

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 45 - número 101 - 2020-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones



Derecho de Familia

.....
Graciela Medina

Coordinadora



ABELEDOPERROT

ABELEDOPERROT



Revista Jurídica de Buenos Aires - año 45 - número 101 - 2020-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho de Familia

Graciela Medina

Coordinadora

Revista Jurídica de Buenos Aires - año 45 - número 101 - 2020-II

Facultad de Derecho - Universidad de Buenos Aires

Departamento de Publicaciones

Derecho de Familia

Graciela Medina

Coordinadora



ABELEDOPERROT

© Departamento de Publicaciones - Facultad de Derecho - UBA, 2021
© de esta edición, Thomson Reuters, 2021
Tucumán 1471 (C1050AAC) Buenos Aires
Queda hecho el depósito que previene la ley 11.723

Impreso en la Argentina

Todos los derechos reservados
Ninguna parte de esta obra puede ser reproducida
o transmitida en cualquier forma o por cualquier medio
electrónico o mecánico, incluyendo fotocopiado, grabación
o cualquier otro sistema de archivo y recuperación
de información, sin el previo permiso por escrito del Editor y el autor.

Printed in Argentina

All rights reserved
No part of this work may be reproduced
or transmitted in any form or by any means,
electronic or mechanical, including photocopying and recording
or by any information storage or retrieval system,
without permission in writing from the Publisher and the author.

ISSN 0326-7431

REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES

FACULTAD DE DERECHO, UBA

Codirectores:

Pedro Aberastury

Marta Rosa Vigevano

Secretaría de Redacción:

Emiliano Buis

MIEMBROS DEL CONSEJO EDITORIAL

Marcelo Alegre (UBA)

Laurence Boisson de Chazournes (Université de Genève)

Griselda Capaldo (UBA/CONICET)

Alberto Dalla Via (UBA)

Diana Maffía (UBA)

M. Susana Najurieta (UBA)

Pedro Nikken (Universidad Central de Venezuela)

Mónica Pinto (UBA)

Renato Rabbi-Baldi Cabanillas (UBA)

Edmundo Vargas Carreño (Universidad Nacional de Chile)

María Elsa Uzal (UBA)

Daniel Vítolo (UBA)

COMITÉ EVALUADOR

Javier Barnes (Universidad de Huelva, España)

Daniel Bonilla (Universidad de los Andes, Colombia)

Olivier De Frouville (París II, Francia)

Edgardo Donna (UBA)

Diego Fernández Arroyo (Sciences-Po, Paris, Francia)

Ricardo García Macho (Universidad Jaume I, Castellón, España)

Andrea Gastrón (UBA)

Silvina González Napolitano (UBA)

Carla Huerta (UNAM, México)

Patricia Llerena (UBA)

Ricardo Perlingeiro (Universidade Federal Fluminense, Brasil)

Alberto Puppo (ITAM, México)

Fabián Salvioli (Universidad Nacional de La Plata)

Karl-Peter Sommermann (Universidad de Ciencias Administrativas, Speyer, Alemania)

Sébastien Touzé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg, Francia)

Colaboradores del Consejo Editorial

Natalia Luterstein

Revisión de títulos, resúmenes y palabras claves en Inglés

Marcos Kotlik

AUTORIDADES DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

Decano: Alberto J. Bueres

Vicedecano: Marcelo Gebhardt

CONSEJO DIRECTIVO DE LA FACULTAD DE DERECHO

CLAUSTRO DE PROFESORES

Consejeros Titulares: Oscar Ameal / Ernesto Alberto Marcer / Leila Devia / Germán Gonzalo Alvarez / Luis Mariano Genovesi / Luis Fernando Niño / Daniel Roque Vítolo / Alfredo Mauricio Vítolo

Consejeros Suplentes: Marcelo Gebhardt / Mary Beloff / Raúl Gustavo Ferreyra / Juan Pablo Mugnolo / Carlos Mario Clerc / Silvina Sandra González Napolitano / Graciela Medina/ Alejandro Norberto Argento

CLAUSTRO DE GRADUADOS

Consejeros Titulares: Leandro Abel Martínez / Silvia Lorelay Bianco / Pablo Andrés Yannibelli / Fernando José Muriel

Consejeros Suplentes: Elisa Graciela Romano / Gisela María Candarle / Aldo Claudio Gallotti / Lisandro Mariano Teszkiewicz

CLAUSTRO DE ESTUDIANTES

Consejeros Titulares: Joaquín Rodrigo Santos / Catalina Cancela Echegaray / Víctor Francisco Dekker / Juan Alfonsín

Consejeros Suplentes: Facundo Corrado / Silvia Alejandra Bordón / Eliana Malena Gramajo / Juan Francisco Petrillo

SECRETARIOS

Secretaria Académica: Silvia C. Nonna

Secretario de Administración: Carlos A. Bedini

Secretario de Extensión Universitaria y Bienestar Estudiantil: Oscar M. Zoppi

Secretario de Investigación: Daniel Pastor

Secretario de Coordinación y Relaciones Institucionales: Marcelo Haissiner

SUBSECRETARIOS

Subsecretario Académico: Lucas G. Bettendorff

Subsecretario de Administración: Rodrigo Masini

Subsecretario de Investigación: Emiliano J. Buis

Subsecretario Técnico en Administración: Daniel Díaz

Subsecretaria de Planeamiento Educativo: Noemí Goldsztern de Rempel

DEPARTAMENTO DE PUBLICACIONES

Directora: Mary Beloff

Subdirector: Luis R. J. Sáenz

Secretario: Jonathan M. Brodsky

ÍNDICE
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
AÑO 45, NÚMERO 101, 2020-II, BUENOS AIRES

PRESENTACIÓN

Graciela Medina.....	3
----------------------	---

DOCTRINA

ESTHER H. S. FERRER DE FERNÁNDEZ Y PAULA N. BERMEJO: El derecho humano al acceso y protección de la vivienda familiar, su tutela en el derecho privado y el deber del Estado. El Programa Nacional de Alquiler Social	11
DIMITRE BRAGA SOARES DE CARVALHO: Contratos familiares en las relaciones poliafectivas: cada familia puede crear su propio derecho de familia.....	47
LAURA EVANGELINA FILLIA: El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno	65
GRACIELA MEDINA: Socio afectividad y Derecho de Familia	85
PILAR QUIÑO A: Transferencia de embriones <i>post mortem</i> : ¿dónde estamos parados?	103
BEATRIZ RAMOS CABANELLAS: Dilemas al regular la Unión convivencial: La solución uruguaya	115
ANA CAROLINA SANTI: Las personas adultas mayores con capacidad restringida o incapacidad. Una mirada desde el sistema de curadurías de la Provincia de Buenos Aires	131
JUAN ANTONIO SEDA: Familia y apoyos para la persona con discapacidad.	149
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA. Relaciones poli afectivas y protección de la familia.....	165

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

GRACIELA MEDINA: Cine y derecho de familia (2020, 400 págs.) Graciela Medina – Cristián Lepin Molina (directores) Buenos Aires, 2020, ed. Rubinzal Culzoni.	193
GRACIELA MEDINA: Tratado de la familia”, Director: Marcos M. Córdoba; Coordinadora: Florencia Inés Córdoba, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2020, 2 volúmenes	197
Apéndice. Pautas para la presentación de originales	201

INDEX
REVISTA JURÍDICA DE BUENOS AIRES
YEAR 45, NUMBER 100, 2021-II, BUENOS AIRES

PRESENTATION

GRACIELA MEDINA.....	3
----------------------	---

DOCTRINE

ESTHER HAYDEÉ SILVIA FERRER DE FERNÁNDEZ y PAULA NOELIA BERMEJO: The human right to access and protection of the family housing, its guardianship in private law and the duty of the state. The national social rental program	12
DIMITRE BRAGA SOARES DE CARVALHO: : Family contracts in polyaffective relationships: each family can create its own Family Law.	48
LAURA EVANGELINA FILIA: The role of the mother in the action of filiation.	65
GRACIELA MEDINA: Socio-affectivity and family law	86
PILAR QUIÑO A: Post-mortem embryo transfer: where do we stand?.....	103
BEATRIZ RAMOS CABANELLAS: Dilemmas when regulating the Cohabiting Union: The Uruguayan solution.....	115
ANA CAROLINA SANTI: Older people with restricted capacity or disability. A view from the Buenos Aires Province curators system	131
JUAN ANTONIO SEDA: Family and supports for the person with disabilities.	149
REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA: Polyaffective relationships and the protection of the family.	166

BOOK REVIEWS

Brian Fagan, <i>Cine y derecho de familia (2020, 400 págs.) Graciela Medina – Cristián Lepin Molina (directores) Buenos Aires, 2020, ed. Rubinzal Culzoni. Cine y derecho de familia, Buenos Aires, xxxx, Rubinzal Culzoni Completar datos de edición, comment of GRACIELA MEDINA.....</i>	193
Tratado de la familia”, Director: Marcos M. Córdoba; Coordinadora: Florencia Inés Córdoba, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2020, 2 volúmenes, comment of GRACIELA MEDINA.....	197
Guidelines for the submission of articles.....	201

PRESENTACIÓN

PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA FAMILIA

Entrando en la tercera década del siglo XXI, estamos convencidos de que se impone una enérgica, sólida y sostenida defensa de la familia como institución fundante de la sociedad, de cuya fortaleza indiscutiblemente dependemos para lograr individuos sanos y felices que puedan conformar una comunidad más igualitaria, ordenada y justa donde se logre un desarrollo pleno de las personas.

Debido a nuestro convencimiento de que se requiere una tutela de la familia es que hemos organizado esta revista abordando distintos aspectos concretos que hacen a la protección familiar. No pretendemos en ella agotar el tema de estudio, sino desarrollar aristas concretas que aluden a aspectos que sirven al sostén familiar.

Con el propósito antes aludido, nos ha parecido fundamental tratar el tema de la vivienda familiar porque es bajo su amparo y salvaguardia que se desarrolla la familia, lo que se ha comprobado prístinamente en estos tiempos de pandemia, en que los individuos nos debimos aislar en el cobijo de nuestra vivienda y pudimos sobrevivir por el apoyo familiar.

Sobre este sujeto profundizan las Dras. Esther Haydee Silvia Ferrer de Fernández y Paula Noelia Bermejo en el trabajo titulado “El derecho humano al acceso y protección de la vivienda familiar, su tutela en el derecho privado y el deber del Estado. El programa nacional de alquiler social”. En él, las autoras analizan diversos aspectos del instituto de la vivienda familiar. Entre ellos, su protección constitucional y convencional, las normas tuitivas del derecho privado, las cuestiones concernientes a la asignación de la vivienda familiar y, fundamentalmente, la problemática relativa al acceso a esta, aportando parámetros que surgen del derecho comparado y de la jurisprudencia.

Asimismo, y por la importancia que tiene en la materia, explican la relación entre la vivienda y el marco normativo de la emergencia sanitaria y económica del coronavirus, y realizan un análisis del interesante instituto del Programa Nacional de Alquiler Social, creado por ley 27.55, en tanto esta norma protege la sede de la familia.

Indiscutiblemente, en orden a proteger la familia, se debe evitar todo daño entre sus integrantes, porque la familia no es, ni debe ser, el sitio donde se hiera o se injurie gratuitamente. En aras de evitar los perjuicios que los miembros de la familia se causen, es trascendental impedir el menoscabo que sufre todo hijo a quien se le niega su identidad por la falta de reconocimiento paterno, y en este

tema constituye una cuestión importante determinar qué responsabilidad le cabe a la madre por el no reconocimiento paterno en el actual régimen de la responsabilidad civil, que busca prevenir los daños antes que repararlos.

Sobre esta cuestión, la Dra. Laura Evangelina Fillia escribe un artículo titulado “El rol de la madre en la acción de daños por la falta de reconocimiento voluntario paterno” donde se ocupa de discernir la legitimación activa y pasiva de la madre en la acción de daños promovida por la falta de reconocimiento voluntario paterno del hijo en común. Además, determina que el derecho afectado por la falta de reconocimiento es el derecho a la identidad del hijo, quien resulta único legitimado para reclamar el resarcimiento del daño no patrimonial. En este sentido, explica que la madre, en cuanto damnificada indirecta, solo podrá reclamar el resarcimiento del daño patrimonial en virtud de la limitación que le impone el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Por otra parte, encara el problema que ocasiona al niño la demora materna en promover la acción de reclamación de la filiación en representación de su hijo menor. Explica con sólidos fundamentos por qué esa negligencia la convertirá en coautora de los daños y perjuicios que experimente el niño, ya que, por imperio de lo dispuesto por los arts. 583 y 1710, inc. b) del Cód. Civ. y Com., se encuentra obligada a colaborar con la determinación de la paternidad de su hijo y a adoptar las medidas razonables y necesarias para evitar la producción o el agravamiento del daño ya causado. La autora afirma que, en un juicio de ponderación adecuado, el derecho a la intimidad de la madre se encuentra por debajo del derecho a la identidad del hijo, y, por lo tanto, considera que no puede servir de justificación para incumplir el deber de promover la acción de reclamación en debido tiempo. Finalmente, concluye que el art. 583 del nuevo ordenamiento sustantivo se presenta como una herramienta de prevención de daños que, a su vez, favorece la protección de la familia.

En aras de proteger la familia, tiene fundamental importancia el adecuado cuidado de sus sujetos más vulnerables, ya que una de las principales obligaciones que emergen de las relaciones de familia es la asistencia para con los demás integrantes del núcleo doméstico, labor que es más intensa cuanto mayor es la necesidad del sujeto pasivo, y que se agudiza cuando el familiar sufre de discapacidad. Por eso, en una revista que alude al tema de la protección a la familia, nos pareció imprescindible tratar el tema de la protección familiar de la persona con discapacidad, en especial con discapacidad intelectual. En ello colaboró el máximo especialista en discapacidad en el área jurídica, que es el Dr. Juan Antonio Seda, director de la especialización en Discapacidad de la UBA, quien escribió sobre “Familia y apoyos para la persona con discapacidad”.

En el artículo, el profesor Seda se detiene en el análisis de las relaciones entre las personas con discapacidad intelectual, sus apoyos externos y la familia, señalando que las personas con discapacidad que cuentan con apoyos familiares idóneos suelen lograr mejores resultados en cuanto a su autonomía. También pone de manifiesto que es necesario entender las dificultades cotidianas que

esas tareas representan para los progenitores y los parientes cercanos, a quienes el sistema legal, lamentablemente, no siempre brinda ayuda, o no siempre es claro en las normas que reglamentan el sistema quienes sufren discapacidad.

Por todo ello, el autor pone de relieve que las circunstancias condicionan al ser humano, y que la convivencia con una persona con discapacidad intelectual es un desafío vital que casi siempre es asumido con todo amor y lealtad por toda la familia. No olvidemos que muchas aspiraciones individuales quedan en un segundo plano para atender al integrante vulnerable del grupo familiar. Los progenitores, en este recorrido, abandonan o postergan expectativas profesionales, de allí que considero el proyecto de vida como una expectativa compartida. Por todo lo expuesto, y para dar sentido al esfuerzo de los cuidadores, las normas del derecho privado deberían apoyar ese proyecto de vida grupal, brindando certezas en las relaciones jurídicas familiares.

Siguiendo con el tema de la discapacidad, hay que tener en cuenta que, entre los familiares, los más necesitados de atención son los adultos mayores con capacidad restringida o con incapacidad, y a ellos se dedica el artículo de la Dra. Ana Carolina Santi, denominado “Las personas adultas mayores con capacidad restringida o incapacidad. Una mirada desde el sistema de curadurías de la Provincia de Buenos Aires”. En su desarrollo se alude a las personas mayores desde el trabajo concreto del sistema de curadurías de la provincia de Buenos Aires, cuya labor diaria intenta contribuir particularmente en el cuidado y contención de quienes, además, presentan una capacidad restringida o incapacidad por problemas de salud mental.

Sabemos que la vejez no es por sí misma un motivo de restricción de la capacidad, pero puede ocurrir que la mayor edad le produzca algún grado de discapacidad. Conforme surge del art. 31 del Cód. Civ. y Com., en nuestro derecho, la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial, y las limitaciones a esta son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (incs. a y b). En estos casos, la familia no siempre puede cumplir con el rol de cuidado de manera eficiente, en cuyo caso cabe preguntarse: ¿cuál es el rol del Estado? Y ¿cuáles son sus obligaciones y sus límites en orden a una tuición eficaz del adulto mayor con problemas de capacidad? Las respuestas a estos interrogantes son brindadas en este trabajo, que tiene la relevancia de ser realizado por quien es la curadora general de la provincia de Buenos Aires, además de abogada, especialista en derecho de familia. Profesora de grado y de posgrado en la Universidad Católica de La Plata y de posgrado en la Universidad Nacional de La Plata, es decir que une, a su gran bagaje doctrinario, su inestimable experiencia práctica.

En una revista de derecho de familia, que va a dar a luz en la tercera década del siglo XXI, es imposible no abordar la relación entre el afecto, la familia y su protección. A este tópico hemos destinado tres artículos, relativos a “Socio-afectividad y derecho de familia”, “Relaciones poliafectivas y protección de la

familia”, “Contratos familiares en las relaciones poliafectivas: cada familia puede crear su propio derecho de familia”, escritos por Graciela Medina, Regina Beatriz Tavares Da Silva y Dimitre Braga Soares de Carvalho respectivamente.

En el artículo de nuestra autoría, titulado “Socioafectividad y derecho de familia”, aludimos a cómo el afecto influye en la regulación del derecho de familia actual, para lo cual comenzamos por determinar qué se entiende por socioafectividad, para luego precisar y clasificar algunas de las relaciones afectivas no reguladas por el derecho de familia que se presentan en la actualidad, como la pluriparentalidad y la poliafectividad, para distinguirlas de aquellas reguladas por el legislador, como la filiación binaria y el matrimonio, e indicar qué problemas presentan al derecho las relaciones afectivas no reguladas y las reguladas en forma excepcional o limitada, y estudiar si deben ampliarse los efectos patrimoniales de las relaciones afectivas que el ordenamiento jurídico reconoce y/o si tienen que ser reguladas formas socioafectivas que se presentan en la sociedad y que el sistema jurídico no contempla.

Nos detenemos especialmente en el tema de la multiparentalidad y en las consecuencias de su aceptación judicial, en contra de lo establecido en el Cód. Civ. y Com.: que ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales en ningún tipo de filiación; y aludimos a la declaración de inconstitucionalidad de la norma que dispone la filiación binaria, para luego señalar cuáles son las consecuencias de aceptar la multiparentalidad en el estado actual de la legislación argentina, y las cuestiones que deberían contemplarse si se legislara aceptando que una persona puede tener múltiples progenitores.

Por otra parte, tratamos el tema de las relaciones poliafectivas como fuente de consecuencias jurídicas y describimos las decisiones judiciales tomadas en Colombia y en Brasil sobre ellas.

Además, abordamos la cuestión de los derechos sucesorios de los convivientes y la posibilidad de un cambio legislativo que otorgue derechos hereditarios *ab intestato* a los miembros de la unión de hecho como heredero forzoso no legitimario, a fin de defender el derecho a la libertad de quienes deciden no casarse.

La Dra. brasilera Regina Beatriz Tavares da Silva, presidente de la prestigiosa Asociación de Derecho de Familia y de Sucesiones, conocida por sus siglas ADFAS, explica la relación entre el poliamor, las relaciones poliafectivas y la familia, señalando que el poliamor o poliafecto no es un avance de la sociedad en beneficio de la libertad y la protección de los intereses de las personas involucradas en este tipo de relación, y que este sistema no es más que poligamia y, por lo tanto, nada moderno o avanzado, todo lo contrario, anticuado en el mundo occidental, habiendo sido adoptado en tiempos primitivos y tribales. No se niega que en la parte más pequeña de Asia y en parte de África, por lo tanto, en los países no occidentales, la monogamia como sistema convivencial aún no prevalezca, pero el índice de desarrollo humano de las naciones que todavía

adoptan la poligamia y la situación de los niños es inferior a la de los países occidentales.

La doctora Tavares da Silva explica en su trabajo, con base en estadísticas, la realidad de Brasil, la evolución de su jurisprudencia y las consecuencias dañinas del poliafecto para la sociedad en general y para la familia en particular.

Por su parte, el doctor Dimitre Braga Soares de Carvalho señala que la sociedad y, en consecuencia, la familia sufren mutaciones, y que surgen nuevos proyectos afectivos y modelos familiares donde, en muchos casos, el derecho de familia estatal ya no es suficiente para resolver las cuestiones inherentes a las expectativas de las personas con respecto a los lazos afectivos, el matrimonio, los hijos y la vida en común en proceso de cambio.

En este sentido, en el trabajo, el profesor Dimitre expone que las nuevas generaciones demandan la construcción de normas de derecho de familia específicas para cada uno, respetando las opciones y peculiaridades de cada individuo, así como de cada grupo familiar.

Y en este contexto entiende que las reglas de convivencia deben ser definidas por la propia pareja o grupo familiar, en lugar de ser impuestas por el Estado, porque el caleidoscopio de la familia contemporánea está conformado por relaciones menos tradicionales, basadas principalmente en el afecto y el amor involucrado, valorando individualidades y deseos reales.

Recuerda Dimitre la reflexión de Jean Carbonier, en el sentido de que “a cada familia se le da su propio derecho de familia”; esta lo lleva a pensar en el papel del Estado moderno en la organización y preservación de la estructura familiar. De acuerdo con este razonamiento, sería posible delimitar los límites, las posibilidades y el reconocimiento legal de las familias multiafectivas, especialmente su contractualización como forma de seguridad y estabilidad jurídica.

Por otra parte, hay que considerar que la defensa de la familia requiere precisar el grado y la forma de la distribución de los bienes después de la muerte de quien los adquirió. En esto el derecho ha construido normas que se han perfilado desde el derecho romano y que deben ser claras y precisas porque comprometen la transmisión gratuita del patrimonio personal.

En este tema, los cambios y evoluciones en torno a la fecundación asistida nos enfrentan con grandes interrogantes en lo relativo a los derechos sucesorios del embrión no implantado. A este sujeto se dedica el artículo de Pilar Quiñoa, denominado “Transferencia de embriones *post mortem*: ¿dónde estamos parados?”. El objeto del trabajo se circunscribe a analizar la situación jurídica actual de la transferencia embrionaria *post mortem* y, fundamentalmente, a dar respuesta al interrogante relativo a qué respuesta brinda nuestro ordenamiento jurídico en los casos en los que uno de los progenitores fallece antes de otorgar el consentimiento para implantar el embrión crioconservado.

La profesora Quiñoa, tras analizar puntillosamente la evolución de la legislación vigente, expresa que no hay normas claras en el ordenamiento jurídico argentino que den respuestas a la pregunta formulada, y, en tal sentido, señala

que se omita proteger adecuadamente al embrión crioconservado como persona que requiere de soluciones adecuadas en orden a la determinación de sus derechos patrimoniales y extrapatrimoniales.

Para finalizar, la revista la prestigiosa jurista Uruguaya aborda el tema de la protección de la familia que se constituye a través de una unión de hecho basada en una convivencia sostenida en el tiempo, en un artículo titulado “Dilemas al regular la unión convivencial: la solución uruguaya”, donde explica que la primera cuestión que se debe decidir en torno a la unión convivencial es si se debe regular o dejar esta librada al arbitrio de la libertad de las partes, y luego desarrolla cuáles son las cuestiones más problemáticas con respecto a la regulación de una unión que nace basada en la libertad de las formas. Entre estos aspectos, señala que ha de tenerse en especial consideración el régimen de bienes de la unión concubinaria, como así también sus efectos tras la muerte de uno de los convivientes; finalmente, pone en evidencia los errores de la legislación uruguaya, al tiempo que señala en qué aspectos ha de centrarse la reforma.

GRACIELA MEDINA

DOCTRINA

EL DERECHO HUMANO AL ACCESO Y PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR, SU TUTELA EN EL DERECHO PRIVADO Y EL DEBER DEL ESTADO. EL PROGRAMA NACIONAL DE ALQUILER SOCIAL

POR ESTHER H. S. FERRER DE FERNÁNDEZ^(*)
Y PAULA N. BERMEJO^(**)

Resumen

En el presente trabajo analizaremos las distintas aristas que comprende el instituto de la vivienda familiar desde su protección constitucional y convencional, las normas tuitivas del derecho privado, las cuestiones concernientes a la asignación de la vivienda familiar y fundamentalmente la problemática relativa al acceso a esta, aportando parámetros que surgen del derecho comparado y de la jurisprudencia.

Asimismo, y por la importancia que tiene en la materia, también estableceremos el marco normativo de la emergencia sanitaria y económica que el coronavirus implica, y realizaremos un análisis del interesante instituto del Programa Nacional de Alquiler Social, creado por la recientemente sancionada ley 27.551.

^(*) Doctora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora con dedicación exclusiva a la docencia e investigación de grado, posgrado y doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesora de los cursos de posgrado válidos para doctorado modalidad intensiva, que dirige el Prof. Dr. Ricardo Rabinovich, de la Facultad de Derecho de la UBA. Coordinadora académica de la maestría en Derecho Comercial y de los Negocios de la Facultad de Derecho de la UBA, que dirige el Prof. Dr. Raúl Etcheverry. Investigadora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales A. L. Gioja de la Facultad de Derecho de la UBA. Subdirectora Académica del Centro de Investigación PACEM de la Facultad de Derecho de la UBA. Directora de Proyectos de Investigación UBACYT modalidad I. Miembro del Banco de Evaluadores en Investigación del Ministerio de Educación de la Nación de la República Argentina y miembro de la Asociación Argentina de Derecho Comparado, que dirige la Prof. Dra. Graciela Medina. *E-mail: estherferrer@derecho.uba.ar.*

^(**) Abogada y docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires en las materias Derecho de Familia y Sucesiones y Contratos Civiles y Comerciales. Becaria de culminación de doctorado UBACyT en el Proyecto Derecho, Sociedad e Infancia (Programación Científica 2018-2020). Integrante del Proyecto de Interés Institucional de la Facultad de Derecho UBA (Convocatoria 2019-2020), coordinado por la Dra. Esther Ferrer Fernández. *E-mail: paula-berrmejo@derecho.uba.ar.*

Palabras clave

Vivienda familiar, protección, acceso, atribución, ley 27.551.

