Manuela, Miranda, Marisa A., y Zaikoski Biscay, Daniela (comp.), *Género y derecho*, Editorial de la Universidad Nacional de La Pampa, Santa Rosa, p. 37-52. Recuperado de <http://www.unlpam.edu.ar/cultura-y-extension/edunlpam/catalogo/actas-de-eventos-academicos/genero-y-derecho>

- Ghidoli, María de Lourdes; “Los múltiples rostros de la Madre de la Patria. Retratos de María Remedios del Valle, una heroína afrodescendiente en la Argentina contemporánea”. En caiana. *Revista de Historia del Arte y Cultura Visual del Centro Argentino de Investigadores de Arte (CAIA)*. N° 16 | Primer semestre 2020, pp. 32 – 49.

- Giglietti, Natalia y Ciafardo Mariel “*La invención de un rostro el encargo de retratos de María Remedios del Valle*” Publicado en: https://jornadassecyt.fba.unlp.edu.ar/Jidap_pdf/eje_2/Giglietti-Ciafardo.pdf

- Guzmán, Florencia “*María Remedios del Valle y las Marías. Memorias, representaciones y actualidad de una femineidad negra heroica en la capital “blanca” argentina*”, publicado en <https://revistapaginas.unr.edu.ar/index.php/RevPaginas>

- Guzmán, Florencia. María Remedios del Valle. “La Capitana”, “Madre de la patria” y “Niña de Ayohuma”. *Historiografía, memoria y representaciones en torno a esta figura singular*. Disponible en: <https://doi.org/10.4000/nuevomundo.69871>

- Olsen, Frances (2000). “*El sexo del Derecho*”, Alicia E. C. Ruiz (comp.), *Identidad femenina y discurso jurídico*, Biblos, Buenos Aires, p. 25-42. Recuperado de

http://hum.unne.edu.ar/generoysex/seminario2/s2_03.pdf

Noticias consultadas en sitios web:

- <https://www.argentina.gob.ar/noticias/un-monumento-para-maria-remedios-del-valle-0>
- <https://www.pagina12.com.ar/584595-reducen-a-cenizas-un-monumento-a-remedios-del-valle>
- <https://www.pagina12.com.ar/615557-monumento-a-maria-remedios-del-valle-rosas>
- <https://www.pagina12.com.ar/719334-quienes-tenian-sus-retratos-en-el-salon-de-las-mujeres>

Aportes Audiovisuales

- https://www.youtube.com/watch?v=kf49_jGIAh8
- <https://mica.gob.ar/actividades/1692/reproducir>

Información Institucional

Directora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

Dra. Lidia Beatriz Hernández

Director de la Carrera de Especialización de Derecho de Familia

Dr. Luis Ugarte

**Subdirector de la Carrera de Especialización y de la Maestría en
Derecho de Familia Infancia y Adolescencia**

Dr. Néstor Solari

Coordinador de la Maestría en Derecho de Familia Infancia y Adolescencia

Mg. María José Fernández

Coordinador de la Carrera de Especialización

Dr. Roberto Campos

Publicación y edición:

Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia

http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/mae_der_familia_inf_adole.php

Carrera de Especialización en Derecho de Familia

http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/carr_esp_derfamilia.php

Departamento de Posgrado - Facultad de Derecho - UBA

Av. Pres. Figueroa Alcorta 2263, 2do piso, C1425, CABA

Mail: cedfamilia@derecho.uba.ar / TEL: (5411) 5287-6787

<http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/bodfys/>

ISSN 2718- 868X