The human right to access and protection of the family housing, its guardianship in private law and the duty of the state. The National Social Rental Program

THE HUMAN RIGHT TO ACCESS AND PROTECTION OF THE FAMILY HOUSING, ITS GUARDIANSHIP IN PRIVATE LAW AND THE DUTY OF THE STATE. THE NATIONAL SOCIAL RENTAL PROGRAM

Abstract

In this paper we will analyze the different aspects that the family housing institute comprises from its constitutional and conventional protection, the protective rules of private law, the questions concerning the allocation of family housing and fundamentally the problems related to access to it, providing parameters that arise from comparative law and jurisprudence.

Likewise, and due to its importance in the matter, we will also establish the regulatory framework of the health and economic emergency that the coronavirus implies and we will carry out an analysis of the interesting institute of the National Social Rental Program, created by the recently sanctioned law 27,551.

Keywords

Family house, protection, access, attribution, law 27,551.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo abordaremos la problemática relativa al acceso a la vivienda y a su protección desde el derecho privado argentino, partiendo de las normas constitucionales y convencionales que lo sustentan, aportando parámetros que surgen del derecho comparado y de la jurisprudencia.

En tal sentido, comenzaremos con un acercamiento a las normas protectorias de la vivienda familiar, a las relativas a la atribución de la vivienda, como también estableceremos el marco normativo de la emergencia sanitaria y económica que el coronavirus implica en la materia, y realizaremos un análisis del interesante instituto del Programa Nacional de Alquiler Social, creado por la recientemente sancionada ley 27.551.

En definitiva, abordaremos el instituto de la vivienda familiar desde diversas aristas provistas por la protección constitucional y convencional, las normas tuitivas del derecho privado, las cuestiones relativas a la asignación de la vivienda familiar y, fundamentalmente, la problemática relativa al acceso a esta.

Ello pues, como ha expresado Dworkin: “Solo somos abogados, no filósofos. El derecho tiene su propia disciplina, su arte específico. Cuando vas a la facultad de derecho te enseñan lo que es pensar como un jurista, no como un filósofo. Los juristas no intentan decir grandes cuestiones conceptuales de la teoría ética o política. Deciden cuestiones concretas al por menor, una por una, de una forma más limitada y circunscrita. Sus herramientas de argumentación no son aquellas imponentes que se encuentran en los tratados de filosofía, sino los más caseros y confiables métodos del análisis textual detallado y la analogía”¹.

A continuación, desarrollamos el marco constitucional y convencional que constituye los pilares sobre los que se asienta el derecho a la vivienda.

II. LA VIVIENDA EN LA ARGENTINA Y LA TUTELA DEL DERECHO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL

El derecho a la vivienda comprende dos aspectos: por un lado, el acceso a esta y, por otro, la protección de la vivienda familiar; dos caras de una misma moneda, que importan el centro de vida del desarrollo de las personas, que hacen a la dignidad humana y que requieren protección jurídica.

Así pues, la vivienda ha sido materia de tutela por nuestra Carta Magna a través de su art. 14 bis párr. 3º, que establece que “(e)l Estado otorgará los beneficios de la seguridad social que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: (...) la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna”.

Asimismo, el derecho a la vivienda ha sido tutelado mediante la incorporación, luego de la reforma de la Constitución de 1994, a través del art. 75, inc. 22, de los tratados internacionales de derechos humanos en los que la Argentina es parte. Entre dichos tratados, cabe destacar que la primera vez que se menciona la vivienda es en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre [art. 11 ²] y luego en la Declaración Universal de Derechos Humanos [art. 25, párr. 1º ³].

¹ DWORKIN, Ronald, “La justicia con toga”, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007, ps. 78-79.

² Aprobada el 30/04/1948; en su artículo XI dispone: “Toda persona tiene derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondientes al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad”.

³ Aprobada el 10/12/1948. Específicamente, el art. 25.1 establece que: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios”.

También el derecho a la vivienda es receptado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ⁴, en cuyo art. 11 párr. 1º dispone: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Partes tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento”⁵. El PIDESC esboza una serie de principios importantes para la realización de los DESC que, a menudo, están incluidos también en otros tratados relacionados con los DESC. Bajo el PIDESC, un Estado tiene la obligación de tomar medidas progresivas “con el máximo de sus recursos disponibles” hacia la plena realización de los DESC. En concreto, un Estado (incluidos sus niveles subnacionales) tiene las siguientes obligaciones: respetar los DESC (abstenerse de violarlos), proteger los DESC (impedir que otros los violen), cumplir los DESC (tomar las medidas necesarias para hacerlos efectivos, como aprobar legislación, disponer partidas presupuestarias y otros procesos administrativos) y buscar y proporcionar asistencia y cooperación internacional en la realización de los DESC ⁶. De aquí deviene no solamente el reconocimiento del derecho a la vivienda, sino también la obligación del Estado de tomar medidas apropiadas para asegurar el derecho reconocido.

Es dable destacar que el derecho a la vivienda conjuga diversas situaciones que encuadran en su definición ⁷. “Al respecto cabe considerar que el trabajo realizado por los organismos especializados del sistema internacional de los derechos humanos, por un lado, con sus respectivos matices, son pauta complementaria para definir el alcance del derecho a la vivienda. A la vez, resultan útiles para conocer los aspectos que generan mayor preocupación en el ámbito internacional y son objeto de recomendaciones por parte del sistema universal. El relator de la vivienda fue quien precisó la definición del derecho a la vivien-

⁴ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) se suscribió en 1966.

⁵ Dicho art. 11.1 del PIDESC se ha fortalecido con la adopción de la Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el año 1991 sobre el derecho a la vivienda adecuada, donde se expone el mínimo de garantías para todas las personas: seguridad en la tenencia, disponibilidad de servicios, materiales, facilidades e infraestructura, asequibilidad, habitabilidad, fácil acceso, ubicación, adecuación cultural. Asimismo, interpretando dicho artículo también, en el año 1997 dicho Comité emitió la Observación General 7 sobre desalojos forzosos, estableciendo que los desalojos forzosos están prohibidos, en la medida que una persona pueda quedar en la calle o pueda ser víctima de otras vulneraciones de derechos humanos. El documento distingue entre “desalojos forzosos” y “desalojos ilegales”.

⁶ Disponible en <https://coordinadoraongd.org/wp-content/uploads/2017/11/DOCUMENTO-INFO-PLATAFORMA-DESC-ESPAN%CC%83A-2017.pdf>.

⁷ Conf. RICCIARDI, M. Victoria, “El derecho a la vivienda digna y adecuada. Una aproximación”, en GARGARELLA, Roberto - GUIDI, Sebastián (coords.), Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina, Ed. La Ley, 2016, t. II, ps. 145-146.

da, que en la normativa internacional se encuentra reconocido como parte integrante del derecho a un nivel adecuado. El derecho a la vivienda se define como: 'El derecho humano a una vivienda adecuada es el derecho de todo hombre, mujer, joven y niño a tener un hogar y una comunidad seguros en que puedan vivir en paz y dignidad'. La definición adoptada sigue los lineamientos definidos por el Comité DESC, que le dedicó al derecho a la vivienda dos observaciones generales: la 4 (1991) sobre el derecho a una vivienda adecuada, y la 7 (1997) sobre los desalojos forzados, que, a partir de la fuerza normativa del derecho internacional, constituyen dos de los documentos más relevantes en materia de derecho a la vivienda. En la observación general 4, el Comité enumera y define los aspectos esenciales que en cualquier contexto deben verificarse para poder considerar que una persona, familia o grupo de personas gozan del derecho a una vivienda adecuada. En otras palabras, para que una vivienda sea adecuada, destacando así el concepto de adecuación del lugar de residencia de las personas, debe reunir como mínimo los siguientes criterios: el primero y tal vez el más relevante es: a) la seguridad jurídica de la tenencia; los otros son: b) disponibilidad de materiales, servicios, facilidades e infraestructura; c) gastos soportables; d) habitabilidad; e) asequibilidad; f) lugar, y g) adecuación cultural"⁸.

En definitiva, y como consecuencia de la integración en el bloque constitucional de la Argentina, recaen sobre el Estado obligaciones de diseñar los mecanismos adecuados para garantizarlo y hacerlo compatible con los demás condicionamientos económicos y sociales de la población ⁹.

Por su parte, el art. 75 inc. 23 de nuestra Carga Magna dispone que corresponde al Congreso "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por 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". De este modo, se pone en manos del Estado el deber de hacer efectivos los derechos que surgen del bloque de constitucionalidad sobre este grupo de personas consideradas con mayor grado de vulnerabilidad ¹⁰.

⁸ Vid. voto del Dr. De Cunto en C. Apels. Trelew, sala B, 07/12/2018, "O., V. A. c. S., D. R. s/ cuidado personal - régimen de comunicación - alimentos y atribución del hogar", AR/JUR/89277/2018.

⁹ Vid. JUANES, Norma - PLOVANICH, María Cristina, "El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?", DPYP 10, 2010, ps. 40-52.

¹⁰ Vid. el voto de la mayoría en el fallo dictado por la CS en los autos "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" del 24/04/2012 (AR/JUR/9063/2012), en el que nuestro más alto tribunal expresa que "esta norma dirigida específicamente al legislador federal, debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia, que deberá además, contemplar —por expreso mandato constitucional— el diseño de un régimen de seguridad social, especial e integral para proveer a la "protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del periodo de enseñanza elemental (...)" (párr. 2º del art. citado). Dicho criterio ha sido reafirmado por la CS en los autos "A. R., E. M.

Todo ello, en definitiva, importa que el Estado tiene el deber de instrumentar las herramientas adecuadas para hacer efectivo el derecho a la vivienda, tanto en su aspecto referido al acceso a esta como en cuanto a la protección de la vivienda familiar, en todos los casos y, especialmente, en la situación de vulnerabilidad.

III. LA TUTELA DE LA VIVIENDA EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

En el derecho de la Unión Europea, el derecho a la vivienda es un derecho fundamental ¹¹ que deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) ¹². En 1996, la Carta Social Europea (1961), inspirada por los arts. 22 a 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se revisó. En el art. 31, la Carta Europea revisada estipula la fundación del derecho a la vivienda adecuada ¹³. Así, en el artículo se establece que, “para asegurar el ejercicio efectivo del derecho a la vivienda, los Estados Partes se comprometen a adoptar las siguientes medidas: 1. promover el acceso a la vivienda en estándares adecuados; 2. prevenir y reducir la situación de las personas sin hogar con el objetivo de su eliminación gradual; 3. hacer accesible el precio de la vivienda a quienes no disponen de recursos adecuados”.

En el año 2000, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea establece varios principios con los que el derecho a la vivienda está directa o indirectamente relacionado ¹⁴. Así se sientan las bases de la competencia de la Co-

c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” del 11/12/2012 (AR/JUR/71688/2012), al entender que las situaciones planteadas eran análogas a dicho precedente.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sala tercera) de 10 de septiembre de 2014; constituye un innegable avance en el proceso de construcción de un derecho a la vivienda familiar justiciable, exigible ante los tribunales y determinante de una actitud proactiva de estos para lograr su efectiva protección. Disponible en <https://www.administracionpublica.com/el-derecho-a-la-vivienda-es-derecho-fundamental-en-la-union-europea/>.

¹² Disponible en https://educpop-droits.eu/es/?page_id=37.

¹³ Esta carta revisada tiene dos rasgos distintivos: La carta está controlada: cada Estado debe presentar un informe anual que describa cómo la Carta ha sido implementada en su territorio. Un comité especial hace el seguimiento de estos informes y puede enviar recomendaciones a los Estados miembros por su no cumplimiento. Los comités nacionales están compuestos por autoridades políticas y por actores sociales. Un procedimiento de quejas colectivas existe, desde 1998, para los Estados que han aceptado este procedimiento.

¹⁴ En cuanto se establece en el art. 1º: “La dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”; en el art. 7º: “Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”; en el art. 17: “Toda persona tiene derecho a disfrutar de la propiedad de sus bienes adquiridos legalmente, a usarlos, a disponer de ellos y a legarlos. Nadie puede ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública, en los casos y condiciones previstos en la ley y a cambio, en un tiempo razonable, de una justa indemnización por su pérdida. El uso de los bienes podrá regularse por ley en la medida que resulte necesario para el interés general”; en el art. 20: “Todas las personas son iguales ante la ley”, y en el art. 21: “Se

munidad, a través de su art. 34.3, indicando que la Unión debe reconocer y respetar “el derecho de ayuda para la vivienda. Con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas por el Derecho comunitario y las legislaciones y prácticas nacionales”¹⁵.

Desde 2006, existe un Intergupo Vivienda Urbana ¹⁶, que ha publicado propuestas para la adopción de una Carta Europea de Vivienda a fin de hacer efectivo el derecho fundamental a la vivienda de todos/as los/as ciudadanos/as de la Unión; así, un grupo de movimientos sociales belgas han resumido el contenido de estos artículos. Allí, en el art. 1º se remarca la importancia de la implementación de los derechos sociales fundamentales y de la vivienda en el contexto de los objetivos de inclusión social; el art. 2º afirma que corresponde a los Gobiernos combatir los problemas de exclusión y no hacerlo solo poniendo el peso de la inclusión social en los propietarios; el art. 3º subraya la importancia y el rol del sector de la vivienda en el contexto de los objetivos de cohesión económica de la Unión Europea, determinando que la vivienda es un campo privilegiado de creación de empleos directos e indirectos como sector de fuerza laboral intensiva; el art. 4º se opone a la segregación espacial, contra la creación de guetos y a favor de la cohesión territorial y de la diversidad social; el art. 5º requiere una mayor consideración de la importancia de la contaminación del aire de los edificios, con el objetivo del desarrollo urbano sostenible; el art. 6 recomienda que la Unión Europea está desarrollando un marco de apoyo e incentivo para el desarrollo de políticas de vivienda en los Estados miembros como parte de la implementación de la Estrategia de Lisboa; el art. 7º recuerda la posición del Parlamento Europeo en la elegibilidad del gasto de fondos estructurales para la renovación de vivienda social; el art. 8º se refiere a que la ayuda de la UE puede proporcionarse a partir de la estrategia de inclusión social; el art. 9º se centra en la construcción de partenariados público-privados con el objetivo de mejorar la calidad y la cantidad de oferta de vivienda en el territorio de la Unión Europea; el art. 10 exige el establecimiento de un Sistema de Seguimiento Europeo de vivienda que permita a la Unión establecer datos objetivos en los cuales pueda basar sus decisiones, y el art. 11 busca la consideración de visiones de distintos actores en la representatividad en materia de

prohíbe toda discriminación, y en particular la ejercida por razón de sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual”.

¹⁵ La ratificación del Tratado de Lisboa por los Estados miembros entró en vigor el 1º de diciembre de 2009, como resultado de la implementación de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6º del Tratado). En cuanto a los métodos de seguimiento que la Carta de Derechos Fundamentales, establece que cada Estado miembro debe determinar un plan con prioridades para los próximos años.

¹⁶ En el Parlamento Europeo, disponible en <http://www.urban-intergroup.eu/>.

vivienda a nivel europeo, mediante la redacción de un borrador o en la base de la creación de un cuerpo de consejeros/as.

El Parlamento Europeo, en 2007, adoptó el Informe Andrea sobre vivienda y política regional. Entre otros aspectos, estableció: mediante el art. 3º “se pide la implementación, a nivel europeo, de una serie de indicadores de calidad que definan el concepto de vivienda adecuada”; según el art. 4º, “se señala la importancia de que la UE adopte la carta europea de vivienda basada en el trabajo del Intergrupo de Vivienda Urbana del Parlamento y que la Carta sea aprobada por los grupos políticos representados”. Conforme el art. 5º: “Insiste en la necesidad —en el contexto de la Estrategia de Lisboa— de fortalecer los beneficios del derecho a la vivienda y de otros derechos sociales, para que la movilidad de trabajadores pueda convertirse en una realidad”; en el art. 6º se dispone que se “espera que los tomadores de decisiones a nivel local y nacional adoptarán medidas para ayudar a los/as jóvenes a conseguir su primera casa”, y en el art. 22 se recalca que “se espera que, en el contexto de la revisión de los reglamentos que rigen la política de cohesión prevista en 2009, el debate se reabrirá en la ampliación del acceso a los fondos comunitarios para la renovación de vivienda social para todos los Estados Miembros para ahorrar energía y proteger el medio ambiente, que está prevista actualmente solo para ciertos países (...)”.

Creemos que todas estas propuestas resultan parámetros útiles al momento de legislar al respecto en la región y en nuestro país. Más adelante nos pronunciamos sobre los avances que en la Argentina incorpora la ley 27.551 de Locaciones, al respecto.

IV. LA TUTELA DE LA VIVIENDA EN EL DERECHO PRIVADO ARGENTINO

En el régimen anterior a la sanción del Código Civil y Comercial, la ley 14.394 disponía, sobre el instituto del bien de familia, que permitía al propietario proteger, mediante la afectación a su régimen, una vivienda familiar, de modo que esta quedara excluida de la acción de los acreedores posteriores a la afectación¹⁷. Dicha protección solo estaba prevista para las familias matrimoniales, y con limitaciones.

Actualmente, la protección de la vivienda familiar alcanza a otras familias y personas, trátase no solo de las familias matrimoniales¹⁸, sino también de las

¹⁷ Vid. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., “Derecho Civil. Parte General”, en MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio C. (dirs.), Derecho Civil y Comercial, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, p. 580.

¹⁸ Corresponde aclarar que la norma que dispone la protección de la vivienda familiar, es decir, el art. 456, integra las disposiciones comunes a ambos regímenes patrimoniales matrimoniales, el de comunidad y el de separación, actualmente vigentes. En tal sentido, los fundamentos de la Comisión Redactora del PEN indicaban que “el Anteproyecto contiene un capítulo de normas comunes a todos los regímenes, inderogables de los cónyuges, destinado a la protección

convivenciales, lo que surge de los arts. 456¹⁹ y 522²⁰ del Cód. Civ. y Com.; para unos y otros tipos familiares respectivamente; ambos integran un núcleo duro protectorio de orden público con eje, en este caso, en la vivienda sede del hogar y los muebles indispensables de esta²¹.

El Código Civil y Comercial, en su art. 1º, dispone, con relación a las fuentes y a su aplicación, que “los casos que el Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (...)”²².

Con la sanción del Código Civil y Comercial se introducen significativas modificaciones que amplían la protección concreta brindada por el derecho argentino mediante tres mecanismos: (i) la indisponibilidad relativa de los derechos sobre la vivienda familiar y los muebles indispensables; (ii) la

de los intereses familiares comprometidos. Este tipo de normas, conocido bajo el nombre de “régimen primario”, existe en la mayoría de las leyes del derecho comparado. En esta sección común se regula: el deber de contribución; la protección de la vivienda mediante la necesidad del asentimiento del cónyuge no titular y las consecuencias de su ausencia, falta o negativa; el mandato entre cónyuges; la responsabilidad por deudas, y la administración de cosas muebles no registrables”.

¹⁹ El art. 456 establece que “ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial”.

²⁰ El art. 522 establece que “ninguno de los convivientes puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de la vivienda. El juez puede autorizar la disposición del bien si es prescindible y el interés familiar no resulta comprometido. Si no media esa autorización, el que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, y siempre que continuase la convivencia”.

²¹ Vid. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - MOLINA de JUAN, Mariel F., “Protección de la Vivienda de la Familia no matrimonial en el Código Civil y Comercial Argentino”, Actualidad Jurídica Iberoamericana, nro. 3 bis, noviembre de 2015, ps. 193-213.

²² Vid. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Pautas para interpretar el Código”, en ZANNONI, Eduardo A. - MARIANI de VIDAL, Marina y otros, Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, 3ª reimp., ps. 6 y ss., en el que señala la autora que “la adhesión del Código a la tendencia denominada ‘constitucionalización’ del derecho privado es manifiesta desde el art. 1º en adelante. Bien se ha dicho que tal constitucionalización “trata cuestiones de hondo calado cuya respuesta compromete, entre otras cosas, un determinado modelo de sociedad. Esta aseveración está implícita en las palabras de Alberdi, en su célebre polémica con Vélez Sarsfield; el Código Civil de un país “es la parte de la legislación que tienen por objeto desarrollar los derechos naturales de sus habitantes considerados como miembros de la familia y de la sociedad civil. Estos derechos son esenciales del hombre, sin distinción de condición”. Este Código no declama la constitucionalización; la hace efectiva en muchas de sus disposiciones que recogen principios del ordenamiento fundamental del Estado. Así, por ejemplo, se advierten fácilmente las siguientes: b) la protección constitucional de la vivienda (art. 14, Const. Nacional) se muestra con claridad en el régimen de afectación de la vivienda (arts. 244 a 256), que amplía sensiblemente el ámbito de la ley 14.394, que se deroga.

inejecutabilidad por deudas posteriores al comienzo de la unión o matrimonio;
(iii) la afectación de la vivienda (antiguo régimen del bien de familia) ²³.

(i) La indisponibilidad relativa de los derechos sobre la vivienda y los muebles indispensables se concreta mediante la exigencia del asentimiento del otro cónyuge ²⁴ o conviviente para que el titular pueda realizar ciertos actos que afectan el uso y goce de esos bienes por parte del grupo familiar. Esta protección ahora puede ser invocada por los convivientes, siempre que la convivencia esté inscripta, de modo tal de darle oponibilidad a los terceros, y de preservar los derechos de estos.

Dicha indisponibilidad abarca no solo el derecho de propiedad sobre el inmueble sede de la vivienda familiar, sino que alcanza incluso la prohibición de disponerse del contrato de locación o del derecho de uso y habitación sin el asentimiento del otro cónyuge o conviviente ²⁵.

(ii) En tanto que la inejecutabilidad de la vivienda familiar se encuentra regulada en la última parte de los arts. 456 ²⁶ y 522 ²⁷ del Cód. Civ. y Com. para la familia matrimonial y para la unión convivencial respectivamente. Conforme las cuales, la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio o de la inscripción de la unión con-

²³ Vid. KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - MOLINA de JUAN, Mariel F., “Protección...” , ob. cit., p. 202.

²⁴ Vid. CURSACK, Eduardo - DALLAGLIO, Juan Carlos - DEL ZOPPO, César - REY, María Laura, “Régimen jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial. Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial”, Revista del Notariado, 2017/03. Disponible en <http://www.revista-notariado.org.ar/2017/03/regimen-juridico-del-asentimiento-en-el-codigo-civil-y-comercial-medio-de-proteccion-de-la-familia-y-del-patrimonio-de-la-comunidad-matrimonial/> (consultado el 22/09/2020). En el que, en resumen, se admite que “la ineficacia puede plantearse tanto en el acto jurídico asentimiento como en el acto dispositivo que lo requiere. La ineficacia del acto dispositivo por la omisión del asentimiento lo es por una nulidad relativa, y puede ser subsanada y confirmada. El acto jurídico de asentimiento puede ser efectuado a través de un representante por no tratarse de un acto personalísimo a tal fin. El representante no debe ser el cónyuge. El poder otorgado entre cónyuges para asentir debe contener los elementos constitutivos del acto dispositivo. Se lo puede considerar como un asentimiento anticipado por la conversión sustancial del apoderamiento. Los asentimientos anticipados dados sobre bienes determinados durante la vigencia del CCIV serán válidos; lo mismo que los poderes para asentir con determinación del objeto dados a favor del otro cónyuge en vigencia del CCIV. No será necesaria la solicitud de libre inhibición por el cónyuge no titular en los casos de disposición de bienes gananciales durante la indivisión poscomunitaria. Ante la ausencia de pacto entre los cónyuges, se aplican las reglas de la comunidad”. Vid. MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, “Derecho de familia”, en MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio C. (dirs.), Derecho Civil y Comercial, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019, p. 304; KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - MOLINA de JUAN, Mariel F., “Protección...” , ob. cit., p. 202.

²⁵ Vid. MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, “Derecho de familia”, ob. cit.

²⁶ Este dispone que “la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

²⁷ Este dispone que “la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la inscripción de la unión convivencial, excepto que hayan sido contraídas por ambos convivientes o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

vivencial, respectivamente, salvo que sean contraídas por ambos integrantes de la pareja matrimonial o convivencial o con el asentimiento del que no contrajo la deuda.

Dichas disposiciones, que completan el fin tutelar del derecho sobre la vivienda, pretenden sustraer esta del derecho de los acreedores del titular que podrían agredirla para hacer efectivo el cobro de sus créditos, conforme el principio que establece que el patrimonio del deudor es la prenda común de los acreedores²⁸, salvo que exista afectación del inmueble en los términos del art. 244 del Cód. Civ. y Com.

iii) La afectación de la vivienda (antiguo régimen del bien de familia). El sistema plasmado en el Cód. Civ. y Com. se completa con el sistema de afectación de la vivienda²⁹ y puede acumularse a los anteriormente analizados. El mismo se encuentra dispuesto en los arts. 244³⁰ y ss.

²⁸ Conforme a lo que disponen los arts. 242 y 743 del Cód. Civ. y Com. En tanto, el primero de ellos dispone que “todos los bienes del deudor están afectados al cumplimiento de sus obligaciones y constituyen la garantía común de sus acreedores, con excepción de aquellos que este Código o leyes especiales declaran inembargables o inejecutables”, mientras que el art. 743 dispone que “los bienes presentes y futuros del deudor constituyen la garantía común de los acreedores. El acreedor puede exigir la venta judicial de los bienes del deudor, pero solo en la medida necesaria para satisfacer su crédito. Todos los acreedores pueden ejecutar estos bienes en posición igualitaria, excepto que exista una causa legal de preferencia”.

²⁹ A la afectación de la vivienda el Cód. Civ. y Com. le dedica un capítulo, dada la importancia que la protección de aquella tiene para el desarrollo y la dignidad de la persona humana. El fundamento del anteproyecto de la Comisión Redactora a dicho capítulo establece que “el derecho de acceso a la vivienda es un derecho humano reconocido en diversos tratados internacionales. Esto justifica que se dedique un Capítulo especial para la vivienda; el régimen proyectado sustituye al del bien de familia de la ley 14.394. Las modificaciones son importantes, en tanto que: a) se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular del dominio sin familia, atendiendo a la situación cada vez más frecuente, de la persona que vive sola; se permite que el bien de familia sea constituido por todos los condóminos, aunque no sean parientes ni cónyuges, b) la afectación también puede ser decidida por el juez, a petición de parte, en la resolución que atribuye la vivienda en el juicio de divorcio o en el que resuelve las cuestiones relativas a la conclusión de la convivencia, si hay beneficiarios incapaces o con capacidad restringida; c) se amplían la lista de beneficiarios al conviviente; d) se prevé expresamente la subrogación real, reclamada por la doctrina y recogida en diversos pronunciamientos judiciales, que permite adquirir una nueva vivienda y mantener la afectación, así como extender la protección a la indemnización que provenga del seguro o de la expropiación; e) se resuelven problemas discutidos en la doctrina, los cuales son: la situación de la quiebra, adoptándose el criterio según el cual el activo liquidado pertenece solo a los acreedores anteriores a la afectación, y si hay remanente se entrega al propietario; la admisión de la retroprioridad registral, en tanto se remite a las normas de la ley registral que así lo autorizan; la inoponibilidad a los créditos por expensas en la propiedad horizontal, y a los créditos alimentarios, etc.”.

³⁰ Este integra el Capítulo 3 de la Sección 3ª del Título III del Libro I, en cuanto dispone que “puede afectarse al régimen previsto en este Capítulo, un inmueble destinado a vivienda, por su totalidad o hasta una parte de su valor. Esta afectación no excluye la concedida por otras disposiciones legales. La afectación se inscribe en el registro de la propiedad inmueble según las formas previstas en las reglas locales, y la prioridad temporal se rige por las normas contenidas en la ley nacional del registro inmobiliario. No puede afectarse más de un inmueble. Si alguien resulta ser propietario único de dos o más inmuebles afectados, debe optar por la subsistencia de uno solo en ese carácter dentro del plazo que fije la autoridad de aplicación, bajo apercibimiento de considerarse afectado el constituido en primer término”.

La afectación de la vivienda al régimen legal importa que esta no resulte susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción, conforme lo dispuesto por el art. 249³¹ del Cód. Civ. y Com., con las excepciones que allí mismo se disponen³².

En definitiva, debe quedar claro que quedan fuera del régimen de protección del instituto que analizamos, y, por tanto, los acreedores pueden agredir la vivienda familiar en dichos casos, por deudas contraídas con anterioridad a la afectación del bien, por imperio del art. 249 párr. 1º³³, como así también por deudas contraídas con posterioridad a la constitución de la vivienda al régimen legal, pero que se encuentran establecidas como excepciones contempladas en el mismo artículo³⁴.

V. LA ATRIBUCIÓN DE LA VIVIENDA

La problemática relativa a la protección de la vivienda familiar no se agota con los mecanismos descriptos, sino que también merecen su análisis los supuestos de atribución de la vivienda ante diversas situaciones como la ruptura de la unión matrimonial y el fallecimiento del cónyuge, tutela que incluye las uniones convivenciales, con los límites que se mencionan más adelante.

Asimismo, comprende las atribuciones preferenciales a favor del cónyuge y del heredero respecto de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte del causante, y de los muebles existentes en él.

Resulta por ello interesante realizar algunos desarrollos que servirán de base a los operadores del derecho a la hora de analizar los planteos que se suscitan en la práctica jurisprudencial.

Para evitar las contiendas o para resolverlas, creemos conveniente recabar algunos postulados tendientes a dar efectividad a los institutos precavidos por el derecho, a cuyo fin organizaremos las pautas y principios que rigen la materia, de modo tal de llegar a una solución equitativa, que tenga en cuenta todos los derechos conculcados.

³¹ El art. 249 Cód. Civ. y Com. en su párr. 2º establece que “la afectación vivienda afectada no es susceptible de ejecución por deudas posteriores a su inscripción (...)”.

³² Vid. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., “Derecho Civil...”, ob. cit.

³³ En cuanto dispone que “la afectación es inoponible a los acreedores de causa anterior a esa afectación”.

³⁴ Siendo estas las que se indican a continuación: a) Obligaciones por expensas comunes y por impuestos, tasas o contribuciones es que gravan directamente al inmueble. b) Obligaciones con garantía real sobre el inmueble, constituidas de conformidad con lo previsto en el art. 250. c) Obligaciones que tienen origen en construcciones u otras mejoras realizadas a la vivienda. d) Obligaciones alimentarias a cargo del titular a favor de sus hijos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida”.

En tal sentido, resultan ilustrativas y esclarecedoras las reflexiones de Dworkin, quien defiende que el juez no solo está posibilitado, sino que además está obligado a descubrir los derechos de las partes en litigio con absoluta precisión y certeza, ya que estos derechos existirían con antelación y plena autonomía respecto al procedimiento que se sigue para su descubrimiento³⁵.

De modo congruente con este postulado, el art. 3º, Cód. Civ. y Com. establece que “el juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada”.

V.1. La protección de la vivienda familiar ante los supuestos de ruptura de la unión

En primer lugar, para determinar a quién se le debe atribuir la vivienda familiar en los supuestos de ruptura de la unión, se debe destacar que, en caso de que las partes hayan acordado la atribución, así como cualquier otra cuestión relativa a esta, rige plenamente la autonomía de la voluntad³⁶, en virtud de la cual los acuerdos de las partes tienen plena validez, claro está, siempre que no se encuentren comprometidos el orden público, como así tampoco los derechos de los sujetos vulnerables involucrados.

Como contrapartida de ello, cualquier conducta que signifique ir en contra de los propios actos³⁷ importa, pues, una conducta contraria al ordenamiento jurídico por vulnerar el principio de buena fe previsto en el art. 9º, Cód. Civ. y Com.³⁸.

³⁵ DWORKIN, Ronald, “Los derechos en serio (Taking Rights Seriously)”, trad. Marta Guastavino, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1984, 1ª ed.; DWORKIN, Ronald, “El Imperio de la justicia (Law’s Empire)”, trad. Claudia Ferrari, Ed. Gedisa, Barcelona, 1992, 2ª ed.

³⁶ Así, se ha establecido que “(s)in perjuicio del carácter propio o ganancial del bien cuyo desahucio se reclama, resulta obligatorio para las partes lo acordado respecto a la atribución del hogar conyugal a favor de la demandada, la que se pactó: hasta el momento de la venta y entrega del inmueble, no habiéndose alegado, ni mucho menos acreditado, el cumplimiento de la mencionada condición resolutoria; así, la existencia del convenio regulador, es, justamente, el título jurídico que legitima el uso y disfrute de la vivienda por el cónyuge no titular”. CCiv. y Com. de Morón, sala I, 30/10/2012, “Cao González Manuel Alberto c. Ruiz Marcela Laura s/ desalojo”, MJ-JU-M-76198-AR.

³⁷ Ello resulta una aplicación de la teoría de los propios actos. En tal sentido, se ha rechazado una demanda de desalojo en el entendimiento de que la actora se pone en contradicción con sus propios actos, pretendiendo el desahucio del inmueble pese a haber suscripto —con anterioridad— un convenio de atribución del hogar conyugal en el marco del proceso de divorcio vincular. CCiv. y Com. de Morón, sala I, 30/10/2012, “Cao González Manuel Alberto c. Ruiz Marcela Laura s/ desalojo”, MJ-JU-M-76198-AR.

³⁸ Conforme el cual los derechos deben ser ejercidos de buena fe. De esta manera se ha caracterizado la imposibilidad de venir contra los propios actos como “una derivación necesaria e inmediata del principio de la buena fe, que obliga al proceder leal (...). Ello parece claro si se advierte que aquello que se considera inadmisibles es que hoy un sujeto quiera esgrimir una pretensión jurídica contradictoria con una conducta anterior, en tanto esta había suscitado confianza en otro sujeto, que ahora aparece afectado por el ejercicio de la nueva pretensión, al ver defraudada la fe puesta en el comportamiento primitivo. Es la fides depositada en el comportamiento del otro,

Estos postulados resultan aplicables incluso a los convenios que no cuentan con la homologación judicial correspondiente, dado que la falta de esta no obsta a su validez, siendo que los cónyuges se encuentran obligados desde el momento en que lo han firmado, pues la intervención judicial solo tiene un alcance de autenticación o legalización³⁹, cuya finalidad consiste en pasar por el tamiz del orden público el acto emanado de las partes.

De esta manera, y en forma coincidente con la jurisprudencia imperante en la materia, todo convenio relativo a la atribución del hogar familiar adquiere la naturaleza de un contrato⁴⁰.

Pero dicha autonomía de la voluntad no tendrá relevancia cuando los cónyuges se atribuyen una vivienda familiar cuya titularidad pertenece a una tercera persona que no ha otorgado conformidad, a quien no se le pueden imponer restricciones a sus derechos sobre la propiedad, ello en virtud del efecto relativo de los contratos, previsto en el art. 1021 Cód. Civ. y Com.⁴¹.

Ante la ausencia de un acuerdo de los cónyuges o convivientes —sea que este se exprese en un convenio regulador, pacto de convivencia o por medio de un acuerdo posterior—, se debe interponer la acción correspondiente, siendo que lo que en primer lugar se privilegia es la autonomía que tienen las partes de regular todas las cuestiones relativas a la atribución de la vivienda familiar.

De esta manera, el art. 443 Cód. Civ. y Com. dispone que, ante la inexistencia de acuerdo en las uniones matrimoniales, los cónyuges pueden solicitar judicialmente la atribución de la vivienda familiar, sea que se trate de un inmueble propio de cualquiera de los cónyuges, o ganancial. Para ello se establece que el juez determinará la procedencia de la acción, el plazo de duración y los efectos del derecho sobre la base de determinadas pautas, que se mencionan de manera no taxativa. Entre ellas, la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos (inc. a); la persona que está en situación económica más desventajosa para

que se supone leal y coherente, la que se ve lesionada, justamente, por deslealtad e incoherencia”. CCiv. y Com. de Morón, sala I, 30/10/2012, “Cao González Manuel Alberto c. Ruiz Marcela Laura s/ desalojo”, MJ-JU-M-76198-AR.

³⁹ En este sentido se ha pronunciado la CCiv. y Com. de Morón, sala I, 30/10/2012, “Cao González Manuel Alberto c. Ruiz Marcela Laura s/ desalojo”, MJ-JU-M-76198-AR.

⁴⁰ En tal sentido se ha sostenido que “(...) todo convenio de atribución del hogar conyugal efectuado entre los esposos disociados (sea pactando la indivisión de la ex residencia conyugal, sea otorgándole a uno de los antiguos consortes su uso gratuito u oneroso por un tiempo determinado, o, sin precisar plazo, y cualquiera otra combinación que pudieran acordar sobre este particular) tendrá la naturaleza patrimonial de los contratos civiles, por ende, se regirá por las normas propias de la clase de contrato que hubieran celebrado —locación, comodato, constitución de uso o de usufructo, pacto de indivisión con reconocimiento del uso exclusivo, etc. (BUERES, Alberto J. - HIGHTON, Elena I., ‘Código Civil’, Buenos Aires, t. I, p. 1064)”. CCiv. y Com. de Morón, sala I, 30/10/2012, “Cao González Manuel Alberto c. Ruiz Marcela Laura s/ desalojo”, MJ-JU-M-76198-AR.

⁴¹ El art. 1021 dispone expresamente como regla general que “(e)l contrato solo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley”.

proveerse de una vivienda por sus propios medios (inc. b) ⁴²; el estado de salud y edad de los cónyuges (inc. c), y los intereses de otras personas que integran el grupo familiar (inc. d).

Asimismo, y con el fin de regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso de divorcio, se establece la posibilidad de que el juez disponga como medida provisional, una vez iniciado el divorcio —e incluso antes, en caso de urgencia—, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar, para lo que deberá tener principalmente en cuenta el interés familiar, y, previo inventario, determinará qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble; así como también establecerá, en caso de corresponder, una renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges (art. 721, Cód. Civ. y Com.).

En cuanto a la protección de la vivienda en las uniones convivenciales, el art. 526, Cód. Civ. y Com. establece que esta puede ser atribuida a uno de los convivientes en dos supuestos: si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida o con discapacidad, o bien si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata.

A diferencia de las uniones matrimoniales, en las uniones convivenciales se establece expresamente que el juez debe establecer un plazo durante el cual tenga vigencia la protección otorgada, siendo que no puede exceder de dos años, a contarse desde el momento en que se produjo el cese de la convivencia.

Asimismo, la facultad judicial de dictar una medida provisional resulta también procedente en las uniones convivenciales (confr. art. 723, Cód. Civ. y Com.).

Por otro lado, debemos destacar que dicha atribución de la vivienda convenida o fijada judicialmente puede ser modificada si perjudica de modo manifiesto los intereses de los integrantes del grupo familiar o si la situación se ha modificado sustancialmente, conforme lo dispuesto en los arts. 438 y 440, Cód. Civ. y Com.

Por su parte, el art. 445 Cód. Civ. y Com. establece lo relativo al cese del derecho de atribución de la atribución de la vivienda familiar. Así, establece tres causales, que son las siguientes: i) cumplimiento del plazo fijado por el juez; ii) cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación; ii) causas de indignidad previstas en materia sucesoria (art. 2281, Cód. Civ. y

⁴² En este sentido, se observa el fallo de la C. Apels. Trelew, sala B, 07/12/2018, “O., V. A. c. S., D. R. s/ cuidado personal - régimen de comunicación - alimentos y atribución del hogar”, AR/JUR/89277/2018, en virtud del cual se le atribuyó la vivienda familiar a favor de la actora, hasta que sus hijos alcancen la mayoría de edad, aun cuando allí no habitaba el grupo, dado que era ella quien estaba en la mayor situación de vulnerabilidad para procurarse una vivienda, ya que, además de ser quien en la práctica convivía la mayor parte del tiempo con los hijos y se ocupaba de su cuidado personal, los informes obrantes en la causa daban cuenta de las dificultades para hallar una vivienda adecuada para ella y sus hijos; a lo que se sumaba su delicada situación socioeconómica y laboral y un nuevo embarazo.

Com.). Dichas causales se aplican también a las uniones convivenciales, conforme lo previsto en el art. 526, Cód. Civ. y Com.⁴³.

Finalmente, y en referencia a los efectos de la atribución de la vivienda en el art. 444 Cód. Civ. y Com., se mencionan expresamente:

i. Renta compensatoria por el uso exclusivo del inmueble: en los casos que se haya atribuido la vivienda a favor de uno de los cónyuges, el juez puede establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda, si así lo solicita expresamente.

Respecto del mismo, se ha destacado el carácter facultativo del juez, interpretándose que para analizar la fijación del canon locativo se deberán tener en cuenta especialmente las circunstancias fácticas⁴⁴, inclusive especialmente si entre las partes han acordado una cuota alimentaria a favor de los hijos.

ii. Indisponibilidad sin el consentimiento expreso de ambos: en igual sentido, se establece la posibilidad de solicitar al juez que el inmueble no

⁴³ Tomando dichos parámetros, se rechazó una demanda por fijación de canon locativo intentada contra la exconviviente del actor y condómina del inmueble, quien residía con el hijo menor de edad de ambos, toda vez que en el momento de la disolución de la pareja el uso de la vivienda se atribuyó por acuerdo de partes a la demandada, sin que surja que tal adjudicación haya sido condicionada a un precio o plazo ni que el lapso de ocupación se haya extendido más allá de lo razonable (art. 10, Cód. Civ. y Com.), ello con fundamento en el principio de buena fe y en la protección del interés familiar. Allí se han pronunciado respetando la autonomía de la voluntad expresada por las partes, toda vez que “no se denuncia en la demanda ni surge de la causa que se haya configurado una modificación de las circunstancias fácticas que dieron lugar al surgimiento de la atribución, tampoco la necesidad de fijar judicialmente un plazo cierto de cese de tal atribución (en tanto las partes la establecieron en la venta del bien y ello ocurrió), ni tampoco se advierte que la acción surja precedida de un uso abusivo del derecho conferido a la contraria, o que la atribución gratuita a la madre no resulte la más favorable al hijo de las partes”. C1ªCiv. y Com. de San Isidro, sala III, 03/04/2018, “E., C. E. c. N., S. s/ incidente de fijación de canon locativo”, AR/JUR/5263/2018.

⁴⁴ En tal sentido, la CCiv., Com., Lab. y Minería de 2ª Circunscripción Judicial de General Pico (La Pampa), sala A, 28/09/2018, “C. C. D. c. T. M. G. s/ incidente de fijación de canon locativo”, elDial AAACB2, en el que se ha destacado que “(...) cualquiera sea la posición adoptada en torno a la naturaleza jurídica de la indivisión postcomunitaria, la conclusión es la misma: el cónyuge que ocupa en forma exclusiva un bien ganancial durante el período de indivisión postcomunitaria, debe abonarle al otro —si este último lo solicitara— un canon locativo por dicho uso. (...) El uso del inmueble por parte de uno de los cónyuges en forma exclusiva ya de por sí está generando una inclinación en favor de una parte en desmedro de la otra, tal como sucede en el condominio, es decir, que a raíz de ello nace el derecho a la compensación; por lo cual las cuestiones que hacen al ámbito familiar solo serán pasibles de meritución para fijar el alcance del canon, pero no su fijación. (...) La capacidad económica de las partes, a mi entender, no influye sobre la procedencia del derecho al canon locativo; remarco para este caso, habida cuenta que puede darse alguna situación extrema que amerite otro análisis, pero no para el presente pleito. Aquí ambas partes no se encuentran económicamente disminuidas, por lo cual al contar con una propiedad es lógico que se saque una renta de la misma sin perjudicar a nadie, por ello esas circunstancias económicas referidas a ingresos y gastos de las partes no hacen a que se incline la balanza sobre un lado respecto del otro en cuanto a la utilización del bien ganancial, al cual tienen derecho ambas partes sobre el 50% de la renta”.

sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos cónyuges, siendo que la decisión del juez produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral.

iii. Imposibilidad de partir o liquidar el bien: finalmente, se dispone la posibilidad de solicitarle al juez que el inmueble, sea este ganancial o propio en condominio de los cónyuges, no sea partido ni liquidado.

Así pues, se pueden observar sentencias en las que, si bien se hace lugar a la demanda en la que se solicita partir la vivienda, se ha diferido el cumplimiento hasta el momento en que alcancen la mayoría de edad los hijos comunes que residen en ella ⁴⁵.

iv. Continuidad en el contrato de locación: si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.

V.2. La atribución de la vivienda familiar ante el fallecimiento del propietario

La protección de la vivienda familiar comprende también aquellos supuestos en los que el propietario de la vivienda fallece, en cuyo caso el cónyuge o conviviente superviviente posee a su favor un derecho real de habitación; ello siempre y cuando el cónyuge o conviviente fallecido resulte ser el propietario exclusivo del inmueble.

Dicho derecho es regulado en forma diferencial de acuerdo con el tipo de unión de que se trate.

⁴⁵ De esta manera, se hizo lugar a la demanda de división de condominio de un inmueble cuya titularidad se encontraba en condominio a favor de los convivientes, pero se decidió diferir su ejecución hasta que la hija menor de las partes alcance la mayoría de edad. De esta manera se ha sostenido que “la pretensión de dividir el condominio es procedente, aunque no exigible antes de adquirir la hija de las partes la mayoría de edad. (...) La extensión de la indivisión forzosa solo hasta la mayoría de edad de la hija de las partes se funda en que, si bien es cierto que el rubro vivienda integra el derecho alimentario, que podría corresponder a la menor hasta los 21 años o aún hasta los 25 años, según el caso, lo cierto es que las funciones de cuidado y convivencia de la demandada con su hija, que derivan de la responsabilidad parental, han de cesar ineludiblemente al adquirir la adolescente la mayoría de edad, ante ello, nada justifica extender la atribución de la vivienda a la demandada y la consecuente indivisión del condominio más allá de entonces, aun cuando deba preverse un incremento de la prestación alimentaria de la menor a cargo de su padre para asegurar también su derecho a la vivienda, de lo contrario se estaría consagrando un enriquecimiento sin causa a favor de la condómina demandada. (...) En efecto, la pretensión de dividir el condominio es procedente, aunque no exigible antes de adquirir la hija de las partes la mayoría de edad. Los principios de economía procesal, celeridad y concentración, vinculados a la garantía de la tutela efectiva y del plazo razonable en la solución del conflicto, imponen pronunciar una condena de futuro, que evite la deducción de una nueva demanda, cuando la cuestión ha sido extensamente debatida en seis procesos conexos”. CNCiv., sala M, 08/05/2015, “G. A. M. c. S. G. P. s/ división de condominio”, MJ-JU-M-92830-AR.

Así, el cónyuge supérstite posee *ipso iure* un derecho real de habitación vitalicio y gratuito sobre el inmueble cuya propiedad está a nombre de su cónyuge fallecido, y que constituyó el último hogar conyugal, conforme lo establece el art. 2283, Cód. Civ. y Com.

Por su parte, tratamiento más limitado les ha dado el legislador a las uniones convivenciales, toda vez que el art. 526, Cód. Civ. y Com., establece que únicamente procede el otorgamiento del derecho real de habitación gratuito cuando el conviviente supérstite carece de vivienda propia habitable, o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta, siendo que no puede extenderse más allá del plazo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó sede del último hogar familiar. En tal sentido, han prosperado demandas de desalojo interpuestas por herederos del causante contra el conviviente que se halla en la vivienda sede del hogar convivencial, cuando el plazo de dos años ha transcurrido ⁴⁶.

Asimismo, en el caso de las uniones convivenciales, se establece que el derecho real de habitación se extingue si el conviviente supérstite constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para procurarla, no existiendo supuestos de extinción para los cónyuges supérstites, para quienes el derecho es vitalicio.

En ambas formas familiares, este derecho real de habitación es inoponible a los acreedores del causante (art. 2283 y 526, Cód. Civ. y Com.).

Finalmente, debemos mencionar que tanto el cónyuge sobreviviente como un heredero del causante pueden pedir también la atribución preferencial de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él, confr. lo habilita el art. 2283 inc. a) Cód. Civ. y Com., con lo que se completa el marco normativo relativo a la atribución de la vivienda.

De esta manera, la atribución de la vivienda es un derecho que alcanza únicamente a las relaciones entre cónyuges, convivientes y el heredero en los

⁴⁶ De esta manera, se ha enfatizado que, “(e)n atención a que a partir de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se regulan derechos en la unión convivencial, mas no se encuentran dentro de ellos derechos hereditarios. Lo que sí la legislación hoy vigente contempla es que, en caso de muerte de uno de los convivientes, el supérstite que carece de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el derecho a esta, puede invocar el derecho de habitación gratuito por un plazo máximo de dos años sobre el inmueble de propiedad del causante que constituyó el último hogar familiar y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Es decir, la norma le otorga al conviviente supérstite la posibilidad de invocar contra los herederos del difunto el derecho real de habitación. Es importante destacar que: a) es un derecho que nace *iure proprio* en cabeza del conviviente sobreviviente; y b) se adquiere *ipso iure*, sin necesidad de petición judicial (art. 1894 del referido código). Este nuevo derecho es gratuito, pero a diferencia del régimen matrimonial no es vitalicio. La norma dispone un plazo máximo de dos años, vencido el cual, el bien podrá ser partido por los herederos del causante. (...) En consecuencia, y sin perjuicio de que en autos no se encuentran acreditados los recaudos que pide la ley para que el derecho pueda ser invocado, lo cierto es que el plazo por el cual podría haber sido otorgado feneció”. CCiv. y Com. de San Martín, sala Primera, 15/09/2015, “Balsamo Liliana Mercedes c. Flores Beatriz Susana y otro s/ desalojo”, MJ-JU-M-94789-AR.

supuestos regulados, sin perjuicio de que, en virtud de otros derechos igualmente amparados por el ordenamiento jurídico, se exija el mantenimiento en la vivienda, en virtud de integrar esta uno de los rubros correspondientes de la obligación alimentaria.

Así pues, el art. 541, Cód. Civ. y Com. se refiere al contenido de la obligación alimentaria entiendo que comprende “lo necesario para la subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, correspondientes a la condición del que la recibe, en la medida de sus necesidades y de las posibilidades económicas del alimentante. Si el alimentado es una persona menor de edad, comprende, además, lo necesario para la educación”.

No obstante, el art. 542, Cód. Civ. y Com. establece que el cumplimiento debe ser realizado mediante el “pago de una renta en dinero, pero el obligado puede solicitar que se lo autorice a solventarla de otra manera, si justifica motivos suficientes”, lo que creemos constituye un obstáculo para que la prestación alimentaria sea realizada “en especie”, dado que, si no media pedido del obligado alimentario, el juez no lo podría imponer.

Pese a ello, en la casuística encontramos fallos en los que se obligó a la abuela paterna a abonar, en concepto de cuota alimentaria, a favor de sus nietos, el rubro vivienda, consistente en el mantenimiento de la situación de hecho, esto es, la provisión del inmueble de su propiedad que aquellos habitaban, toda vez que había quedado probada la dificultad que padecía el grupo familiar a los fines de la percepción de la cuota alimentaria, y, con ello, la de procurarse una vivienda que les permita vivir con dignidad, entendiéndose que dicha solución es la que “procura la máxima satisfacción, integral y simultánea del interés superior del niño que debe orientar y condicionar toda decisión de los Tribunales de todas las instancias llamados al juzgamiento de los casos”⁴⁷.

VI. LA PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA FAMILIAR DE LOS NIÑOS

Creemos pertinente, por la importancia que reviste en la materia que analizamos, hacer unas breves referencias al derecho a la vivienda de los niños. Este se encuentra expresamente regulado en el art. 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De dicha normativa se desprende que “los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social” (apart. 1º), y que los padres u otras personas encargadas del niño poseen “la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño” (apart. 2º). Finalmente, dispone el artículo que los “Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y

⁴⁷ CNCiv., sala C, 19/12/2019, “A., M. H. y otros c. V., M. E. s/ alimentos”, AR/JUR/51673/2019.

con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda” (apart. 3º).

En tal sentido, conviene destacar la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad al derecho a la vivienda, reconocido en la Convención sobre los Derechos del Niño, y que, por tratarse de un DESC, dichas medidas se deberán adoptar hasta el máximo de los recursos de que dispongan los Estados, incluso, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Por otro lado, y con relación a las medidas relativas a la promoción y protección de la vivienda del niño, debemos destacar que una consideración fundamental a tener en cuenta es su interés superior, siendo que este se desprende de la Convención sobre los Derechos del Niño, que, conforme el art. 75, inc. 22 de la CN, compone el bloque de constitucionalidad.

Ello toda vez que el art. 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño. Asimismo, dicho artículo establece que los Estados partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley, y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Dicho principio puede ser conceptualizado como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos” a los niños, niñas y adolescentes, lo que no solo implica el respeto de su condición de sujetos de derecho, el derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad, su grado de madurez, su capacidad de discernimiento y las demás condiciones personales; sino que también se les debe garantizar el pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, conforme lo estipulado por el art. 3º de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

De dicho artículo también se desprende que, “cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros”, por lo que el interés superior del niño se erige en un principio fundamental que necesariamente se debe tener en cuenta a la hora de acordar o resolver lo relativo a la atribución de la vivienda.

En tal sentido, conviene destacar que el Comité de los Derechos del Niño de la ONU, a través de la Observación General 14⁴⁸, ha enfatizado que el interés superior del niño debe ser entendido como un concepto que abarca tres dimensiones.

En primer lugar, se refiere a este como un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica inmediatamente, siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño.

En segundo lugar, como un principio jurídico interpretativo fundamental: toda vez que una disposición jurídica admita más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

Y, finalmente, como una norma de procedimiento, en tanto, siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño; así como la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, el Comité enfatiza que los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya sea que trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos. En referencia a los casos concretos que llegan a la Justicia, el juzgador deberá estimar las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño y tendrá que explicar en su sentencia cómo se ha respetado el interés superior del niño en la decisión, “es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”⁴⁹.

De esta manera, la dimensión que se refiere al interés superior del niño como una norma de procedimiento no solo abarca la toma de decisiones de las autoridades administrativas y judiciales, sino que también tiene un fuerte impacto en el diseño e implementación de las políticas públicas que necesariamente el Estado deberá adoptar en pos de garantizar el derecho a la vivienda de los niños.

VII. A MODO DE SÍNTESIS

De los análisis anteriores se desprende que el sistema protectorio argentino de la vivienda familiar resulta de vasto alcance; sin embargo, tiene limitaciones

⁴⁸ Comité de los Derechos del Niño de la ONU. Observación General 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3º párr. 1), 2013, párr. 6º.

⁴⁹ En tal sentido ha fallado la CCiv. y Com. de Dolores, 14/04/2020, “G. A. P. c. P. C. V. H. y/u ocupantes, tenedores, intrusos u ocupantes s/ desalojo”, AR/JUR/15010/2020.

basadas en el derecho de acceso a la propiedad (vivienda), al crédito, a la autonomía de la voluntad y al cumplimiento de las obligaciones que estos derechos conllevan como contrapartida, y las deudas alimentarias, entre otros, siempre con los recaudos y con los alcances que hemos desarrollado en las páginas anteriores, lo cual funciona bastante bien en tiempos normales, pero en tiempos de crisis requiere de una normativa que tienda a paliar las dificultades que, desde el punto de vista económico, obstaculizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los titulares de la vivienda familiar o los locatarios de esta.

Se trata, pues, de medidas de emergencia que tienen por fin paliar la crisis que se viene suscitando, y que afectan a amplios sectores de la economía, pero que impactan seriamente en los sectores medios y bajos, repercutiendo en la vivienda familiar, ya sea propia o locada, como consecuencia del legítimo ejercicio del derecho de cobro de los créditos por parte de los acreedores, que también se encuentran golpeados por los efectos de la economía debilitada. En este marco de alto impacto económico, el Poder Ejecutivo Nacional ha tomado medidas temporarias mediante decretos de necesidad y urgencia, que a continuación someramente se analizarán, a fin de sobrellevar los problemas que afectan a la vivienda familiar, entre otros, en tiempos de crisis, y de cumplir con el objetivo constitucional del derecho sobre la vivienda. Luego, encaminaremos nuestro análisis hacia el instituto emanado de la recientemente sancionada ley 27.551 de Creación del Programa Nacional de Alquiler Social, como medio de acceso a la vivienda.

VIII. EL CORONAVIRUS Y LAS NORMAS QUE DERIVAN DE LA EMERGENCIA SANITARIA Y ECONÓMICA Y QUE INCIDEN EN EL DERECHO SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR

En razón de que el 11 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud (OMS) declaró el brote del nuevo coronavirus ⁵⁰ como una pandemia ⁵¹,

⁵⁰ Los coronavirus (CoV) son una extensa familia de virus que pueden causar varias afecciones, desde el resfriado común hasta enfermedades más graves, como sucede con el coronavirus causante del síndrome respiratorio de Oriente Medio (MERS-CoV) y el que ocasiona el síndrome respiratorio agudo severo (SARS-CoV). El COVID-19 causa en el enfermo los siguientes síntomas: fiebre, tos y disnea o dificultad para respirar. En los casos más graves, puede causar neumonía, síndrome respiratorio agudo severo, insuficiencia renal e, incluso, la muerte. Publicado por la Organización Mundial de la Salud en <https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus>. Son de público conocimiento las siguientes recomendaciones para evitar la propagación de la infección de los coronavirus: buena higiene de manos y respiratoria (cubrirse la boca y la nariz al toser y estornudar) y la cocción completa de la carne y los huevos. Asimismo, se debe evitar el contacto estrecho con cualquier persona que presente signos de afección respiratoria, como tos o estornudos. Al 11 de marzo de 2020, cuando la OMS declaró la pandemia del coronavirus, fue en respuesta a que en dicha fecha el número de personas infectadas por COVID-19 a nivel global llegó a 118.554, y el número de muertes a 4281, afectando hasta ese momento a 110 países, conforme surge de los propios considerandos del dec. 260/2020.

⁵¹ En tal sentido, y para ver la influencia de las pestes sobre los contratos en tiempos pasados, resulta interesante recurrir a la lectura de la nota del art. 1522 del Cód. Civil, en la que, en referencia al contrato de locación, Vélez Sarsfield, con cita a Marcade, expresa: “cuando en

el Poder Ejecutivo Nacional dictó el DNU 260/2020 ⁵² en el marco de la ley 27.541 ⁵³, por la cual se declaró oportunamente la emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa, previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social. A través del dec. 260/2020 se amplía la emergencia pública en materia sanitaria y se dispone la adopción de medidas para contener la propagación del nuevo coronavirus durante el plazo de un año desde su entrada en vigencia.

Ante el agravamiento de la pandemia del coronavirus ⁵⁴, el 19 de marzo de 2020, el Poder Ejecutivo Nacional, en el marco de la ley 27.541, a la que se ha hecho referencia y que declara la emergencia pública, y del dec. 260/2020, por el que amplió la emergencia sanitaria, dictó el dec. 297/2020, por el que se estableció la medida de “aislamiento social, preventivo y obligatorio”⁵⁵ en atención a la pandemia COVID-19 ⁵⁶, que fuera prorrogado mediante el dec. 325/2020.

El cumplimiento de las medidas adoptadas para prevenir la pandemia del coronavirus ha impedido que un número creciente de personas pudiera desarrollar normalmente sus actividades económicas, originando una drástica reducción de los ingresos familiares, con la consecuente caída de la capacidad de

tiempo de guerra el locatario es obligado a dejar su habitación, o si en tiempo de peste no puede ocupar la cosa que tenga alquilada porque la policía sanitaria no lo permitiese, el locatario, según las circunstancias, podrá, o hacer rescindir el contrato, u obtener la disminución del precio, o la cesación momentánea de pago del alquiler. Pero otra cosa sería, si el acontecimiento no fuera verdaderamente un caso fortuito, como si llegase a fallar el agua que haga moler un molino, y este suceso se hubiese reproducido por intervalos más o menos dilatados, o si el caso fortuito no afectase a la cosa misma, como si en tiempo de guerra o de peste, el locatario cesase de ocupar la cosa por su voluntad, y solo por precaución, y no por orden de la autoridad”.

⁵² Publicado en el BO el día 12 de marzo de 2020.

⁵³ Publicada en el BO el día 23 de diciembre de 2019.

⁵⁴ Según informó la OMS con fecha 19 de marzo de 2020, se ha corroborado la propagación de casos del coronavirus COVID-19 a nivel mundial, arrojando un resultado demás de 200.00 personas infectadas, más de 8.000 fallecidos y afectando a más de 158 países de diferentes continentes. Publicado por la OMS el día 19 de marzo de 2020 en <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---19-march-2020>. Asimismo, ya el coronavirus hacía pocos días que había llegado a nuestro país, por lo que la velocidad de la situación epidemiológica a nivel internacional instó al Poder Ejecutivo a la adopción de medidas inmediatas para hacer frente a la emergencia sanitaria. Todo ello surge de los propios considerandos del decreto.

⁵⁵ El fin primordial de dicho decreto ha sido la protección de la salud pública como una obligación inalienable del Estado nacional, conforme los propios considerandos del decreto.

⁵⁶ Dicho decreto establece que todas las personas que habitan en nuestro país o que se encuentren en él en forma temporaria deberán cumplir el “aislamiento social, preventivo y obligatorio” en sus respectivos domicilios desde el día 20 hasta el 31 de marzo del 2020, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario, en atención a la situación epidemiológica. Medida que fue prorrogada hasta el 12 de abril inclusive mediante dec. 325/2020. Asimismo, establece el dec. 297/2020 que deberán abstenerse de concurrir a sus lugares de trabajo y que no podrán desplazarse por rutas, vías y espacios públicos, todo ello a fin de prevenir la circulación y el contagio del virus COVID-19. No obstante, solamente podrán realizar desplazamientos mínimos e indispensables para aprovisionarse de artículos de limpieza, medicamentos y alimentos.

afrontar sus obligaciones ⁵⁷; lo que ha llevado a un agravamiento de la economía de las familias, que ya se encontraba afectada.

Ante tal situación, y en el marco de la emergencia pública establecida por la ley 27.541, la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el dec. 260/2020 y sus prórrogas, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el dec. 319/2020, que establece medidas tendientes a mitigar los efectos de la crisis económica durante el “aislamiento social, preventivo y obligatorio”; especialmente tiene por fin tutelar la protección de la vivienda familiar ⁵⁸ mediante las medidas temporarias proporcionadas respecto de la situación de emergencia que se enfrenta, y razonables, que resultarán de ayuda para un importante sector de la población que lo necesita ⁵⁹.

A continuación, en síntesis, enumeramos las medidas ordenadas por el mencionado decreto de necesidad y urgencia, que tienden a tutelar la vivienda familiar por el período de la urgencia, que se programa entre la fecha de su dictado y el 30 de septiembre del año en curso:

En primer lugar, se establece un congelamiento del valor de las cuotas mensuales de los créditos hipotecarios que recaigan sobre inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados ⁶⁰, hasta el 30 de septiembre de 2020, que no podrá superar el importe de la cuota correspondiente, por el mismo concepto, al mes de marzo del corriente año.

En segundo lugar, se suspenden las ejecuciones hipotecarias, judiciales o extrajudiciales en las que el derecho real de garantía recaiga sobre los inmuebles destinados a vivienda única y que se encuentren ocupados, hasta el 30 de septiembre del año en curso, quedando comprendidas en la disposición las hipotecas de parte indivisa. Dicha suspensión alcanza también a los lanzamientos ya ordenados que no se hubieran realizado a la fecha de entrada en vigencia del decreto.

En tercer lugar, y como contrapartida de la suspensión de las ejecuciones, quedan suspendidos por igual período los plazos de prescripción y de caducidad de instancia en los procesos de ejecución hipotecaria. Como, asimismo, importan la prórroga automática de todas las inscripciones registrales de las garantías, y no impedirán la traba y mantenimiento de las medidas cautelares en garantía del crédito. Asimismo, importan, por igual período, la suspensión del plazo de

⁵⁷ Expresiones estas que surgen de los propios considerandos del dec. 297/2020.

⁵⁸ Vid. los considerandos del decreto en los que se hace referencia a la vivienda familiar como tutela de derecho en el marco del derecho constitucional y de los tratados internacionales a los que hemos hecho referencia al comienzo del trabajo. En virtud de todo ello, se “desprende la obligación del Estado de adecuar y orientar su normativa en lo relativo a la vivienda, priorizando a aquellos sectores de la sociedad que menos posibilidades tienen, o que, debido a la actual coyuntura, se han visto desprovistos de sus ingresos normales y habituales y no encuentran el modo de enfrentar sus obligaciones y costear el desarrollo de sus vidas y las de sus familias”.

⁵⁹ Vid. los considerandos del propio decreto.

⁶⁰ Por la parte deudora o quienes la sucedan a título singular o universal.

caducidad registral de las inscripciones y las anotaciones registrales de las hipotecas, y de las medidas cautelares que se traben o se hayan trabado en el marco de los procesos de ejecuciones hipotecarias.

En cuarto lugar, se establece que la diferencia entre la suma de dinero que hubiera debido abonarse según las cláusulas contractuales y la suma de dinero que efectivamente corresponda pagar por aplicación del congelamiento del monto de las cuotas mensuales podrá abonarse en, al menos, tres cuotas sin intereses, mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la fecha de vencimiento de la cuota del mes de octubre del corriente año. En ningún caso se aplicarán intereses moratorios, compensatorios, punitivos ni otras penalidades previstas en el contrato. No obstante, las partes podrán pactar una forma de pago distinta, que no podrá ser más gravosa para la parte deudora.

Por último, dispone el decreto que las deudas que pudieran generarse desde la fecha de entrada en vigencia del presente decreto y hasta el 30 de septiembre del 2020, originadas en la falta de pago, en pagos realizados fuera de los plazos contractuales pactados o en pagos parciales, podrán abonarse en, al menos, tres cuotas mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento, la primera de ellas, en la misma fecha del vencimiento de la cuota del crédito que contractualmente correspondiera al mes de octubre del corriente año. Podrán aplicarse intereses compensatorios, que no podrán exceder la tasa de interés para plazos fijos en pesos a treinta días que paga el Banco de la Nación Argentina, pero no podrán aplicarse intereses moratorios, punitivos ni ninguna otra penalidad; como tampoco resulta aplicable el 1529⁶¹ del Cód. Civ. y Com. Asimismo, las partes podrán pactar una forma de pago distinta, que no podrá ser más gravosa para la parte deudora.

En igual fecha, el Poder Ejecutivo Nacional dictó el dec. de necesidad y urgencia 320/2020⁶², también en el marco de la emergencia pública establecida por la ley 27.541; la ampliación de la emergencia sanitaria dispuesta por el dec. 260/2020 y sus prórrogas y lo dispuesto por el dec. 297/2020 y sus normas complementarias. Asimismo, cabe destacar que a la fecha de redacción del presente artículo se estudia la continuidad de vigencia de las medidas impuestas por el dec. 319/2020 y 320/2020⁶³.

El dec. 320/2020, dentro del contexto indicado, establece las medidas que a continuación se resumen, en torno al tema de la vivienda familiar:

En primer lugar, conforme su art. 2º, se establece la suspensión temporaria, hasta el 30 de septiembre del 2020, de los desalojos de los inmuebles detallados

⁶¹ Este establece que “la falta de pago de los intereses o de cualquier amortización de capital da derecho al mutuante a resolver el contrato y a exigir la devolución de la totalidad de lo prestado, más sus intereses hasta la efectiva restitución”.

⁶² Publicado en el BO el día 29 de marzo de 2020.

⁶³ <https://www.pagina12.com.ar/289370-alquileres-y-desalojos-seguirian-congelados>.

con claridad en el art. 9º⁶⁴; entre ellos, los inmuebles destinados a vivienda única urbana y rural y las habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares, cuando el litigio se haya promovido por falta de pago del contrato de locación. Dicha medida alcanza a los lanzamientos ordenados a la fecha de entrada en vigencia del decreto y que no se hubieran ejecutado.

Asimismo, se dispone, en su art. 3º, en forma temporaria, hasta el 30 de septiembre de 2020, la prórroga de la vigencia de los contratos de locación alcanzados por el art. 9º, entre ellos, los inmuebles destinados a vivienda única urbana y rural y las habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares, cuyo vencimiento haya operado desde el 20 de marzo del 2020. Dicha prórroga resulta aplicable también a los contratos alcanzados por el art. 1218 del Cód. Civ. y Com., es decir, cuando se trate de una continuación de la locación concluida.

Es requisito, para que resulten operativos ambos artículos, que la tenencia del inmueble se encuentre en poder de la parte locataria, sus continuadores o continuadoras, en los términos del art. 1190 del Cód. Civ. y Com., sus sucesores o sucesoras por causa de muerte, o de un sublocatario o de una sublocataria, en su caso.

La parte locataria tiene la opción de mantener la fecha de vencimiento pactada por las partes en el contrato, o prorrogar dicho plazo por un término menor al dispuesto en la norma; en estos casos, deberá notificar en forma fehaciente a la parte locadora con una antelación de por lo menos quince días de anticipación a la fecha de vencimiento pactada.

Como contrapartida de la prórroga de la locación, se establece la prórroga del contrato de fianza por igual período, no resultando aplicables los arts. 1225 ni el 1596, incs. b) y d) del Cód. Civ. y Com., a fin de asegurar oportunamente el cobro del crédito por parte del locador.

Conforme al art. 4º del decreto que analizamos, se establece temporariamente, hasta el 30 de septiembre de 2020, el congelamiento del precio de las locaciones respecto de los mismos inmuebles aludidos en el art. 9º, entre ellos, los inmuebles destinados a vivienda única urbana y rural y las habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares, debiéndose abonar, durante ese período, el canon locativo correspon-

⁶⁴ Art. 9º. Contratos Alcanzados: Las medidas dispuestas en el presente decreto se aplicarán respecto de los siguientes contratos de locación: 1. De inmuebles destinados a vivienda única urbana o rural. 2. De habitaciones destinadas a vivienda familiar o personal en pensiones, hoteles u otros alojamientos similares. 3. De inmuebles destinados a actividades culturales o comunitarias. 4. De inmuebles rurales destinados a pequeñas producciones familiares y pequeñas producciones agropecuarias. 5. De inmuebles alquilados por personas adheridas al régimen de Monotributo, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria. 6. De inmuebles alquilados por profesionales autónomos para el ejercicio de su profesión. 7. De inmuebles alquilados por Micro, Pequeñas y Medianas Empresas (MiPyMES) conforme lo dispuesto en la Ley 24.467 y modificatorias, destinados a la prestación de servicios, al comercio o a la industria. 8. De inmuebles alquilados por Cooperativas de Trabajo o Empresas Recuperadas inscriptas en el Instituto Nacional de Asociativismo y Economía Social (INAES).

diente al mes de marzo próximo pasado. Igual congelamiento alcanza a la cuota mensual que debe abonar la locataria cuando las partes hayan convenido un precio total del contrato. Esta disposición no alcanza al resto de las prestaciones de pago periódico que las partes convencionalmente hayan acordado.

Conforme el art. 6º, se establece una forma de pago en cuotas para abonar la diferencia entre el precio pactado en el contrato y el que resulte del congelamiento dispuesto por la aplicación del decreto, la que deberá ser abonada en al menos tres cuotas y como máximo seis, mensuales, iguales y consecutivas, con vencimiento la primera en la fecha de vencimiento del canon locativo dispuesto por las partes en el contrato correspondiente al mes de octubre del corriente año y junto con este, y en igual modo se procederá con las siguientes, aun cuando hubiera operado el vencimiento del contrato.

Asimismo, se dispone que no podrán aplicarse intereses moratorios, compensatorios ni punitivos, ni ninguna otra penalidad prevista en el contrato, y que las obligaciones de la parte fiadora seguirán vigentes hasta la total cancelación de la deuda. Como también, que las partes pueden pactar, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, una forma de pago que no podrá ser más gravosa para la parte locataria que la establecida por la disposición ⁶⁵.

Con respecto a las deudas que pudieran generarse desde la fecha de entrada en vigencia del decreto y hasta el 30 de septiembre del año 2020, originadas por la falta de pago, en pagos realizados fuera de los plazos pactados o en pagos parciales; también se dispone mediante el art. 7º que estas deberán abonarse en, al menos, tres cuotas y como máximo seis, mensuales, iguales y consecutivas. Aquí se establece la misma forma de pago que la que resulta de la diferencia del congelamiento del canon locativo, pero, a diferencia de este último, podrán aplicarse intereses compensatorios, que no podrán exceder la tasa de interés para plazos fijos en pesos a treinta días que paga el Banco Nación; pero tampoco podrán aplicarse intereses punitivos ni moratorios, ni ninguna otra penalidad. En estos casos, también continúa la vigencia del contrato de fianza para asegurar el cobro del crédito por la parte locataria.

En el art. 10 del decreto, y como consecuencia de la emergencia que alcanza a vastos sectores de la sociedad, se contempla la situación de la parte locadora en estado de vulnerabilidad, disponiéndose como una excepción a la aplicación del art. 4º del decreto, en cuyo caso los contratos de locación cuya parte locadora dependa del canon convenido en el contrato de locación para cubrir sus necesidades básicas o las de su grupo primario y conviviente, debiéndose acreditar debidamente tales extremos, no resultarán congelados.

Se establece por medio del art. 12 del decreto la suspensión, por el plazo de un año, a partir de la entrada en vigencia de este ⁶⁶, de la aplicación del art. 6º de

⁶⁵ Vid. art. 6º.

⁶⁶ Según este mismo lo dispone, su entrada en vigencia es el mismo día de la publicación en el BO el día 29 de marzo de 2020.

la ley 26.589 para los procesos de ejecución y desalojo regulados en el decreto. Dicho art. 6° de la ley indicada dispone que, en los casos de ejecución y desalojos, el procedimiento de mediación prejudicial obligatorio resultará optativo para el reclamante sin que el requerido pueda cuestionar la vía, lo que queda sin efecto por el término y en los casos alcanzados por el decreto.

Las disposiciones que venimos analizando tienden a morigerar la situación de emergencia que pesa sobre la economía de las personas y las familias, en especial con relación a la continuidad del ejercicio de su derecho sobre la vivienda familiar, propendiendo al congelamiento temporario de los pagos de los cánones locativos; sin embargo, será útil al momento de considerar entre las partes las renegociaciones del contrato que las vincula la consideración de lo dispuesto en el art. 1011 del Cód. Civ. y Com.⁶⁷, con relación a los contratos de larga duración; permitiendo de este modo la adecuación de las condiciones del mismo⁶⁸, en su caso de buena fe y sin incurrir en ejercicio abusivo de su derecho.

IX. LA LEY 27.551 Y LA CREACIÓN DEL PROGRAMA NACIONAL DE ALQUILER SOCIAL

La ley 27.551⁶⁹, sancionada el 20 de junio, publicada el 30 de junio y que entró en vigencia el 1° de julio del corriente año, ha traído importantes reformas a las disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de lo-

⁶⁷ “Art. 1011. Contratos de larga duración En los contratos de larga duración el tiempo es esencial para el cumplimiento del objeto, de modo que se produzcan los efectos queridos por las partes o se satisfaga la necesidad que las indujo a contratar. Las partes deben ejercitar sus derechos conforme con un deber de colaboración, respetando la reciprocidad de las obligaciones del contrato, considerada en relación a la duración total. La parte que decide la rescisión debe dar a la otra la oportunidad razonable de renegociar de buena fe, sin incurrir en ejercicio abusivo de los derechos”.

⁶⁸ Vid. RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D. - DI CHIAZZA, Iván, “Contratos. Parte General”, en MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio C. (dirs.), Derecho Civil y Comercial, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 287, que expresan: “lo cierto es que hoy en día la doctrina reconoce una suerte de “deber de renegociación”, cuando el contrato ha sido alterado en su conmutatividad, sin que sea necesario para ello que una de las partes pretenda rescindirlo. La rescisión puede ser la consecuencia del fracaso de las negociaciones que las partes debieron emprender de buena fe. Ello no aparece así plasmado en el Cód. Civ. y Com., e incluso la regulación de la imprevisión no contempla un “deber de renegociar”, aunque acuerda a la parte afectada el derecho a plantear —judicial o extrajudicialmente— la adecuación del negocio”. Continúan estos autores: “cabe señalar que es muy común que los contratos de larga duración contengan hoy previsiones para el caso de que el negocio quede desarticulado en su equidad como consecuencia de acontecimientos externos a las partes y que representen un riesgo no asumido por ellas. Entre estas previsiones es también frecuente que se impongan las partes un deber de renegociar como previo a que cualquiera de las partes ejerza los derechos que el mismo contrato o la ley le reconocen, como puede ser la terminación anticipada o la promoción de una acción de reajuste o rescisión con causa en la denominada teoría de la imprevisión. Lógicamente si la negociación no da frutos, las partes quedan liberadas para ejercer esos derechos”.

⁶⁹ <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/339378/norma.htm>.

caciones inmobiliarias ⁷⁰ a través de su Título I, incorporando también, a través de su Título II, disposiciones complementarias a las locaciones; materias estas de capital importancia para dar tutela al sector, sin vulnerar los derechos de los propietarios a fin de no distorsionar el mercado; evitando crear una situación disvaliosa que en lo futuro afecte el acceso a la vivienda de los locatarios.

En tal sentido, es larga la historia en la Argentina —y por todos conocida—, según la cual, en pos de lograr una situación que facilite el acceso a la vivienda por parte de los locatarios, se ha distorsionado el mercado generando como consecuencia la imposibilidad del acceso a esta de los sectores más vulnerables para el futuro por falta de oferta locativa.

En las reformas de la ley 27.551, en principio, creemos no avizorar el destino que signó a otras ⁷¹ que trataron de “mejorar” los derechos de los locatarios. Pues las regulaciones de esta última tienden a aclarar y reglar situaciones que el mercado ya venía disponiendo ⁷²; y a otorgar tutela en el marco de la razonabilidad ⁷³ y de la economía, sin resultar expropiatoria ni violatoria del derecho de propiedad.

Sin embargo, es dable destacar que, en materia de contratos en general, el Código Civil y Comercial de la Nación regula sobre los Contratos Celebrados por Adhesión a Cláusulas Generales Predispuestas [Sección 2ª, del Capítulo 3ro. del Título II del Libro Tercero ⁷⁴] y sobre los Contratos de Consumo [Título III del Libro Tercero ⁷⁵], por lo que sus disposiciones y soluciones tutelares resultan aplicables, según se trate de contratos celebrados mediante dicha modalidad, en el primero de los casos, o entre proveedor y consumidor para destino final, en el segundo ⁷⁶.

⁷⁰ Cap. 4 (“Locación”), tít. IV (“Contratos en particular”), Libro Tercero (“Derechos personales”), del Código Civil y Comercial de la Nación, además del art. 75 agregando el domicilio electrónico y el art. 1351 en materia de corretaje inmobiliario.

⁷¹ Tales como las leyes 11.156 y 11.157.

⁷² Tales como las relativas a las garantías (art. 13), a los ajustes (art. 14) y los corredores (art. 12). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/339378/norma.htm> En relación con índice aplicable a los ajustes determinado por el art. 14 RIPTE, el mismo ha sido dispuesto por el BCRA y puede consultarse en <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=339378>

⁷³ A través de normas como las de los arts. 2º (depósito), 3º (el plazo mínimo de la locación), 5º (la obligación de conservar la cosa por parte del locador), 6º (la frustración del uso o goce de la cosa), 7º (la compensación), 8º (el pago de cargas y contribuciones), 9º (la resolución anticipada), 10 (la renovación del contrato) y 11 (la intimación de pago y desalojo). <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/339378/norma.htm>.

⁷⁴ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#20>.

⁷⁵ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/texact.htm#21>.

⁷⁶ Para un estudio del tema véase FERRER de FERNÁNDEZ, Esther H. S., “Nuevas perspectivas de protección al Consumidor Bancario en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en FERRER de FERNÁNDEZ, Esther H. S. (dir.) - ROCHA, Daniela D. (coord.), Derechos del consumidor en la contratación bancaria, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019, p. 47.

Mediante el Título III de la ley 27.551, se incorpora un nuevo concepto a nivel general y de normas de fondo, que es la creación del Programa Nacional de Alquiler Social ⁷⁷. Expresa el art. 17 de dicho título que se crea el programa aludido, destinado a la adopción de medidas que tiendan a facilitar el acceso a una vivienda digna en alquiler mediante una contratación formal. Ello importa, creemos, el primer paso de cumplimiento a nivel estatal del deber primordial por parte de este de hacer efectivo, en el ámbito de las locaciones, el derecho de acceso a la vivienda, proveniente de nuestra Carta Magna, sin hacerlo recaer en los propietarios. En tal sentido, aplaudimos la medida y esperamos la pronta concreción de resultados.

Así, el art. 18 de la ley 27.551 dispone que la Secretaría de Vivienda del Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda es el organismo encargado del diseño de las políticas públicas para implementar el Programa Nacional de Alquiler Social.

Mientras que, mediante el art. 19 de la ley indicada, se regulan las medidas de implementación del programa disponiendo que la Secretaría de Vivienda debe: a) tener especial consideración con las personas en situación de violencia de género y con las personas adultas mayores, y cuidar la no discriminación; b) promover la regulación de entidades que otorguen garantías de fianza o seguros de caución para contratos de alquiler de viviendas; c) propiciar la creación de líneas de subsidios o créditos blandos a efectos de facilitar el acceso a la locación de viviendas; d) diseñar e implementar mecanismos para ampliar la oferta de alquileres de inmuebles destinados a la vivienda; e) promover en conjunto con la ANSeS la adopción de medidas que permitan facilitar el acceso al alquiler a jubilados, pensionados y titulares de la prestación por desempleo; f) adoptar cualquier otra medida que facilite el acceso a una vivienda digna en alquiler para todas las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad ⁷⁸; g) fomentar la creación de mecanismos tendientes a asegurar el efectivo

⁷⁷ <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/339378/norma.htm>.

⁷⁸ Véase el voto de la mayoría en el fallo dictado por la CS de la Nación en los autos “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” del 24/04/2012, Cita Online: AR/JUR/9063/2012, en el que se expresó: “Que la tercera característica de los derechos fundamentales que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado con operatividad derivada, es que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial. Lo razonable en estos casos está relacionado con el principio que “manda desarrollar las libertades y derechos individuales hasta el nivel más alto compatible con su igual distribución entre todos los sujetos que conviven en una sociedad dada, así como introducir desigualdades excepcionales con la finalidad de maximizar la porción que corresponde al grupo de los menos favorecidos (RAWLS, John, “A Theory of Justice”, Harvard College, 1971)”. Estos principios de igualdad democrática y de diferencia con finalidad tuitiva de los sectores excluidos deben ser respetados por quienes deciden políticas públicas. En el campo de las reglas normativas, ello significa que hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos. Para que ello sea posible, debe acreditarse una afectación de la garantía, es decir, una amenaza grave para la existencia misma de la persona. Estos requisitos se dan en el caso, ya que es difícil imaginar un estado más desesperante: hay un niño discapacitado, con una madre en situación de

cumplimiento del locador y del locatario de las obligaciones a su cargo; h) apoyar a quienes tengan dificultades para cumplir con los requisitos de garantía, depósito y demás gastos para alquilar una vivienda familiar única; i) promover la creación de un seguro obligatorio que cubra la falta de pago de alquileres y las indemnizaciones por daño y ocupación indebida del inmueble, y j) generar alternativas para la resolución de conflictos entre locador y locatario, en general, dictar o propiciar medidas para favorecer y ampliar la oferta de alquileres de inmuebles destinados a la vivienda y facilitar el acceso a los alquileres de inmuebles destinados a vivienda.

Las medidas de implementación que establece el art. 19 resultan una complementación útil del sistema de contratación del mercado; lo que resulta necesario es su pronta implementación, de modo tal que se permita acceder a las mismas, en definitiva, a la vivienda familiar tanto de las personas como de las familias, con especial foco en las que se encuentran en situación de vulnerabilidad, cumpliendo con los postulados de las normas constitucionales y convencionales ⁷⁹.

En este sentido, y con relación a la situación económica por la que atraviesa la República Argentina, corresponde tener en cuenta el parámetro otorgado para la asignación de recursos para cumplir con los postulados constitucionales y convencionales para lograr el acceso a una vivienda adecuada, otorgados por el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (aprobado por la República Argentina por ley 26.663, publicada en el BO del 12 de abril de 2011). El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha fijado una serie de pautas para establecer cómo puede entenderse el compromiso de los Estados "...de adoptar medidas (...) hasta el máximo de los recursos de que disponga..." con el objeto

calle. La razonabilidad significa entonces que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad. Esta interpretación permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos cuando estos piden el auxilio de los jueces⁷⁹.

⁷⁹ Véase el voto de la mayoría en el fallo dictado por la CS de la Nación en los autos "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" del 24/04/2012, Cita Online: AR/JUR/9063/2012 en el que se expresa que "esta Corte en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne; precisamente por ello, toda norma que debe 'garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos' (CS Fallos: 327:3677; 332:2043) y 'garantizar', significa 'mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas', según indica en su Observación General 5 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que constituye el intérprete autorizado del Pacto homónimo en el plano internacional y cuya interpretación debe ser tenida en cuenta ya que comprende las 'condiciones de vigencia' de este instrumento que posee jerarquía constitucional en los términos del art. 75, inc. 22, de la CN (CS Fallos: 332:709)".

de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos, tal como lo dispone —en cuanto al caso interesa— el art. 4.2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En ese sentido, el Comité afirmó en primer término que “la <disponibilidad de recursos> aunque condiciona la obligación de adoptar medidas, no modifica el carácter inmediato de la obligación, de la misma forma que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye en sí mismo una justificación para no adoptar medidas. Aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación del Estado Parte de velar por el disfrute más amplio posible de los derechos económicos, sociales y culturales, habida cuenta de las circunstancias reinantes (...) los Estados Partes tienen el deber de proteger a los miembros o grupos más desfavorecidos y marginados de la sociedad aun en momentos de limitaciones graves de recursos, adoptando programas específicos de un costo relativamente bajo” (punto 4 de la Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el “máximo de los recursos que disponga” de conformidad con un protocolo facultativo del pacto: Declaración del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, E/C. 12/2007/1). A continuación, advirtió que la garantía de los derechos reconocidos “no exige forzosamente importantes asignaciones de recursos” (punto 7); más precisamente, estableció que, en el caso de que un Estado adujera limitaciones de recursos, el comité consideraría una serie de criterios objetivos para examinar el argumento, entre los que vale mencionar tres de ellos: a) “el nivel de desarrollo del país”; b) “la situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si atravesara un período de recesión económica”; y c) “si el estado intentó encontrar opciones de bajo costo” (punto 10 de la declaración citada) ⁸⁰.

Volviendo a la ley 27.551, por último, mediante el Título IV de la ley se disponen los métodos alternativos de resolución de conflictos, estableciendo la necesidad de realizar las acciones necesarias para fomentar el desarrollo de ámbitos de mediación y arbitraje, gratuitos o de bajo costo, aplicando métodos específicos para la resolución de conflictos derivados de la relación locativa, mediando la intervención del Ministerio de Justicia de la Nación en forma concertada con las provincias y con la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

La resolución de conflictos a través de los MARC (métodos alternativos de resolución de conflictos) gratuitos o de bajo costo suele ser una solución muy útil, expedita y en estos casos de utilización de bajos recursos a la hora de resolver las controversias que pudieran suscitarse entre las partes; por lo que también aplaudimos la medida.

⁸⁰ Del voto de la mayoría del fallo dictado por la CS en los autos “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” del 24/04/2012, Cita Online: AR/JUR/9063/2012.

La reglamentación del Título III de la ley 27.551 ⁸¹ nos permitirá determinar los alcances de la normativa en cuestión a fin de comprender si, a través del instituto, el Estado concretará los beneficios del acceso a la vivienda adecuada, postulados por la Constitución Nacional y por las convenciones internacionales de derechos humanos; como tales, algunas de ellas han sido signadas por todos los países del mundo e integran el bloque de constitucionalidad de nuestro país ⁸².

X. CONCLUSIONES

Creemos, sin temor a equivocarnos, que las normas protectorias de la vivienda familiar en la Argentina, que resultan del producto de la legislación derogada y, principalmente, de la frondosa doctrina y de la acabada jurisprudencia en la materia, han encontrado en el Cód. Civ. y Com. plasmación legislativa e importan un amplio reconocimiento del bloque constitucional del derecho sobre la vivienda. Ello funciona coordinadamente en tiempos normales.

Pero, en tiempos de emergencia como los que transitamos, impactados por el coronavirus y por la crisis sanitaria y económica que este genera, se requiere el auxilio de medidas extraordinarias a fin de paliar las consecuencias dañosas, entre ellas, las que resultan de los decretos y leyes que hemos analizado creemos resultan consecuentes en estos momentos con el fin de propender a tutelar el derecho sobre la vivienda familiar.

Sin embargo, lamentablemente, el problema del acceso a la vivienda, por su parte, aún no se encuentra resuelto. El mundo del deber ser de nuestra Carta Magna y del bloque de convencionalidad distan mucho de ser alcanzados por el mundo del ser; la realidad de muchas familias está lejos de integrarlo. Espera-

⁸¹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/335000-339999/339378/norma.htm>.

⁸² Vid. voto de la mayoría de la CS de la Nación en los autos caratulados “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo” del 24/04/2012, Cita online: AR/JUR/9063/2012, donde se expresa que “el segundo aspecto que cabe considerar es que la mencionada operatividad tiene un carácter derivado en la medida en que se consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado. Este grado de operatividad significa que, en principio, su implementación requiere de una ley del Congreso o de una decisión del Poder Ejecutivo que provoque su implementación. Ello es así porque existe la necesidad de valorar de modo general otros derechos, como por ejemplo la salud, las prestaciones jubilatorias, los salarios, y otros, así como los recursos necesarios. En estos supuestos hay una relación compleja entre el titular de la pretensión, el legitimado pasivo directo que es el Estado y el legitimado pasivo indirecto que es el resto de la comunidad que, en definitiva, soporta la carga y reclama de otros derechos. Por esta razón, esta Corte no desconoce las facultades que la Constitución le asigna tanto al Poder Ejecutivo como al Poder Legislativo locales, en el ámbito de sus respectivas competencias, para implementar los programas o alternativas destinadas a hacer operativo el derecho a la vivienda y al hábitat adecuado. Es in cuestionable que no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno. Que todo ello significa que las normas mencionadas no consagran una operatividad directa en el sentido de que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial”.

mos que el Título III de la ley 27.551 se concrete en urgentes políticas públicas que den pasos firmes hacia el efectivo cumplimiento del acceso a una vivienda adecuada, ya que, como ha dicho la CS, “no es función de la jurisdicción determinar qué planes concretos debe desarrollar el gobierno”.

XI. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- CURSACK, Eduardo - DALLAGLIO, Juan Carlos - DEL ZOPPO, César - REY, María Laura, “Régimen jurídico del asentimiento en el Código Civil y Comercial. Medio de protección de la familia y del patrimonio de la comunidad matrimonial”, *Revista del Notariado*, 2017/03. Disponible en <http://www.revista-notariado.org.ar/2017/03/regimen-juridico-del-asentimiento-en-el-codigo-civil-y-comercial-medio-de-proteccion-de-la-familia-y-del-patrimonio-de-la-comunidad-matrimonial/> (consultado el 22/09/2020).
- DWORKIN, Ronald, “La justicia con toga”, Ed. Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2007.
- “Los derechos en serio (Taking Rights Seriously)”, trad. Marta Guastavino, Ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1984, 1ª ed.
- “El Imperio de la justicia (Law’s Empire)”, trad. Claudia Ferrari, Ed. Gedisa, Barcelona, 1992, 2ª ed.
- FERRER de FERNÁNDEZ, Esther H. S., “Nuevas perspectivas de protección al consumidor bancario en el Código Civil y Comercial de la Nación”, en FERRER de FERNÁNDEZ, Esther H. S. (dir.) - ROCHA, Daniela D. (coord.), *Derechos del consumidor en la contratación bancaria*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2019.
- JUANES, Norma - PLOVANICH, María Cristina, “El derecho a la vivienda: aristas actuales de una cuestión ¿vital?”, DPYP 10, 2010.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, “Pautas para interpretar el Código”, en ZANNONI, Eduardo A. - MARIANI de VIDAL, Marina y otros, *Código Civil y Comercial. Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, 3ª reimp.
- KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - MOLINA de JUAN, Mariel F., “Protección de la Vivienda de la Familia no matrimonial en el Código Civil y Comercial Argentino”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nro. 3 bis, noviembre de 2015.
- MEDINA, Graciela - ROVEDA, Eduardo, “Derecho de familia”, en MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio C. (dirs.), *Derecho Civil y Comercial*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2019.
- RICCIARDI, M. Victoria, “El derecho a la vivienda digna y adecuada. Una aproximación”, en GARGARELLA, Roberto - GUIDI, Sebastián (coords.), *Comentarios de la Constitución de la Nación Argentina*, Ed. La Ley, 2016, t. II.

RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D., “Derecho Civil. Parte General”, en MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio C. (dirs.), *Derecho Civil y Comercial*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016.

RIVERA, Julio C. - CROVI, Luis D. - DI CHIAZZA, Iván, “Contratos. Parte General”, en MEDINA, Graciela - RIVERA, Julio C. (dirs.), *Derecho Civil y Comercial*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017.

XI.1. Normativa

Constitución Nacional.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Observación General 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1991 sobre el derecho a la vivienda adecuada.

Observación General 7 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1997 sobre desalojos forzosos.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Observación General 14 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU. sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3º párr. 1º). 2013. Párr. 6º.

Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

Código Civil y Comercial de la Nación.

Fundamentos de la Comisión Redactora del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 dirigida por el Dr. Ricardo Lorenzetti, la Dra. Elena Highton y la Dra. Aida Kemelmajer de Carlucci. El mismo fue aprobado, con modificaciones parciales, por ley 26.994.

Ley 27.541.

Ley 27.551, modificación al Cód. Civ. y Com.

Dec. de necesidad y urgencia 260/2020.

Dec. de necesidad y urgencia 297/2020.

Dec. de necesidad y urgencia 325/2020.

Carta Social Europea revisada en 1991.

Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000.

Tratado de Lisboa (Unión Europea) que entró en vigor el 01/12/2009.

XI.2. Jurisprudencia

CS, 24/04/2012, “Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, AR/JUR/9063/2012.

CS, 11/12/2012, “A. R., E. M. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”, AR/JUR/71688/2012.

- C. Apels. Trelew, sala B, 07/12/2018, “O., V. A. c. S., D. R. s/ cuidado personal - régimen de comunicación - alimentos y atribución del hogar”, AR/JUR/89277/2018.
- CCiv. y Com. de Morón, sala I, 30/10/2012, “Cao González Manuel Alberto c. Ruiz Marcela Laura s/ desalojo”, MJ-JU-M-76198-AR.
- C1ªCiv. y Com. de San Isidro, sala III, 03/04/2018, “E., C. E. c. N., S. s/ incidente de fijación de canon locativo”, AR/JUR/5263/2018.
- CCiv., Com., Lab. y Minería de 2ª Circunscripción Judicial de General Pico (La Pampa), sala A, 28/09/2018, “C. C. D. c. T. M. G. s/ incidente de fijación de canon locativo”, elDial AAACB2.
- CNCiv., sala M, 08/05/2015, “G. A. M. c. S. G. P. s/ división de condominio”, MJ-JU-M-92830-AR.
- CCiv. y Com. de San Martín, sala Primera, 15/09/2015, “Balsamo Liliana Mercedes c. Flores Beatriz Susana y otro s/ desalojo”, MJ-JU-M-94789-AR.
- CNCiv., sala C, 19/12/2019, “A., M. H. y otros c. V., M. E. s/ alimentos”, AR/JUR/51673/2019.
- CCiv. y Com. de Dolores, 14/04/2020, “G. A. P. c. P. C. V. H. y/u ocupantes, tenedores, intrusos u ocupantes s/ desalojo”, AR/JUR/15010/2020.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala tercera, 10/09/2014. Reconstruido de <https://www.administracionpublica.com/el-derecho-a-la-vivienda-es-derecho-fundamental-en-la-union-europea/> (consultado el 22/09/2020).

XI.3. Informes

- Informe de la OMS del 19/03/2020, disponible en <https://www.who.int/es/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-mission-briefing-on-covid-19---19-march-2020> (consultado el 22/09/2020).
- Organización Mundial de la Salud. <https://www.who.int/es/health-topics/coronavirus> (consultado el 22/09/2020)
- Informe Andrea sobre vivienda y política regional, Parlamento Europeo, 2007.

Recepción: 02/12/2020

Aceptación: 23/12/2020

CONTRATOS FAMILIARES EN LAS RELACIONES POLIAFECTIVAS: CADA FAMILIA PUEDE CREAR SU PROPIO DERECHO DE FAMILIA

POR DIMITRE BRAGA SOARES DE CARVALHO (*)

Resumen

La configuración actual de la familia y del derecho de familia, en Brasil y en el mundo, ha enfrentado cambios profundos e intensos, especialmente en las últimas dos décadas. Los cambios en los roles de los miembros de la familia, el aumento de la esperanza de vida, la rediscusión de género, los cambios demográficos, los cambios en la privacidad, el redimensionamiento de la sexualidad, la plena independencia femenina, los avances en la medicina reproductiva y la presencia constante y creciente de la tecnología en la vida de las personas son solo algunos factores que influyen en la familia brasileña contemporánea. Las nuevas generaciones demandan la construcción de normas específicas de derecho de familia, respetando las opciones y peculiaridades de cada individuo, así como de cada grupo familiar. Se entiende, por tanto, que las reglas de convivencia deben ser definidas por la propia pareja o grupo familiar; en lugar de ser impuestas por el Estado. El caleidoscopio de la familia contemporánea está conformado por relaciones menos tradicionales, basadas principalmente en el afecto y el amor involucrado, valorando individualidades y deseos reales. La reflexión de Jean Carbonier, en el sentido de que “a cada familia se le da su propio Derecho de Familia” nos hace pensar; una vez más, en el papel del Estado moderno en la organización y preservación de la estructura familiar. De acuerdo con este razonamiento, sería posible delimitar los límites, posibilidades y reconocimiento legal de las familias multiafectivas, especialmente su contractualización como forma de seguridad y estabilidad jurídica.

Palabras clave

Familia contemporánea, contratos familiares, relaciones poliafectivas, construcción de normas específicas, proyectos afectivos.

(*) Profesor adjunto da Universidad Federal de Río Grande del Norte - UFRN y de la UNIFACISA. Abogado especializado en Derecho de Familia y Sucesiones. Pos-Doc en Derecho Civil por el Programa de Pos-Graduación en Derecho de la Universidad Federal de Pernambuco - PPGD/UFPE. Miembro del Grupo de Investigación Constitucionalización de las Relaciones Privadas - CONREP.

*FAMILY CONTRACTS IN POLYAFFECTIVE RELATIONSHIPS:
EACH FAMILY CAN CREATE ITS OWN FAMILY LAW*

Abstract

The current configuration of family and family law, in Brazil and in the world, has faced profound and intense changes, especially in the last two decades. Changes in the roles of family members, increased life expectancy, gender rediscussion, demographic changes, changes in privacy, resizing of sexuality, full female independence, advances in reproductive medicine and the constant and growing presence of technology in people's lives are just some of the factors that influence the contemporary Brazilian family. The new generations demand the construction of specific Family Law rules, respecting the options and peculiarities of each individual, as well as each family group. Therefore, the rules of coexistence must be defined by the couple or family group, instead of being imposed by the State. The kaleidoscope of the contemporary family is made up of less traditional relationships, based mainly on the affection and love involved, valuing individualities and real desires. Jean Carbonier's reflection, in the sense that "each family is given its own Family Law", makes us think, once again, of the role of the Modern State in the organization and preservation of the family structure. According to this reasoning, it would be possible to delimit the limits, possibilities and legal recognition of polyaffective families, especially their contractualization as a form of security and legal stability.

Keywords

Contemporary family, family contracts, polyaffective relationships, construction of specific norms, affective projects.

**I. LA SOBREALORIZACIÓN DE LA AFECTIVIDAD COMO
MARCO TEÓRICO DEL DERECHO DE FAMILIA BRASILEÑO**

El sistema jurídico brasileño, bajo la fuerte influencia de preceptos de orden constitucional, e informado por una visión abierta y plural (no exclusivamente matrimonial de la familia), tornó el afecto en valor jurídico ¹.

Esa consideración transcurre de un abordaje más amplio, que entiende la socioafectividad como una categoría jurídica fundamental, con fuerte presencia en la evolución del derecho de familia contemporáneo en el Brasil ².

¹ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, "Uma principiologia para o Direito de Família", disponible en http://www.cidp.pt/publicacoes/revistas/rjlb/2015/01/2015_01_1871_1893.pdf (consultado el 05/10/2016).

² "La consideración de la socioafectividad como categoría jurídica y la consecuente pluralidad de verdades reales de la filiación y de entidades familiares ha marcado la evolución del Derecho de Familia contemporáneo en Brasil. Las fluctuaciones de comprensión y la viva controversia existentes tanto en la doctrina jurídica como en la jurisprudencia de los Tribunales reflejan el impacto de esa aún novedad. Es común en el Derecho que las categorías se afirmen con avances y retrocesos. En el momento en que nos encontramos, en la primera década del siglo XXI, emerge

Tal comprensión, de carácter creativo e innovador, modifica la hermenéutica jurídica, en el sentido de redireccionar todos los campos de alcance normativo del derecho de familia ³.

Desde la incidencia de la teoría de la afectividad, varias alteraciones pueden ser observadas bajo esta perspectiva: la visión del matrimonio basado en el afecto entre marido y mujer justifica la separación, en caso de no existir más interés en estar casados; la afinidad entre compañeros justifica la “legalización” de las uniones libres; la tenencia compartida surge como instrumento apto para evitar la pérdida de la convivencia afectiva entre padres separados e hijos; la multiparentalidad aparece como alternativa para situaciones concretas en que coexisten distintos vínculos parentales y afectivos ⁴; la paternidad socioafectiva remodeló la relación paterno-filial, desvinculándola del criterio sanguíneo; por otra parte, las uniones homoafectivas ganaron espacio, por revelar afectividad existente entre parejas formadas por personas del mismo sexo ⁵. En este sentido, se presenta la enseñanza de Gustavo Tepedino: “el derecho de familia pasa a

su creciente conformación como hecho jurídico y no sólo como hecho social”. LOBO, Paulo, “Socioafetividade no Direito de Família: a persistente trajetória de um conceito fundamental”, en BERENICE DIAS, MARIA - DUARTE PINHEIRO, Jorge (orgs.), “Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira”, Magister, Porto Alegre, 2008, p. 145.

³ “Ya de hace mucho se discute el valor jurídico del afecto. Las tesis negacionistas por las cuales lo afecto no produce efectos en la orden jurídica y es un mero ‘sentimiento’ extraño al Derecho de Familia se encuentran superadas, razón por la cual no se pierde tiempo para rebatirlas”. SIMÃO, José Fernando, “O afeto em xeque e a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça”, disponible en <http://www.conjur.com.br/2015-abr-12/processo-familiar-superior-tribunal-justica-afeto-valor-juridico2> (consultado el 05/05/2015).

⁴ La cuestión fue decidida en el Recurso Extraordinario nro. 898060/SC. El tema de Repercusión General 622, de Relatoría del ministro Luiz Fux, envolvía el análisis de una eventual “prevalencia de la paternidad socioafectiva en detrimento de la paternidad biológica”. Al deliberar sobre el mérito de la cuestión, el STF optó por no afirmar ninguna prevalencia entre las referidas modalidades de vínculo parental, apuntando para la posibilidad de coexistencia de ambas paternidades. En ese sentido, por la importancia del reciente juzgado para el derecho de familia brasileño, pertinente el posicionamiento de Ricardo Calderón: “Resta consagrada la lectura jurídica de la afectividad, teniendo ella perfilado de forma expresa en la manifestación de diversos Ministros. En el juicio de la repercusión general 622 hubo amplia aceptación del reconocimiento jurídico de la afectividad por el colegiado, lo que resta patente por la paternidad socioafectiva refrendada en la tesis final aprobada. La afectividad inclusive fue citada expresamente como principio en la manifestación del Ministro Celso de Mello, en la esfera del que defiende amplia doctrina del derecho de familia. No hubo objeción alguna al reconocimiento de la socioafectividad por los ministros, lo que indica su tranquila asimilación en aquel tribunal. La necesidad del Derecho contemporáneo pasar a acoger las manifestaciones afectivas que se presentan en la sociedad está siendo cada vez más destacada, inclusive no derecho comparado, como en la reciente obra de Stefano Rodotà, lanzada en 2015, denominada *Diritto D'amore*. En sus afirmaciones, el profesor italiano sustenta que un nuevo código podría ser escrito en la actualidad, con el siguiente tenor: *amo, ergo sum, o sea, amo, luego existo, importante la actual centralidad otorgada para la dimensión afectiva en las relaciones interpersonales desde inicio de siglo*”. CALDERÓN, Ricardo, “Reflexos da decisão do STF de acolher socioafetividade e multiparentalidade”, disponible en <http://www.conjur.com.br/2016-set-25/processo-familiar-reflexos-decisao-stf-acolher-socioafetividade-multiparentalidade> (consultado el 01/10/2016).

⁵ DINIZ, Maria Helena, “Curso de Direito Civil Brasileiro. Direito de Família”, Saraiva, São Paulo, 2002, p. 17.

atribuir particular importancia (no a la afectividad como declaración subjetiva u obscura reserva mental de sentimientos no demostrados, pero) a la percepción del sentimiento del afecto en la vida familiar y en la alteridad y establecida en el seno de la vida comunitaria. Realidad y percepción de la realidad se tornan indispensables para la superación de paradigmas formalistas e patrimonialistas en el derecho de familia. En esa senda, se sitúa la amplia admisibilidad, por la jurisprudencia actual, de entidades familiares extraconyugales, incluyéndose la unión de personas del mismo sexo (STF, ADPF 132/RJ y ADI 4277/DF, rel. min. Ayres Britto, j. 05/05/2011), las familias simultáneas, cuya repercusión general fue reconocida por la Suprema Corte (STF, DNI en el ARE 656.298/SE, Rel. Min. Ayres Britto, julg. 8.3.2012), Además de las uniones poliafectivas, reguladas hodiernamente por el tabelionato (recientemente, se labró escritura pública en el 15 Oficio de Notas de Río de Janeiro para contractualizar la unión homoafectiva entre tres mujeres), y cuya eficacia, en el ámbito del derecho de familia, aún es objeto de controversia, justamente porque el concepto de familia debe ser necesariamente elástico, en continua evolución”⁶.

Dicho esto, es relevante tener en mente que el derecho de familia tiene su mayor función cuando los deberes y derechos son incumplidos, y que, cuando los conflictos están instalados, acontece que ya no existe más afecto, y el sentimiento sale de escena para la recomposición de derechos eventualmente violados ⁷.

La categorización del afecto como productor de derechos, principalmente en el ámbito del derecho de familia, viene siendo profundamente discutida tanto en Brasil (donde probablemente esa línea teórica alcanzó mayor desarrollo) como en otros países de matriz dogmática, como es el caso de Portugal, por ejemplo. Sin embargo, su mayor desarrollo se dio, sin duda, en tierras brasileñas ⁸. Se discute si el afecto podría ser confundido con sentimientos profundos,

⁶ TEPEDINO, Gustavo, “A familia entre autonomia existencial e tutela de vulnerabilidades”, disponible en <http://www.conjur.com.br/2016-mar-21/derecho-civil-actual-familia-entre-autonomia-existencial-tutela-vulnerabilidades> (consultado el 29/03/2016).

⁷ “El afecto es relevante en las relaciones de familia, pero no se puede olvidar que el Derecho de Familia tiene embasamiento en derechos y deberes y no en sentimientos o emociones, que la familia brasileña es monogamia, y que no pueden ser eliminadas las sanciones por el incumplimiento de los deberes y por la violación a los derechos familiares bajo pena de tales deberes y derechos sean transformados en meras recomendaciones. (...) No se puede olvidar que el derecho sirve a la solución de conflictos aún más cuando estamos delante de relaciones de familia, de modo que cuando el conflicto se instaló en el seno de la familia, no existe más afecto, sentimiento que no oferta salida para los litigios ya instalados. Además de eso, debe ser destacado que el Derecho es relevante cuando establece derechos y deberes con las consecuencias por su incumplimiento y no cuando simplemente faculta”. TAVARES, Regina B. - MONTEIRO, Washington de Barros, “Curso de Direito Civil. Derecho de Familia”, Saraiva, São Paulo, 2012, p. 45.

⁸ “La doctrina brasileña ha vislumbrado aplicación del principio de la afectividad en varias situaciones del Derecho de Familia, en las dimensiones: a) de la solidaridad y de la cooperación; b) concepción eudemonista; c) de la funcionalización de la familia para el desarrollo de la personalidad de sus miembros; d) del redimensionamiento de los papeles masculino y femenino y de la relación entre legalidad y subjetividad; y) de los efectos jurídicos de la reproducción humana

como amor y cariño. Buscándose auxilio en ciencias afines al derecho, como la psicología y el psicoanálisis, para intentar diferenciar el afecto como “valor” del afecto como sentimiento ⁹.

Es imprescindible mencionar que la fundamentación del afecto no puede ser disociada de la categorización de los derechos humanos. El estudio de las generaciones que clasifica los derechos fundamentales permite un análisis en lo que respecta a la concretización del derecho al afecto, como una garantía de la libertad.

En la escala evolutiva del derecho constitucional, legislado a lo largo de las revoluciones y metamorfosis de dos siglos, existiendo cuatro generaciones sucesivas de derechos fundamentales. Derechos que hoy son considerados pacíficos en la codificación, no obstante, en realidad, se movieron en cada país constitucional en un proceso dinámico y ascendente, entrecortado por algunos retrocesos, pero finalmente permitiendo visualizar a cada paso una tarjetería que parte del simple reconocimiento formal hasta la máxima amplitud en los cuadros de efectución democrática de los derechos ¹⁰.

médicamente asistida; f) de la coalición de derechos fundamentales; g) de la primacía del estado de filiación, independientemente del origen biológico o no biológica. La concepción revolucionaria de la familia como lugar de realización de los afectos, en la sociedad laica, difiere de la que la concebía como institución natural y de derecho divino, por lo tanto inmutable e indisoluble, en la cual el afecto era secundario. La fuerza de la afectividad reside exactamente en esa aparente fragilidad, pues es el único enlace que mantienen a las personas unidas en las relaciones familiares”. LOBO, Paulo, “Familias”, Saraiva, São Paulo, 2011, p. 52.

⁹ “El afecto es, en el Derecho, en ramos de la filosofía y en el senso común, identificado con el amor. En nuestra visión positivista era inclusive visto como disociado del pensamiento. Pero, él es muy más del que esto. A buen seguro, una calidad que nos caracteriza es la amplia gama de sentimientos con que somos dotados y que nos vinculan — unos a los otros, de forma original de cara a otras especies. Con base en los afectos, que se transforman en sentimientos, es que creamos las relaciones intersubjetivas — compuestas de razón y emoción — del que nos mueve. A diferencia de los otros animales, somos constituidos, además de los instintos, de su traducción mental en impulsos de vida y de muerte. Estos ganan la calidad mental de afectos — energía mental con la calidad de ligación, de vinculación = libido, Eros, o de desligamiento, de no existencia = muerte, Thanatos. Son estos impulsos que nos afectan, desde dentro, y que se transforman en sentimientos — que ganan un sentido, una dirección en la relación con las otras personas, con matices que varían del amor al odio, en combinaciones variadas. Es por medio de los afectos que valoramos y juzgamos la experiencia en placentera, no placentera, buena o mala. Pero vamos además de esto, y valoramos nuestras experiencias también en consonancia con el pensamiento, con la experiencia y con valores construidos en las relaciones e incautados del medio social. Son los afectos que nos vinculan de las más diversas formas a las personas. Y es correcto que también somos afectados por los estímulos externos que son traducidos, interpretados mentalmente según las experiencias pasadas y la valoración que les fueron atribuidas. Somos seas axiológicos por excelencia, y parte de esta calidad que nos es inherente viene justamente de los afectos”. GROENINGA, Giselle Cámara, “Incumplimiento del deber de convivencia: daños morales por abandono afectivo. La interdisciplinaria sintoniza del derecho de familia con el derecho a la familia”, en FERNANDES NOVAES HIRONAKA, Gidelda Maria (coord.), “A outra face do Poder Judiciário - Decisões inovadoras e mudanças de paradigmas”, Escola Paulista de Derecho - EPD, Belo Horizonte, Del Rey/São Paulo, 2005.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo, “Derechos fundamentales, globalización e neoliberalismo”, disponible en <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14991-14992-1-PB.pdf> (consultado el 30/06/2016).

En esa línea, las generaciones de derechos fundamentales se manifestaron simultáneamente, interactuando entre sí, tomando dimensiones cada vez más coordinadas cada una con la otra ¹¹.

Específicamente, en relación con la primera generación, se puede decir que la vinculación emotiva genera derechos individuales. Tratándose del derecho al afecto ¹². Siendo, por lo tanto, una libertad constitucional, tanto en cuanto a libertad de ir y venir, a expresar libremente el pensamiento, al ejercicio libre de credo religioso o la garantía de la libertad de contratar. Configurándose norma constitucional presente en el cuerpo de la Ley Mayor ¹³.

El afecto está directamente relacionado con las relaciones sociales. No siendo una manifestación ligada restrictivamente al individualismo, la caracterización de las relaciones afectivas demuestra un gran desarrollo en el ámbito social ¹⁴. Pudiéndose afirmar, entonces, que el afecto es un hecho social jurídico que genera derechos y obligaciones acerca de varios bienes y valores, como alimentos, vivienda, salud, educación, respeto, etc. ¹⁵.

En sentido de derecho regido por la Carta Constitucional de 1988 ¹⁶, el afecto es jerárquicamente vinculante, obligando el respeto a los derechos fundamentales en todas las relaciones interpersonales, sean duraderas, momentáneas

¹¹ “La primera es la dimensión singular: el derecho individual de cada uno. La segunda es la dimensión categorial: el derecho especial de ciertas categorías o partes de la sociedad que necesitan de un particular amparo jurídico. La tercera es la dimensión social difusa: el derecho genérico de todos. Es de esa manera, tomando en consideración y articulando entre sí esas tres dimensiones — que la Constitución de 1988 tutela el afecto y sus efectos”. BARROS, Sérgio Resende, “A tutela constitucional do afeto”, disponible en http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/42.pdf (consultado el 30/06/2016).

¹² El afecto es, antes de cualquier cosa, una relación entre individuos que se afeccionan. Así, la Constitución lo protege como siendo un derecho individual, o sea, un derecho humano de todo y cualquier individuo, independientemente de la memoria, la raza, la clase social, la opción sexual, la condición económica, etc.

¹³ “El principio de la afectividad está implícito en la Constitución. Se encuentran en la Constitución fundamentos esenciales del principio de la afectividad, constitutivo de esa aguda evolución social de la familia brasileña, además de los ya referidos: a) todos los hijos son iguales, independientemente de su origen (art. 227, § 6º); b) la adopción, como escoja afectiva, se alzó íntegramente al plan de la igualdad de derechos (art. 227, §§ 5º y 6º); c) la comunidad formada por cualquiera de los padres y sus descendientes, incluyéndose los adoptivos, tiene la misma dignidad de familia constitucionalmente protegida (art. 226, § 4º); d) la convivencia familiar (y no el origen biológico) es prioridad absoluta asegurada al niño y al adolescente (art. 227)”. LOBO, Paulo, *Familias*, Saraiva, São Paulo, 2014, p. 48.

¹⁴ Basado en el hecho de ser lo afecto una relación entre individuos, la teoría afectiva se desarrolla y evoluciona como relación social. Progresa y evoluciona crecientemente, vinculando los individuos que contraen relaciones, y generando responsabilidades. Estas responsabilidades (que no alcanzan solo a los individuos entre sí, pero que también envuelve completamente el Estado), son características del aspecto fundamental de ese derecho del afecto.

¹⁵ BARROS, Sérgio Resende, “A tutela constitucional do afeto”, disponible en http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/42.pdf (consultado el 30/06/2016).

¹⁶ Según parte de la doctrina, la garantía al derecho fundamental al afecto está previsto implícitamente en la Constitución Federal de Brasil de 1988, en el § 2º del art. 5º, en los siguientes términos: “Los derechos y garantías expresos en esta Constitución no excluyen otros decurrentes

o pasajeras, estando o no fundamentadas en un casamiento tradicional y formal, o tengan por base la informalidad de las uniones libres.

El criterio utilizado debe ser, únicamente, la propia responsabilidad social que se origina a partir de uniones afectivas. Sin embargo, se hace imperativo esclarecer que, para tanto, no es preciso que estas sean contractuales. Siempre que exista un verdadero lazo que una relaciones afectivas y relaciones obligacionales, sus naturalezas intrínsecas son distintas ¹⁷.

II. UNA NUEVA MIRADA SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LA FAMILIA EN BRASIL Y EN EL MUNDO

La configuración actual del derecho familiar y de la familia, en Brasil y en el mundo, se viene enfrentado a profundas e intensas transformaciones, especialmente en lo que respecta a las últimas dos décadas. Los cambios en los roles de los miembros de la familia, el aumento de la esperanza de vida de las personas, la rediscusión de género, la evolución demográfica, las transformaciones de privacidad, las nuevas redimensiones de la sexualidad, la independencia plena femenina, los avances en la medicina reproductiva y la constante y creciente presencia de la tecnología en la vida de las personas son solo algunos factores que influyen en la familia brasileña contemporánea ¹⁸.

Están surgiendo nuevos proyectos afectivos y modelos familiares, concomitantes con los cambios que están sucediendo en la sociedad. En muchos casos, el derecho de familia previsto por la ley ya no es suficiente para resolver los problemas propios de este momento histórico, con sus singularidades, logros y realidades. Las expectativas de las personas con respecto al vínculo afectivo,

del régimen y de los principios por ella adoptados, o de los tratados internacionales en que la República Federativa de Brasil sea parte”.

¹⁷ Relación interpersonal no es contrato monetario y ni debe ser tratada como tal. Los requisitos y observaciones pertinentes a las garantías aplicables a la monetarización y patrimonialización de las relaciones obligacionales como un todo, no se vinculan directamente a las relaciones de cuño afectivo. En ese sentido: “La contractualización puede generar efectos perversos: desnaturalizar y hasta destruir la relación afectiva. No obstante, no es necesario contractualizar para responsabilizar. Aquí el criterio solamente puede y debe ser la propia responsabilidad social, inherente al afecto, que nace y decorre naturalmente las relaciones afectivas, inclusive cuando ellas se hacen sin afecto mayor que una simple afección momentánea que, aleatoriamente, genere prole”. BARROS, Sérgio Resende, “A tutela constitucional do afeto”, disponible en http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/42.pdf (consultado el 30/06/2016).

¹⁸ “The law shapes all of our lives, even when we do not realize it is there. it decides who has rights to what, who can make enforceable claims on whom, who is entitled and who is not. Family life is sometimes pre-sumed to be a realm so private and intimate as to be beyond the law’s power (...) Family law questions are perennial subjects of popular fascination, political contestation, and legal dispute. Countless judges, legislators, regulators, lawyers, advocates, and individuals face family law issues every day, family law cases fill a substantial proportion of court dockets, and law schools offer family law courses every semester, yet despite its significance, family law remains remarkably undertheorized and poorly understood”. HASDAY, Jill Elaine, *Family Law Reimagined*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 2014, p. 12.

al matrimonio, a los hijos y a la vida común están en un franco proceso de modificación. Las nuevas generaciones demandan la construcción de reglas específicas de derecho de familia para cada una de ellas, respetando las opciones y las peculiaridades de cada individuo, así como de cada agrupamiento familiar.

Antiguamente, las reglas servían para “toda la vida”. Se casaba para vivir “hasta que la muerte nos separe” o para “ser feliz para siempre”. Contrariamente, en la actualidad, las reglas deben estar al servicio de ciclo de vida familiar ¹⁹. Razón por la cual resulta necesario dividir los contratos del derecho de familia en grupos, cada uno representando los diferentes ciclos de existencia de una pareja o entidad familiar. El tiempo pasa y las cosas cambian, también para las familias. Siendo necesario, para las nuevas generaciones, un nuevo derecho de familia.

De la unión de los mencionados elementos en ebullición, se generan puntuales consecuencias para el estudio del derecho de familia, con foco en el reconocimiento de la privatización del Estado, por medio de la disminución de su espacio de actuación en el ámbito de la privacidad familiar; en la desinstitucionalización de la familia; de la existencia de un fenómeno de judicialización de las relaciones familiares; de la no aplicación deliberada de normas positivadas (modalidad de desobediencia civil); de la posibilidad de discusión sobre la existencia de un “derecho de familia mínimo” y del real reconocimiento de los espacios del “no-derecho” en el ámbito del derecho de familia brasileño.

Se entiende, por lo tanto, que las reglas de convivencia precisan ser definidas por la propia pareja, trío o cuarteto, o grupo familiar, en vez de ser impuestas por el Estado. El caleidoscopio de la familia contemporánea está constituido por relaciones menos duraderas, basadas sobre todo en el afecto y en el amor involucrado, valorizando las individualidades y los reales deseos enredados. El camino recorrido por Jean Carbonier, en el sentido de que “a cada familia le es dado su propio Derecho de Familia”, hace pensar, una vez más, sobre el papel del Estado moderno en la organización y preservación de la estructura familiar ²⁰.

El derecho de familia, contemporáneamente, debe ser visto como la máxima manifestación de la libertad jurídica. Vivimos en la época de la subjetivización de la familia y del propio derecho de familia. Se comprende que cada uno puede escoger y definir lo que la familia debe significar en su vida, sobre todo a través de contratos no patrimoniales ²¹. Apostando, de ese modo, a la disminución de los espacios de regulación estatal en el ámbito de las familias,

¹⁹ “Families, like people, are born, grow, and die”. GROSSMAN, Joanna L. - FRIEDMAN, Lawrence Meir, *Inside the Castle: Law and the Family in 20th Century America*, Princeton University Press, 2011, p. 22.

²⁰ CARBONIER, Jean, “Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho”, Tecnos, Madrid, 1974, p. 18.

²¹ SWENNEN, Frederik (coord.), “Contractualisation of Family Law - Global Perspectives”, Suíça: Stranger International Publishing, 2015.

y a la plena autonomía de la voluntad de las partes en las relaciones privadas. Entonces, ¿por qué cada familia no puede crear su propio derecho de familia?

III. LA CRISIS DEL DERECHO DE FAMILIA CODIFICADO Y LA SUSTITUCIÓN DE LA NORMA LEGISLADA POR LA NORMA CONSTRUIDA POR LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

La denominada “familia posmoderna” transforma la estructura familiar tradicional, tornándola más maleable, adaptable a los actuales conceptos de la humanidad. Es cierto que, en este contexto de posmodernismo, la deconstrucción de las tradiciones fue elevada al máximo de su potencialidad, asociada al individualismo extremo de nuestros tiempos. La complejidad de tantos cambios, en paralelo al conjunto de intensas transformaciones, también en el área de la tecnología, que impulsaron una óptica renovada de las relaciones interpersonales, y aunque no se sepa exactamente, derivó en ventajas o desventajas de tantas modificaciones. La intimidad gana nuevas fronteras, llegando a obtener aires de supremacía. La familia se desinstitucionaliza, al paso en que se instrumentaliza.

Es necesario reconocer (inclusive de cara al conservadurismo que aún está instalado en la sociedad) la concepción subjetivista de la familia, según la cual cada persona tiene el derecho de direccionar su afectividad de la manera que encuentre más adecuada, surgiendo, de ahí, un amplio abanico de posibilidades de constitución de familia.

Esa tendencia propicia una ampliación del campo de la privacidad y de la intimidad, simultáneamente, cuando disminuye la influencia de los principios de orden público (considerados contrarios al ideal de la libertad). La organización jurídica de la familia y el derecho matrimonial pasan a ser vistos como aspectos jurídicos en plena decadencia, puesto que reglamentan aspectos de la vida familiar de manera estandarizada, de acuerdo con las manifestaciones individuales de afecto y de relacionamiento sexual.

Frente a tal relativismo, el derecho, sobre todo el derecho de familia (posiblemente en muchos campos con más razón que en otras ramas del derecho), se ha transformado en un derecho individual, en un derecho de caso concreto que, cuando genera normas, las genera a través de modelos contractuales, de negociación entre sujetos privados.

O sistema jurídico del derecho de familia precisa ser analizado como un fenómeno de “acción y reacción”, evidenciado por el “orden y desorden” de la organización social, identificado por la admisibilidad de la desobediencia civil a la ley o acto de autoridad. Esto es, la ley —producto de la razón legislativa— y la pérdida de legitimidad de la ley, un actual fenómeno alimentado por la desnaturalización de la representatividad legislativa, la emergencia de minorías que reclaman una normativa propia, la pluralidad de formas de familia, las comunicaciones de masas, la problemática de la sociedad consumista, a liquidez de las relaciones interpersonales, el debate de los valores morales clásicos, etc.

Desde el punto de vista del derecho de familia, contemporáneamente, es posible afirmar que el alejamiento progresivo de la norma es una forma de desobediencia civil. Siendo una forma de expresión del derecho de resistencia. Con base en esa característica peculiar, se equipara el fenómeno de pérdida de significado e importancia que el derecho de familia positivado se viene enfrentando. Lo que subyace, entonces, es que la desobediencia civil en el derecho de familia funciona desde la perspectiva jurídica como un mecanismo de medición y —por qué no decir— de control de los criterios de justicia/injusticia de las normas que rigen la sociedad contemporánea.

La necesidad de pleno reconocimiento de la autonomía privada en las relaciones de la familia se fundamenta, exactamente, a partir de la distorsión entre las situaciones jurídicas previstas en las normas y la falta de sintonía con la realidad social. La pérdida de la referencia legal del sistema normativo de la materia, acompañada de la avasallante construcción jurisprudencial de los últimos veinte años, han hecho surgir (tanto en Brasil como prácticamente en todo el mundo occidental) un derecho de familia jurisprudencial, se, en la medida de las posibilidades, al sistema de la *common law*. Estamos atravesando un momento histórico particular, en el que las decisiones judiciales tienen más importancia que la fuente normativa construida por el Poder Legislativo. Derribando así uno de los paradigmas de la modernidad, según el cual le corresponde al legislador la construcción de la norma. En el derecho de familia actual, la “ley” es reconstruida y reinterpretada todos los días, demostrando así la “liquidez” de las normas jurídicas ²².

La crisis del derecho de familia codificado y la judicialización de las relaciones de familia son fenómenos jurídicos vinculados e interdependientes. La judicialización, en gran parte, deriva de la pérdida del poder simbólico, de la efectiva disminución del uso y de la decreciente influencia del derecho codificado en el ámbito de las relaciones de familia. De ese modo, entender que cada familia puede construir su propio derecho de familia es un cambio radical en el sistema jurídico brasileño, que apunta a la disminución de la importancia estatal, desburocratiza la familia, aleja la “inflación legal” (caracterizada por la producción cada vez mayor de normas) y supervalora las convicciones individuales acerca de sus propias relaciones jurídicas.

IV. CONTRACTUALIZACIÓN Y PROTECCIÓN DE LAS RELACIONES POLIAFECTIVAS

El poliamor está impregnado de valores como “libertad”, “igualdad”, “honestidad” y “amor”. También está marcado por los principios constitucionales de dignidad humana, igualdad, libertad y solidaridad. No hay traición entre in-

²² CARVALHO, Dimitre Braga Soares de, “La crisis del Derecho de Familia codificado en Brasil”, Curitiba Juruá, 2019, p. 11.

volucrados, dado que tal relación no monógama permite ejercer más de una relación amorosa o sexual al mismo tiempo con el consentimiento de todos. Siendo, por lo tanto, la elección de unión o no, matrimonio o no, debe verse como un acto libre, sin embargo, a diferencia de las uniones meramente recreativas, como lo demuestran la ética, el respeto y la honestidad entre sus participantes ²³. Entonces, ante la dificultad de reconocimiento legislativo de las uniones poliafectivas, la contratación privada parece ser un camino satisfactorio, con seguridad jurídica y con estabilidad familiar para los tríos afectivos.

En primer lugar, es posible adoptar un contrato que establezca el momento del inicio de la relación, además de definir su carácter familiar. Así, se acepta que se regulen normas sobre división de deberes domésticos, definición del hogar familiar e incluso cuestiones relativas a aspectos de la privacidad de sus miembros, como a las prácticas sexuales admitidas y a la posibilidad, o no, de prácticas sexuales fuera del núcleo conyugal, con otras parejas.

En el ámbito patrimonial, es posible adoptar reglas similares a la sistemática de los regímenes patrimoniales previstos para el matrimonio o unión estable. Mediante contrato es lícito pactar qué bienes integrarán el patrimonio común del trío o cuarteto y cuáles pertenecerán exclusivamente a cada una de las consortes. Nada impide que la disposición sea en el sentido de que todos los bienes adquiridos en el curso de la relación pertenecerán a partes iguales a todos los cónyuges o, por el contrario, al estipular que no existe un patrimonio común, perteneciendo cada bien exclusivamente al adquirente. Son posibles otras combinaciones, dependiendo de los intereses de las consortes. En este sentido, se recomienda definir, además, la forma de administración de cualquier patrimonio común ²⁴.

Aun en este ámbito, parece muy saludable estipular, en el contrato, la obligación de brindar asistencia económica al consorte que demuestre la necesidad de la eventual terminación de la relación, mediante una construcción encaminada a sustituir la alimentación prevista en el Código Civil.

Incluso los institutos legales tradicionales de obligaciones pueden utilizarse para tratar el incumplimiento de tales disposiciones, tales como cláusulas penales, astreintes, etc. Simplemente no hay obstáculo para imponer una multa por incumplimiento de los deberes familiares.

En definitiva, la contractualización de las relaciones multiafectivas es una vía recomendada para, con certeza jurídica, asegurar la construcción de un pro-

²³ ROJAS, Rafaela Barros, “Famílias simultâneas e poliafetivas no direito pósmoderno”, disponible en <http://www.clovisbarros.adv.br/publicacoes/ARTIGOFAMILIAS.pdf> (consultado el 01/09/2020).

²⁴ LEITE, Glauber Salomão, “Contratualização é o caminho mais seguro para os relacionamentos poliafetivos”, disponible en <http://cnbba.org.br/noticias/artigo-conjur-contratualizacao-e-o-caminho-mais-seguro-para-os-relacionamentos-poliafetivos-por-glauber-salomao-leite> (consultado el 31/08/2020).

yecto de vida que refleje fielmente los deseos y necesidades de cada persona, como forma de salvaguardar el libre desarrollo de su personalidad.

Por supuesto, solo pueden ser celebrados por adultos y personas civilmente capaces. Y, en la medida en que no exista disposición legal expresa, se trata de contratos atípicos, por lo que no existe una forma prescrita por la ley para ser observada.

En términos de la validez de tales transacciones jurídicas, la cuestión central se refiere al análisis de la legalidad de su objeto. Es necesario resaltar que no existe una norma que prohíba la ejecución de estos contratos. De hecho, cierta resistencia en su uso proviene de la lectura de que el derecho de familia consistiría en una rama separada dentro del ámbito del derecho civil, centrada en la protección de los intereses existenciales y, por tanto, según este orden de ideas, incompatible con el ejercicio amplio de la ley. autonomía privada.

El derecho a la autonomía privada se basa en el derecho fundamental a la libertad, previsto en el art. 5º de la Constitución Federal. Si bien el ejercicio de la libertad individual está más asociado al derecho de las cosas, al derecho de las obligaciones y al derecho contractual, no existe, *a priori*, ninguna restricción a su aplicación también en el ámbito del derecho de familia.

La contractualización de las relaciones familiares poliafectivas se sustenta constitucionalmente porque se basa en la posibilidad de que cada uno moldee su proyecto familiar con base en sus deseos más íntimos, fuerte en la idea de que la familia es un medio, no un fin. Especialmente en aquellos casos que involucran entidades familiares que, aunque en cumplimiento de la ley, no están expresamente aceptadas en la legislación vigente, como es el caso de las familias de relaciones polifacéticas.

Por todo lo anterior, es una vía no solo posible, sino también necesaria para asegurar a cada persona el derecho a vivir su propia intimidad en plenitud, sin injerencias del Estado, que se justifican en este bloque revolucionario de la historia.

Sin embargo, cabe recordar que ningún contrato afectivo o de familia puede faltarle el respeto a la dignidad humana de los involucrados, tratar a hombres y a mujeres de forma diferente, viabilizar distorsiones por cuestiones de género, tolerar cualquier tipo de violencia física, psicológica o patrimonial, ni dejar de velar por los derechos y garantías constitucionales de los niños, adolescentes, adultos mayores, portadores de discapacidades, o de cualquier otro grupo en situación de vulnerabilidad.

V. VALIDEZ, INVALIDEZ Y CUMPLIMIENTO DE LOS CONTRATOS FAMILIARES

La confianza es el cimiento de las relaciones humanas. Según Clóvis do Couto y Silva, la obligación “es un proceso que se desarrolla rumbo al

cumplimiento”²⁵. En los contratos de derecho de familia no podría ser diferente. El incumplimiento mantiene al deudor preso y vinculado a la obligación sucesiva de indemnizar, aun cuando existan negociaciones de derechos de personalidad. Separar el *pacta sunt servanda* de las relaciones contractuales de derecho de familia provocaría una crisis de confianza, fragilizaría la autonomía de la voluntad y debilitaría el significado de los propios derechos de la personalidad involucrados en las negociaciones. Significando, el vector de la confianza, a través de la estabilización de las expectativas creadas y de la previsibilidad de los negocios jurídicos, que refuerza la propia autonomía de los derechos de personalidad contenidos en los contratos familiares.

La cuestión de la validez de los contratos familiares es, por lo tanto, preponderante. Para Gustavo Tepedino, los negocios patrimoniales de familia son válidos en regla. Los negocios existenciales de familia, por su parte, son pasibles de “sindicatura” judicial, considerando las peculiaridades de la situación, la realidad de las partes y la dimensión jurídica dada a los negocios ²⁶.

Específicamente en la visión de Jorge Duarte Pinheiro, sobre acuerdos en materia de sexualidad, los pactos de abstinencia duradera serían inválidos, tomando como base la tesis de que la relación sexual constituye el núcleo intangible de la comunión conyugal. Por otra parte, los acuerdos cuyo tenor exceda el estándar mínimo, previendo una frecuencia elevada de las relaciones sexuales, son válidos, ya que son motivados por una búsqueda conjunta del bienestar y permiten profundizar en la conexión de la pareja ²⁷.

Para Pontes de Miranda, las cuestiones patrimoniales son la esencia del pacto antenupcial. Otras materias, en el caso que las menciones, serán consideradas “negocio jurídico común”, lo que permitiría vicios parciales, consecuencias diferentes de las nulidades y otros accidentes no aplicables a toda la negociación jurídica. En las hipótesis de eventual nulidad, aun bajo la concepción clásica y conservadora de la materia, el maestro alagoano refuerza la posibilidad de verificación, en el caso concreto, de la viabilidad jurídica de cada pacto, llevando en consideración las concepciones dominantes en el círculo social en donde la negociación debería tener eficacia, anticipándose en muchas décadas a la perspectiva del multiculturalismo, tan en boga en la actual cuadratura histórica ²⁸.

²⁵ SILVA, Clóvis do Couto, “La obligación como proceso”, FGV, Río de Janeiro, 2006.

²⁶ TEPEDINO, Gustavo, “Contratos en Derecho de Familia”, en PEREIRA, Rodrigo da Cunha (org.), “Tratado de Derecho de Familia”, IBDFAM, Belo Horizonte, 2019.

²⁷ PINHEIRO, Jorge Duarte, “El Núcleo Intangible de la Comunión Conyugal. Los deberes sexuales conyugales”, Almedina, Lisboa, 2004, p. 145.

²⁸ En un pasaje memorable, enseña al maestro Pontes de Miranda, refiriéndose a los contratos familiares: “Corresponde al juez escuchar el ordenamiento jurídico, apreciando el acto o la cláusula, de acuerdo con las concepciones dominantes en su círculo social. De hecho, el círculo social que ausulta no es necesariamente el del lugar donde el pacto antenupcial será efectivo”. MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de, “Tratado de Derecho de Familia”, Bookseller, Campinas, 2001, vol. II, p. 34.

De esta forma, existiendo la necesidad de manifestación judicial, en el caso de que existan conflictos de intereses en los contratos de derecho de familia, son dos los parámetros que pueden auxiliar al Estado a realizar la ponderación que la circunstancia exige, evitando la interpretación judicial y alimentando la seguridad jurídica. Tanto uno como otro parámetro interpretativo admiten diversas discusiones teóricas y prácticas (cuya profundización no aplica a los propósitos introductorios de este artículo); no obstante, es pertinente mencionarlo.

El primero, indicado por Daniel Sarmento, trata de la averiguación o grado de desigualdad fáctica entre las partes. De esta forma, se daría una eventual intervención judicial con el fin de verificar si los involucrados se encuentran en niveles compatibles de equilibrio contractual. Además, el autor sostiene que, en los casos que involucren cuestiones existenciales, la autonomía privada tendrá un peso mayor que el de los casos concernientes a cuestiones económico-patrimoniales. Independiente de eso, en estos últimos casos, la protección de la autonomía privada de cara a un eventual derecho fundamental restringido deberá variar en función de la esencialidad del bien en cuestión. La importancia de este criterio consiste justamente en el intento de evitar un “totalitarismo de los derechos fundamentales” o la “homogeneización forzada del comportamiento individual a partir de pautas concebidas como <políticamente correctas>, a costa del pluralismo y de la propia dimensión libertadora que caracteriza a los derechos fundamentales”²⁹.

Por su parte, el segundo, conocido como “criterio de esencialidad del bien jurídico” de Teresa Negreiros, constituye un parámetro objetivo para fundamentar como necesaria la decisión judicial sobre el cumplimiento (o no) en los contratos de derecho de familia³⁰. La elegante perspectiva de la profesora carioca enfrenta la cuestión sobre la jerarquización abstracta de aquello que es superfluo, útil o esencial a la vida de las personas, a lo largo del tiempo, destacando los cambios que sufren las voluntades con el pasar de la vida y de la experiencia humana.

Ahora, sobre el cumplimiento y satisfacción de los contratos familiares, resulta necesario recordar que, tratándose de obligaciones personalísimas (que por su naturaleza no pueden ser exigidas coercitivamente), el incumplimiento será contabilizado simplemente por la cláusula penal. Por respeto a los derechos fundamentales, el cálculo del cumplimiento (o no) de las obligaciones de carácter íntimo no puede ser objeto de averiguación judicial, sobre todo si tal per-

²⁹ “Cuanto mayor sea la desigualdad, más intensa será la protección del derecho fundamental en juego y menos autonomía privada”. SARMENTO, Daniel, “Derechos Fundamentales y relaciones privadas”, *Lumen Juris*, Río de Janeiro, 2010, p. 187.

³⁰ “No es posible jerarquizar de manera abstracta lo que es superfluo, útil o esencial, porque las voluntades humanas de persona a persona, e incluso una persona, a lo largo de la vida, pueden experimentar necesidades contingentes. La asignación del bien en la concreción del contexto determinará la incidencia de un régimen más o menos intervencionista en la relación contractual”. NEGREIROS, Teresa, “Teoría del contrato: nuevos paradigmas”, *Renovar*, Río de Janeiro, 2006, p. 62.

quisición invadiese la privacidad y lesionase la dignidad humana de las partes involucradas. Conviene analizar la cuestión a partir de la perspectiva de obligaciones como “deberes extrajurídicos”, o como “relaciones jurídicas relevantes”, o sea, son realidades que escapan al paradigma clásico de la codificación, ya que se encuentran asentadas en una nueva concepción de bienes jurídicos ³¹.

Por último, y solo para fines de mención, igualmente podrían ser utilizados con el objetivo de, pedagógicamente, ayudar al cumplimiento de los contratos familiares, los instrumentos disponibles en el propio Código Civil brasileño: las modalidades de “cláusulas penales”, aplicables en el ámbito del derecho de familia (cláusula penal moratoria y cláusula penal indemnizatoria), la “indemnización suplementaria” y las “multas”.

VI. CONCLUSIONES

Lo relevante de lo mencionado por Jean Carbonnier (“¿Para dónde va la familia?”) es el tono de la discusión contemporánea sobre el papel del derecho de familia y, sobre todo, cuál es la exacta relación entre el derecho de familia y la familia de nuestros tiempos ³². El creciente individualismo presente en la familia actual —que muchos autores utilizan para identificar que ese sería un fenómeno “posmoderno”— estaría estableciendo, progresivamente, el espacio del “no derecho” en la esfera de las relaciones de familia.

Según ese raciocinio, sería posible delimitar el ambiente del “derecho” y el ambiente del “no derecho” en las relaciones interpersonales, siendo el derecho de familia, por esencia, en este momento histórico, el espacio del “no derecho”, dado que esa tendencia estaría de acuerdo con la escala evolutiva que la rama del derecho de familia viene transitando, en Brasil, desde la segunda mitad de la década de 1980.

Se comprende que, entre los valores básicos de la posmodernidad, se destaca el reconocimiento del multiculturalismo, de la pluralidad de estilos de vida, y la negación de una pretensión universal a la manera propia de ser. O sea, es

³¹ Como recuerdan Cristiano Chaves de Farias y Nelson Rosenvald, la protección de las situaciones existenciales exige la preservación de los bienes legales que emanan de la dignidad de todo ser humano. Se trata de activos jurídicos que escapan a la lógica de la apropiación. La reforma conceptual del bien jurídico no se limita a la medición de su expansión en el sector de los derechos de la personalidad y a la protección de una esfera jurídica, ya que las relaciones de contratación están sujetas al marco de los valores constitucionales (eficacia horizontal de los derechos fundamentales). Tradicionalmente, cualquier bien legal revelaba aspiraciones puramente patrimoniales. Sin embargo, la inserción del ser humano como fundamento y fin del sistema jurídico provoca la refundación de la teoría del patrimonio, porque la protección de las necesidades humanas se convierte en un criterio y una medida del esquema de los activos jurídicos. CHAVES DE FARIAS, Cristiano - ROSENVALD, Nelson, “Derecho de las Familias”, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2011.

³² “Há cem anos, os cientistas perguntavam de onde vem a família; hoje eles perguntam para onde ela vai”. CARBONNIER, Jean, “Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho”, Tecnos, Madrid, 1974, p. 84.

la aceptación de lo “no conciliable”. En la perspectiva del derecho de familia, el pluralismo significa tener a disposición alternativas, opciones y posibilidades jurídicas para solucionar casos concretos que demandan intervención del Poder Judicial. La experiencia brasileña de la construcción de derechos para las familias es, por naturaleza, intrínseca, compleja y diversificada.

La identidad cultural que marca la historia de la formación de la familia brasileña presenta características muy particulares y realza la intensa mezcla de razas y culturas. Existen derechos de diversos órdenes, derivados de las condiciones regionales, económicas, climáticas y de la formación sociocultural. Aliada a la peculiar formación del pueblo brasileño, se yuxtapone a la influencia de los factores externos y estandarizados que influyen en la construcción de una cultura de derecho de familia multicultural y pluralizada.

A la par de las transformaciones de orden teórico y metodológico, hubo un lento y gradual proceso de subjetivización de las relaciones afectivas en la sociedad occidental y, de un modo particular, en la sociedad brasileña. Tal proceso autorizó la creación de una manera de pensar las relaciones afectivas y de familia, con una libertad jamás imaginada, relegando al ostracismo, cada vez más, las normas codificadas sobre derecho de familia, que permanecieron más enfocadas en aspectos patrimoniales que en los personales de los derechos que protegen.

Acto continuo, la jornada evolutiva del derecho de familia brasileño, fundada en las premisas que le dan forma y le atribuyen un color especial, apunta hacia la contractualización plena de las relaciones de familia como su próxima frontera. Por consiguiente, tal libertad no es ilimitada, y precisa ser unguida de validez y de posibilidad de cumplimiento contractual de forma legal, conceptos que son custodiados rigurosamente por los principios constitucionales del respeto a la dignidad humana de las personas, del culto a la libertad, de la prohibición de tratamientos discriminatorios, del respeto máximo a la igualdad entre hombres y mujeres, de la supremacía del mejor interés de niños y adolescentes y de la protección a los vulnerables. Dentro de ese patrón de limitación, no existen dudas de que cada familia, si puede, construir su propio derecho de familia.

Por tanto, cabe destacar la contractualización de las relaciones poliafectivas. Cada uno de estos miembros tiene consentimiento para todo lo que implica la relación, lo que la diferencia de las uniones paralelas que resultan de traición, que, durante mucho tiempo, se denominó concubinato. Se observa que, en una relación poliamorosa, hay total transparencia y consentimiento a la configuración de esta situación, caracterizándose como una relación no monógama desde el principio.

Si tal unión se ve como una identidad relacional en sí misma, exige el reconocimiento del derecho. Los lazos afectivos concomitantes nunca dejaron de existir. Sin embargo, es importante estudiar la necesidad o no de positividad del instituto en análisis. Teniendo en cuenta que estas formas de relación son de hecho, no pueden ser relegadas a los márgenes de la sociedad. Como enseña el

presidente del Instituto Brasileño de Derecho de Familia (IBDFAM), Rodrigo da Cunha Pereira, no podemos condenar esto minoría (solo por ser minoría) a la invisibilidad jurídico-social. No existe ninguna ley que prohíba o que permita tal modalidad de unión humana ³³. La contratación, por tanto, es el camino del reconocimiento legal y social de las uniones poliafectivas.

VII. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- BONAVIDES, Paulo, “Derechos fundamentales, globalización y neoliberalismo”, disponible en <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/14991-14992-1-PB.pdf> (consultado el 30/06/2016).
- CARBONNIER, Jean, “Derecho flexible: para una sociología no rigurosa del derecho”, Tecnos, Madrid, 1974.
- CALMON, Rafael, “Direito das famílias e processo civil”, Saraiva, São Paulo, 2017.
- BRAGA SOARES DE CARVALHO, Dimitre, “A crise do Direito de Família codificado no Brasil”, Curitiba Juruá, 2019.
- GROSSMAN, Joanna L. - FRIEDMAN, Lawrence Meir, “Inside the Castle: Law and the Family in 20th Century America”, Princeton University Press, 2011.
- CAVALCANTE PONTES DE MIRANDA, Francisco, “Tratado de Direito de Família”, Bookseller, Campinas, 2001, vol. II.
- NEGREIROS, Teresa, “Teoria do contrato: novos paradigmas”, Renovar, Río de Janeiro, 2006.
- HASDAY, Jill Elaine, “Family Law Reimagined, Cambridge”, Harvard University Press, Massachusetts, 2014.
- DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo, “Limites do Direito devem garantir autonomia privada sem ceder a moralismo”, disponible en <https://www.conjur.com.br/2015-nov-29/processo-familiar-limites-direito-garantir-autonomia-privada-ceder-moralismo> (consultado el 13/10/2019).
- DUARTE PINHEIRO, Jorge, “O Direito de Família contemporâneo”, Almedina, Lisboa, 2017.
- DUARTE PINHEIRO, Jorge, O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal. Os deveres sexuais conjugais, Lisboa, Almedina, 2004.
- ROJAS BARROS, Rafaela, “Famílias simult”neas e poliafetivas no direito pósmoderno”, disponible en <http://www.clovisbarros.adv.br/publicacoes/ARTIGOFAMILIAS.pdf> (consultado el 01/09/2020).
- SARMENTO, Daniel, “Direitos Fundamentais e relações privadas”, Lumen Juris, Río de Janeiro, 2010.

³³ PEREIRA, Rodrigo da Cunha, “Limites do Direito devem garantir autonomia privada sem ceder a moralismo”, disponible en <https://www.conjur.com.br/2015-nov-29/processo-familiar-limites-direito-garantir-autonomiaprivada-ceder-moralismo> (consultado el 13/10/2017).

CONTRATOS FAMILIARES EN LAS RELACIONES POLIAFECTIVAS:
CADA FAMILIA PUEDE CREAR SU PROPIO DERECHO DE FAMILIA
DIMITRE BRAGA SOARES DE CARVALHO

SILVA, Clóvis do Couto, “A obrigação como proceso”, FGV, Río de Janeiro, 2006.

SWENNEN, Frederik (coord), “Contractualisation of Family Law - Global Perspectives”, Suza, Stranger International Publishing, 2015.

TEPEDINO, Gustavo, “Contratos em Direito de Família”, en DA CUNHA PEREIRA, Rodrigo (org.), “Tratado de Direito de Família”, IBDFAM, Belo Horizonte, 2019.

Recepción: 21/09/2020

Aceptación: 20/11/2020

EL ROL DE LA MADRE EN LA ACCIÓN DE DAÑOS POR LA FALTA DE RECONOCIMIENTO VOLUNTARIO PATERNO

POR LAURA EVANGELINA FILLIA^(*)

Resumen

Este trabajo analiza la legitimación activa y pasiva de la madre en la acción de daños promovida por la falta de reconocimiento voluntario paterno del hijo en común. El derecho afectado por la falta de reconocimiento es el derecho a la identidad del hijo, quien resulta único legitimado para reclamar el resarcimiento del daño no patrimonial. La madre, en tanto damnificada indirecta, solo podrá reclamar el resarcimiento del daño patrimonial en virtud de la limitación que le impone el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Paralelamente, la demora en promover la acción de reclamación de la filiación en representación de su hijo menor, la convertirá en coautora de los daños y perjuicios que experimente este último, ya que por imperio de lo dispuesto por los arts. 583 y 1710, inc. b) del Cód. Civ. y Com. de la Nación, se encuentra obligada a colaborar con la determinación de la paternidad de su hijo y adoptar las medidas razonables y necesarias para evitar la producción o agravamiento del daño ya causado. En un juicio de ponderación adecuado, el derecho a la intimidad de la madre se encuentra por debajo del derecho a la identidad del hijo y, por lo tanto, no puede servir de justificación para incumplir el deber de promover la acción de reclamación en debido tiempo. El art. 583 del nuevo ordenamiento sustantivo se presenta como una herramienta de prevención de daños que, a su vez, favorece la protección de la familia.

Palabras clave

Protección de la familia, prevención de daños, daño no patrimonial, legitimación activa, legitimación pasiva.

^(*) Abogada, graduada con Diploma de Honor en la Universidad de Buenos Aires (2002). Especialista en Derecho de Familia (UBA, 2005) y en Derecho de Daños (UBA, 2019, título en trámite). Secretaria de Primera Instancia de la Justicia Nacional en lo Civil. Profesora de Civil V de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del Proyecto de Investigación UBACYT (2018-2020) “Violencia de Género y Violencia Familiar: Responsabilidad por Daños”, dirigido por Graciela Medina.

THE ROLE OF THE MOTHER IN THE ACTION OF FILIATION

Abstract

This work analyzes the active and passive legitimacy of the mother in the damages' claim, based on the lack of voluntary parental recognition of the common child. The right affected by non-recognition is the right to identity of the child, who is solely entitled to claim non-patrimonial damages. The mother, as indirectly affected, may only seek property damage under the limitation imposed on her by Article 1741 of the Civil and Commercial Code of the Nation. At the same time, the delay in promoting the action of filiation on behalf of its minor child, will make her co-author of the damages suffered by the latter, since by the rule of the provisions of Articles 583 and 1710, inc. b) of the Civil and Commercial Code of the Nation, is obliged to cooperate with the determination of the paternity of his son and to take the reasonable and necessary measures to avoid the production or aggravation of the damage already caused. In an appropriate judgment, the child's right to identity has priority over the mother's right to privacy and therefore cannot serve as a justification for breaching the duty to promote the claim in due course Article 583 of the new Civil and Commercial Code is presented as a damage prevention tool which, in turn, promotes the protection of the family.

Keywords

Family protection, damage prevention, non-equity damage, active legitimacy, passive legitimacy.

I. INTRODUCCIÓN

La familia ocupa un lugar protagónico en la sociedad moderna y, como tal, debe ser destinataria de todas las herramientas que el ordenamiento jurídico provee a los fines de su protección.

Según el art. 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado”.

En efecto, esta protección no solo debe provenir del Estado como administrador de los recursos, sino que también impone a cada miembro del grupo familiar el cumplimiento de todos aquellos deberes que permitan establecer y fortalecer vínculos familiares saludables.

Los niños y adolescentes son sujetos especialmente vulnerables y, como tales, son quienes requieren de mayores medidas de protección no solo del Estado sino, en primer lugar, de sus propios padres encargados de velar por el pleno desarrollo de su integridad personal.

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental. De ahí que la ausencia de reconocimiento público de la paternidad menoscaba el desarrollo pleno y armónico de la personalidad del niño y adolescente.

Es sabido que la falta de reconocimiento voluntario supone una violación al derecho a la identidad personal en su dimensión estática (origen y nombre) y en su dimensión social (por la proyección social del niño). Todo ello, se encuentra agravado por la lesión espiritual provocada al niño que se siente rechazado por su padre.

Nuestro ordenamiento positivo consagra el derecho subjetivo de toda persona al reconocimiento por parte de quien ha sido su progenitor biológico.

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce el derecho del niño a conocer a sus padres, a ser cuidado por ellos y a preservar su identidad ¹⁽¹⁾, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos, consagra el derecho de todo niño a la “protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”². Además, este derecho se encuentra expresamente reconocido por el art. 11 de la ley 26.061 de protección Integral de las niñas, niños y adolescentes, y ha sido receptado por el art. 52 del Cód. Civ. y Com. actualmente vigente, que prevé puntualmente la posibilidad de reclamar la prevención y la reparación de los daños sufridos por parte de la persona lesionada en su identidad.

Sin lugar a duda, el daño provocado por la falta de reconocimiento voluntario es uno de los más significativos que puede sufrir una persona, tanto en su esfera patrimonial como no patrimonial.

Tanto es así que el legislador ha decidido consagrar expresamente que el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable siempre que se encuentren reunidos los presupuestos de la responsabilidad civil ³.

No existen controversias en cuanto a que el principal responsable de estos daños será el progenitor que conociendo o debiendo conocer la existencia del hijo, ha omitido reconocerlo como propio en forma voluntaria.

Sin embargo, cabe preguntarse cuál es el rol que ocupa la madre del niño. No solo porque aquella conducta omisiva del progenitor también puede resultarle lesiva sino porque, además, su propia conducta también puede ser generadora de daños hacia el hijo en común.

¹ El art.7.1 consagra que “el niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. Por su parte, el art. 8.1 reconoce que “los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”.

² Los arts. 17, 18 y 19 consagran que “la ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo”, que “toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos” y que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

³ El art. 587 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, vigente a partir del 01/08/2015 según ley 27.077, establece que “el daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable, reunidos los requisitos previstos en el Capítulo 1 del Título V de Libro Tercero de este Código”.

El propósito de este trabajo es analizar la legitimación activa y pasiva de la madre del niño en la acción de daños promovida por la falta de reconocimiento paterno. Todo ello, teniendo en especial consideración la función preventiva que a partir de la sanción de la ley 26.944 encuentra consagración normativa en los arts. 1708, 1710, 1711, 1712 y 1713 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Para ello, iniciaré este trabajo analizando esta nueva función de la responsabilidad civil y reseñando los distintos antecedentes que sirvieron de base para el reconocimiento de la acción de daños en favor del hijo que no fue voluntariamente reconocido por su progenitor. Luego, continuaré con el desarrollo de los presupuestos de la responsabilidad civil para concentrarme, a partir de allí, en el análisis de la legitimación de la madre para reclamar los daños que hubiere experimentado, así como de la incidencia causal de su propia conducta en el daño sufrido por el hijo.

Como explicaré con más detalle en los párrafos siguientes, la protección de la familia, y en particular la de los niños y adolescentes que la componen, impone el deber de ambos progenitores de velar por el ejercicio pleno de su derecho a la identidad.

II. LA FUNCIÓN PREVENTIVA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

Tal como adelanté, el nuevo ordenamiento sustantivo ha consagrado la función preventiva de la responsabilidad civil, que ya no se limita a reparar los perjuicios sufridos, sino a evitar la causación o agravamiento de un daño en curso o a producirse en el futuro.

Según se sostiene, la función preventiva de la responsabilidad civil se presenta como un complemento idóneo de las tradicionales vías resarcitorias. Es la expresión más acabada del principio *neminem laedere*, que supone primero no dañar a otro y luego, si se lo daña, reparar el perjuicio causado ⁴.

Si bien la consagración normativa de la prevención como función de la responsabilidad surgió a partir de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ahora vigente, lo cierto es que existían diversas normas en nuestro derecho positivo que perseguían una finalidad preventiva desde mucho antes de la sanción del nuevo ordenamiento.

A modo de ejemplo, pueden mencionarse la acción por daño temido (art. 2499, Cód. Civil), las acciones contempladas en algunos microsistemas como el derecho ambiental (vgr. art. 30 de la ley general del Ambiente, 25.675) y el art. 52 de la ley de Defensa del Consumidor que reconoce la acción judicial tendiente a prevenir los daños que pueda sufrir la parte débil de la relación de consumo, cuando sus intereses se encuentren “amenazados”.

⁴ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed., t. I, p. 807.

El art. 1710 establece distintos supuestos alcanzados por el deber de prevención: a) el posible autor del daño, que debe evitar su causación; b) el tercero que no generó el peligro, pero que debe atenuar sus efectos nocivos; c) la propia víctima del daño, que no debe agravar el daño ya causado y experimentado.

En lo que se refiere al tema propuesto para este trabajo, es interesante la solución que ofrece el inc. b) del art. 1710 por el que se establece el deber de “adoptar medidas razonables para evitar que se produzca o para que disminuya un daño”.

En efecto, dicho inciso de la norma no se dirige al autor del daño, sino a un tercero que, sin embargo, tiene a su alcance la posibilidad de evitar su agravamiento y como tal, se encuentra obligado a ello.

Ahora bien, tal como lo destaca la propia norma, dicho deber de prevención está relacionado con las posibilidades concretas del sujeto al que se dirige.

Nadie está constreñido a lo imposible, o a lo que representa un deber o carga desmesurados. La realidad inserta límites a la actuación de las personas, en cuya virtud solo están obligadas a evitar daños si hay concretas posibilidades físicas o intelectuales de hacerlo con alguna eficacia. Por eso, la atribución del deber preventivo de daños que resultarían de un peligro ajeno presupone a su vez la ausencia de riesgos anormales o excesivos con motivo de afrontarlo, sobre todo para la persona propia o de terceros ⁵.

La tutela preventiva o inhibitoria a la que ya se había recurrido en numerosos precedentes, ahora se encuentra incorporada en el texto del nuevo ordenamiento sustantivo y se presenta como una herramienta de gran utilidad, sobre todo, para prevenir la producción de daños que —como los del caso que motiva este trabajo— suelen revestir carácter irreversible.

El objetivo principal de cualquier sistema de reacción contra perjuicios injustos es impedir que ocurran. La prevención es función insoslayable de la responsabilidad por daños ⁶.

En este punto, cabe preguntarse si le es exigible a la madre la promoción de la acción en representación de su hijo menor y cómo influye en este aspecto su derecho a preservar su propia intimidad.

Es que todo enfoque que se realice impactará en mayor o menor medida sobre el principio de reserva que consagra el art. 19 de la CN, rectamente interpretado, pues nadie está obligado a hacer lo que el ordenamiento jurídico integralmente considerado no manda, ni impedido de hacer lo que este no prohíbe ⁷.

Hay quienes consideran que existe un derecho de no actuar frente a situaciones de dañosidad extrañas a la esfera del agente, ligado a la libertad como garantía constitucional, del que solo cabe apartarse cuando una ley disponga lo

⁵ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, La responsabilidad civil en el nuevo Código, Alveroni, Córdoba, 2015, t. I, p. 186.

⁶ *Ibidem*, p. 89.

⁷ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., Tratado... ob. cit., p. 823-824.

contrario, o cuando a la luz de las circunstancias importe un proceder abusivo en los términos del art. 10 del Cód. Civ. y Com., o manifiestamente reñido con la buena fe, el orden público, la moral y las buenas costumbres. En tal caso, el carácter abusivo de esa abstención debe ser ponderado atendiendo a las circunstancias de persona, tiempo y lugar y muy en particular, a las posibilidades materiales y jurídicas de la persona para actuar ⁸.

La postura que se adopte sobre el alcance del deber de prevención en cabeza de la madre determinará su eventual responsabilidad —ahora desde la perspectiva resarcitoria— por el daño sufrido por su hijo o hija menor.

Es que la antijuridicidad por omisión —y la responsabilidad que de ella dimanaría— puede hundir sus raíces en la omisión de deberes de prevención por apartamiento de los parámetros que surgen de lo normado por el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. de la Nación ⁹.

En el sistema actual de responsabilidad civil, se difuminan las diferencias entre omisiones puras y las que inequívocamente provocan el daño por inacción: también las primeras pueden generar una obligación indemnizatoria por el perjuicio que pudo evitarse mediante una acción eficaz y sin riesgos especiales. La responsabilidad se decide por una consecuencia mediata y con carácter concurrente con el autor del peligro no impedido ¹⁰.

En razón de lo anterior, el interrogante vinculado a delinear el deber jurídico que existe en cabeza de la madre encuentra adecuada respuesta en la redacción del art. 583 del Cód. Civ. y Com. actualmente vigente que se presenta como una verdadera herramienta de prevención de daños.

III. LA ADMISIÓN DEL DAÑO POR FALTA DE RECONOCIMIENTO. ANTECEDENTES Y EVOLUCIÓN NORMATIVA

Como todo daño causado al interior de la familia, fue necesario transitar un largo camino hasta el reconocimiento de una acción de esta naturaleza.

Desde una tesis negativa, se sostenía que el reconocimiento de un hijo debía ser voluntario y que, por lo tanto, no podía existir reparación por su omisión.

Además, se decía que la falta de reconocimiento no resulta irreversible y que el derecho debe alentar que dicho reconocimiento se produzca y no, clausurar dicha posibilidad con una indemnización.

Esta tesis negativa apelaba a la especialidad del derecho de familia y sostenía, que el ordenamiento ya contemplaba las consecuencias de esta falta de

⁸ OSSOLA, Federico A., “Responsabilidad civil”, n. 114, b, p. 175, citado por PIZARRO, Ramón D., VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., p. 831.

⁹ PIZARRO, Ramón D. y VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., p. 18.

¹⁰ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, ob. cit., p. 191.

reconocimiento tales como la pérdida del usufructo ¹¹, la indignidad ¹² y la pérdida de la vocación hereditaria si el reconocimiento tenía lugar luego del fallecimiento ¹³. De ahí que se sostuviese que no resultaba procedente incorporar otra consecuencia no prevista por el legislador.

Se sostenía que la especialidad del derecho de familia impide aplicar las normas de la responsabilidad civil para regular las consecuencias de los actos llevados a cabo en el interior del grupo familiar y que admitir la procedencia de este tipo de acciones favorecería la litigiosidad y dificultaría los vínculos familiares.

Estos argumentos fueron, de a poco, abandonados hasta que se conoció un recordado fallo en la materia ¹⁴, por el que se decidió reconocer el resarcimiento del daño sufrido con motivo de esta falta de reconocimiento.

En este *leading case* se entendió que, aunque el reconocimiento fuese voluntario, quien procrea asume el deber de reconocer al hijo o establecer la filiación.

Con fundamento en el derecho constitucional a la identidad consagrado en la Convención de los Derechos del Niño y en el Pacto de San José de Costa Rica ¹⁵, se señaló que existe un derecho subjetivo del hijo al reconocimiento y que, paralelamente, existe un deber jurídico de reconocerlo. De este modo, si se incumple este deber, se configura una conducta antijurídica como presupuesto de la responsabilidad civil.

Se destacó que la falta de reconocimiento voluntario del hijo configura una conducta antijurídica, ya que si fuera lícito no reconocer al hijo no habría acción para establecer la filiación ni sanciones derivadas de dicha omisión.

Sin embargo, se aclaró que las distintas sanciones que contemplaba el ordenamiento jurídico por entonces vigente carecían de una función reparadora del daño sufrido.

Fue así como se admitió la acción indemnizatoria, luego de señalar que la especialidad del derecho de familia no impide su procedencia.

Si bien hay quienes sostienen que se requiere una necesaria compatibilización con la especificidad de los vínculos familiares ¹⁶, se postula que, como parte del derecho privado, las cuestiones de familia no resultan ajenas al régimen de responsabilidad civil que regula el ordenamiento sustantivo.

¹¹ Conf. art. 287 del Código Civil velezano.

¹² Conf. art. 3296 bis del Código Civil velezano.

¹³ Conf. art. 249 del Código Civil velezano.

¹⁴ Fallo de la Juez Civil y Comercial de San Isidro, Doctora Delma Cabrera, del 09/03/1988, ED 128-330.

¹⁵ Actualmente incorporados al bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional Argentina.

¹⁶ Conclusión aprobada por unanimidad en la comisión n° 3 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Bahía Blanca en el año 2015.

En definitiva, como uno de los principios básicos del derecho civil es el de responder por el daño injustamente sufrido, la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil ¹⁷.

En efecto, el derecho de daños debe perfilarse y actuar como un medio idóneo que brinde respuestas adecuadas, a través del resarcimiento justo, a los menoscabos padecidos por la víctima en su esfera familiar, en los diferentes casos atendiendo a las distintas circunstancias, el cual también constituye un fuerte factor disuasivo de este en el futuro. Por este motivo, la admisión del resarcimiento del daño cumple, en estos supuestos, la doble función por cuanto, a la par que posibilita la reparación de los perjuicios sufridos por las víctimas, en un caso determinado, establece y propicia parámetros de conductas sociales que deben ser evitadas por los miembros de la sociedad ¹⁸.

Esto es así, dado que en la actualidad la evolución del Derecho de Familia ha conducido a privilegiar la personalidad y la autonomía del sujeto familiar respecto a la existencia de un grupo organizado en sentido jerárquico: el sujeto familiar es, por sobre todas las cosas, una persona, y no existe ninguna prerrogativa familiar que permita que un miembro de la familia cause daño dolosa o culposamente a otro, y se exima de responder en virtud del vínculo familiar ¹⁹.

Como se adelantó, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación puso fin a toda controversia acerca de la procedencia y admisibilidad de la acción de daños por la falta de reconocimiento.

En efecto, el actual ordenamiento positivo consagra en su art. 587: “[E]l daño causado al hijo por la falta de reconocimiento es reparable...”. Ello, claro está, siempre que se encuentren reunidos los demás presupuestos de la responsabilidad civil.

Como uno de los principios básicos del derecho civil es el de responder por el daño injustamente sufrido, la reparación de los perjuicios en el ámbito de las relaciones de familia se torna ineludible si se dan los requisitos de la responsabilidad civil ²⁰.

¹⁷ MEDINA, Graciela, “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 287; en igual sentido MEDINA, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 26.

¹⁸ FUMAROLA, Luis, “El resarcimiento del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares”, ponencias comisión n° 3 de las XXV Jornadas de Derecho Civil, Bahía Blanca, septiembre de 2015.

¹⁹ FILLIA, Laura, MEDINA, Graciela, “Violencia por impedimento de contacto y responsabilidad por daño”, DFyP, 2019 (julio), 45, AR/DOC/1837/2019.

²⁰ MEDINA, Graciela, “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, ob. cit., en igual sentido MEDINA, Graciela, Daños en el Derecho de Familia, ob. cit., p. 26.

IV. LOS PRESUPUESTOS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN LA ACCIÓN DE DAÑOS DERIVADA DE LA FALTA DE RECONOCIMIENTO PATERNO

Como es sabido, cuatro son los presupuestos de la responsabilidad civil: 1) la antijuridicidad; 2) el factor de atribución; 3) la relación de causalidad; y 4) el daño.

En materia de falta de reconocimiento voluntario de hijo, existe un deber de reconocer al hijo como propio, que encuentra su contracara en el derecho subjetivo del hijo a conocer su identidad.

Según lo prevé el art. 1717 del nuevo ordenamiento sustantivo, cualquier acción u omisión que cause un daño a otro es antijurídica si no está justificada. Claramente, la negativa a reconocer voluntariamente al hijo propio, nunca encontrará causa de justificación. Jamás podrá invocarse que negarse a reconocer al hijo propio constituye el ejercicio regular de un derecho.

De esta manera, la antijuridicidad de esta conducta no solo se verificará de forma atípica —por resultar violatoria al deber jurídico de no dañar que consagra el art. 19 de la CN— sino también, en forma típica o formal ya que nuestro derecho positivo consagra la obligación de reconocimiento de la filiación.

El factor de atribución será entonces subjetivo ²¹, a título de dolo o de culpa. El daño le será atribuido al progenitor cuando por una omisión intencional u obstruccionista del proceso, o por negligencia o falta de colaboración, se obligue al hijo a promover la acción. Se requiere que el progenitor tenga conocimiento acerca de la probabilidad de ese vínculo.

Lo que se debe acreditar, entonces, es que el padre sabía o debía saber la existencia del hijo y, sin embargo, omitió reconocerlo.

Para que prospere la acción se requiere la prueba de que el supuesto padre haya sabido o debido saber de la paternidad que se le atribuye. Dicho de otro modo, no debe prosperar la acción de daños y perjuicios cuando el progenitor ignoraba su paternidad. Su obrar debe ser doloso o, al menos culposo, para que pueda imputársele una conducta antijurídica, a los fines del reclamo de daños y perjuicios ²².

En esta inteligencia, se ha admitido la acción porque no se invocó que se desconocía la existencia del actor y se la rechazó luego de acreditarse que el demandado recién había tomado conocimiento de la posible paternidad a raíz de

²¹ El art. 1721 del Cód. Civ. y Com. establece que de no mediar una norma que consagre un factor objetivo de atribución, será subjetivo.

²² SOLARI, Néstor E., “Procedencia del daño moral en un caso de filiación”, LA LEY 2009-F, 193. Ver también KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, en Derecho de daños, libro homenaje al Dr. Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989, p. 671; BELLUSCIO, Augusto César, “Manual de Derecho de Familia”, Abeledo Perrot, 2011, 8ª ed., t. II, p. 299; MEDINA, Graciela, “Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo”, JA 1998-III-1171.

una misiva enviada poco antes de promoverse la acción y que, una vez requerido, se había sometido voluntariamente a la prueba genética.

En este punto, cabe poner de resalto que si bien por imperio de lo normado por el art. 1734 del Cód. Civ. y Com., la carga de la prueba de los factores de atribución le corresponde a quien alega, es perfectamente válido que se decida la inversión de esta carga probatoria, si se considera que el demandado es quien está en mejores condiciones de acreditarlo.

Actualmente, esta posibilidad encuentra solución normativa en el art. 1735 del mismo cuerpo legal, por el que se faculta al juez a distribuir la carga de la prueba de la culpa a quien se halla en mejor situación de aportarla.

En cuanto al daño, cabe poner de resalto que el bien jurídico vulnerado es la identidad.

Sin embargo, pese a que, por la naturaleza de dicho bien, es más frecuente asociar el daño a la esfera no patrimonial, no debe soslayarse que la lesión de la conducta antijurídica también puede provocar un daño psicológico eminentemente patrimonial, así como la pérdida de chance de haber tenido una mejor formación educativa.

Por último, para que la acción indemnizatoria prospere, será necesario acreditar que los daños que se invoquen y cuya reparación se pretenda, guardan adecuada relación causal con la conducta omisiva del progenitor.

V. LEGITIMACIÓN ACTIVA EN LA ACCIÓN RESARCITORIA. LÍMITES A LA ACCIÓN PROMOVIDA POR LA MADRE

Lógicamente, el principal legitimado para reclamar el resarcimiento de los daños sufridos por la falta de reconocimiento, será el hijo, independientemente de su edad.

El hijo es el damnificado directo y podrá reclamar el resarcimiento los daños sufridos, tanto en la esfera patrimonial como no patrimonial.

Como regla, en lo que se refiere a la legitimación para reclamar el daño extrapatrimonial o moral, tanto el actual ordenamiento como el derogado, la limitaron al damnificado directo.

Solo si el hijo muere, los herederos —damnificados indirectos— podrán continuar la acción ya iniciada, pero no podrán iniciarla ya que, por tratarse de un daño inherente a la persona, el derecho a promover esa acción no se transmite a los herederos ²³.

Ahora bien, la doctrina también se ha preguntado, si la madre podría solicitar por su propio derecho, el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de esta falta de reconocimiento del hijo en común.

²³ Art. 1741, 2do párrafo del Código Civil y Comercial y art. 1099 del Código Civil derogado.

En cuanto al daño patrimonial, se le reconoce la posibilidad de reclamar el reembolso de los gastos incurridos durante el embarazo y la crianza.

En efecto, no cabe duda alguna de que la madre se encuentra legitimada para reclamar los daños materiales que se devengaron como consecuencia de la ausencia de reconocimiento filial, pues en este supuesto la legitimación se encuentra expedita ²⁴.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina le ha negado legitimación a la madre para reclamar por derecho propio el daño no patrimonial. Para ello, se sostuvo que la madre no es la damnificada directa y que, por lo tanto, por imperio del entonces vigente art. 1078 del Cód. Civil —replicado, en este punto, en el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación— dicha acción no resulta procedente ²⁵.

Según explican Pizarro Y Vallespinos, en el derecho comparado, prevalece la solución favorable a dicha reparación ²⁶. Sin embargo, no ocurre lo mismo en nuestro derecho, donde se sostiene que al ser la madre una damnificada indirecta del hecho ilícito y por imperio de lo normado por el art. 1741 del Cód. Civ. y Com., carece de legitimación para reclamar, al menos, el daño extrapatrimonial.

En un viejo precedente de la Cámara Civil, la Dra. Polak —en minoría— consideró que la falta de reconocimiento también provoca angustias en la madre al haber transitado sola el embarazo y la crianza por lo que decidió acordarle dicha partida indemnizatoria ²⁷.

En esta misma línea se encuentra Ferrer ²⁸. Medina, por su parte, señala que la madre no se encuentra legitimada para reclamar el daño moral que la falta de reconocimiento paterno le ocasiona, aunque destaca que frente a la conducta omisiva del progenitor surgen dos tipos de conductas antijurídicas: por un lado, el incumplimiento de su deber de reconocer el hijo, lo que lo legitima a este para reclamar por el daño causado por la violación a su derecho a la identidad personal. Por el otro, el incumplimiento de los deberes de asistencia para con el hijo lo que provoca un daño moral importante a la madre —como damnificada directa— por el sufrimiento que le ocasionó afrontar sola lo que debió ser compartido ²⁹.

²⁴ SAGARNA, Fernando, “Legitimación activa de la madre por daños derivados de la falta de reconocimiento filial”, RDF, 65, 243, AR/DOC/5182/2014.

²⁵ ARIANNA, Carlos y LEVY Lea, “Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento” en GHERSI, Carlos A. (coord.), Derecho de daños, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 449; MÉNDEZ COSTA, M. Josefa, “Visión jurisprudencial de la filiación”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 172.

²⁶ Art. 340-5 del Código Civil Francés, arts. 317 y 318 del Código Civil Suizo, art. 414 del Código Peruano, arts. 210 y 211 del Código Boliviano, reseñados por PIZARRO, Ramón D., y VALLESPINOS, Carlos G., ob. cit., t. III, p. 510.

²⁷ CNCiv., sala L, LL 1995-C-404.

²⁸ FERRER, Francisco, “Daños en las relaciones familiares”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed. revisada, p. 237.

²⁹ MEDINA, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, ob. cit., p. 139.

Más recientemente, la Sala K de la Cámara Civil, con voto de la Dra. Hernández, volvió a analizar esta cuestión para concluir que “no cabe duda de que la situación de falta de reconocimiento voluntario de su hijo le produjo a la madre innegables padecimientos espirituales que tuvo que vivir ante el nacimiento, no solo con la indiferencia del padre sino con su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en su entorno social. Todo ello y la humillación padecida por la mujer indican que ha sufrido un daño propio que debe ser resarcido”³⁰.

Si bien el art. 1078 del Código Civil —por entonces vigente— solo reconocía legitimación para reclamar el daño moral al damnificado directo, la vocal preopinante consideró que aun cuando no se le reconozca legitimación a la madre por considerarla damnificada indirecta, no debe negarse el dolor que pudo haber sufrido por tener que afrontar sola el nacimiento del niño y por la negativa del demandado en asumir sus obligaciones. Señaló que la madre y el niño pueden ser damnificados directos de distintos agravios por parte del progenitor y propuso adoptar un criterio amplio que admita el daño moral de damnificados no contemplados por la redacción del art. 1078, por daño propio, en virtud de lo dispuesto por los arts. 1068 y 1079 del Cód. Civil, basándose en el derecho a una reparación integral de quien ha sufrido un daño.

Se concluyó en dicha ocasión: “[L]a interpretación literal del art. 1078 del Cód. Civil resulta inequitativa y al margen de los preceptos constitucionales de protección de la familia, reparación integral del daño y razonabilidad, así como también de los principios generales del derecho, de la equidad, de la buena fe y la solidaridad”. Y, con cita de Pizarro ³¹, señaló: “[L]a existencia de un daño cierto y la relación causal adecuada son suficientes para poner límites al desmadre que se quiere evitar desconociendo legitimación activa en casos como el presente y que merece ser contemplado”.

Siguiendo esta misma línea, en otro precedente reciente de la Cámara Civil ³² se consideró —por mayoría— que la “madre de un menor de edad se encuentra legitimada para reclamar el pago de una indemnización en concepto de daño moral por la falta de reconocimiento de la filiación extramatrimonial de este, pues aquella resulta ser damnificada directa a raíz de la lesión de sus intereses espirituales generados no solo por la indiferencia del padre del menor sino por su rechazo expreso, lo que seguramente produjo repercusiones negativas en el entorno familiar y social”.

Resulta interesante destacar que en el fallo se consideró que la madre resultaba damnificada directa “por haber asumido sola, responsabilidades morales que la ley y la naturaleza imponen compartir, circunstancias que han generado

³⁰ CNCiv., sala K, 14/06/2013 “O. E., M. y otro c. P., A. O.” DFyP 2013 (diciembre), 227, con nota de Carlos A. Ghersi; RCyS2014-I, 65, Cita online: AR/JUR/61522/2013.

³¹ PIZARRO, Ramón, D., Daño moral, Buenos Aires, Hammurabi, 2004, p. 213, nota 12.

³² CNCiv, sala L, “C. R. E. y otro c. C. F. A. s/ filiación”, 26/10/2016, AR/JUR/78772/2016.

un exceso de tareas, tensiones, angustia, dolor y afectación en su honor y que configuran el deber de resarcirla”. En efecto, se la calificó “como víctima directa, necesaria e inmediata del perjuicio producido por su conducta”.

Aun cuando no desconozco la finalidad tuitiva que persigue esta interpretación, entiendo que no debe perderse de vista que la conducta antijurídica que sirve de base a la acción indemnizatoria es la falta de reconocimiento paterno.

Esta falta de reconocimiento resulta antijurídica, precisamente, porque lesiona el derecho a la identidad del hijo. La víctima de la conducta lesiva es el hijo y no la madre, y por ello, no existen controversias acerca de que la madre no resulta una damnificada directa de dicha conducta.

Al ser ello así, entiendo que la solución que ofrece el ordenamiento sustantivo es la que debe adoptarse para dirimir la cuestión y que, por lo tanto, la madre no tiene legitimación para reclamar el daño moral que pretenda invocar a causa de esta falta de reconocimiento.

Para arribar a una solución diferente, el único camino válido —a mi juicio— es la declaración de inconstitucionalidad de dicha norma, lo que —como es sabido— exige la seria afectación de un derecho constitucionalmente consagrado.

Podría sostenerse que lo que se afecta en el caso es el derecho a la reparación integral que se deriva de lo normado por el art. 19 de la Constitución Nacional. Sin embargo, no está de más recordar que nuestro más Alto Tribunal, ha resuelto que “el art. 1078 del Código Civil no importa una restricción inconstitucional al principio de reparación integral establecido por el art. 19 de la Constitución Nacional ya que la decisión del legislador de acotar la legitimación para reclamar el daño moral obedece a criterios objetivos y razonables y procura la realización de un fin legítimo vinculado con la previsibilidad de los riesgos y cobertura de los daños de los hechos ilícitos”³³.

En el mismo precedente se sostuvo que “de conformidad con el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, el ordenamiento vigente mantiene la regla según la cual solo el damnificado directo se encuentra legitimado para reclamar la indemnización de las consecuencias no patrimoniales del hecho ilícito, ya que la legitimación activa ha sido ampliada en el nuevo código, pero únicamente para los casos de muerte o de gran discapacidad de la víctima”.

En este punto, coincido con quienes consideran que las excepciones formuladas por la jurisprudencia en cuanto al marco resarcitorio del art. 1078 han tenido en cuenta circunstancias de extrema gravedad, en las que desconocer los padecimientos sufridos resulta irrazonable, no ocurriendo lo mismo con el dolor de la madre frente a la omisión voluntaria del reconocimiento ³⁴.

³³ CS, “Lima, Maira Joana y otros c/ Agon, Alfredo; Sastre, María Patricia y otros s/ daños y perjuicios”, 05/09/2017, Fallos: 340:1185, Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite.

³⁴ FAMÁ, María Victoria, “La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 693.

Es que tener un hijo en común no establece obligaciones para con el otro progenitor sino para con el hijo. Por tratarse de obligaciones que deben ser asumidas por ambos progenitores, puede ocurrir que quien las haya afrontado en forma unilateral, reclame los daños que dicha conducta omisiva haya provocado en su patrimonio.

Pero dicha omisión no podrá justificar un reclamo indemnizatorio de un daño no patrimonial.

De este modo, no advierto que la limitación que impone el art. 1741 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —al menos en este caso— resulte lesiva al punto de declarar su inconstitucionalidad.

No debe perderse de vista que los motivos utilizados por la jurisprudencia para considerar a la madre como damnificada directa de la omisión del progenitor, han puesto el foco en la reprobación social experimentada por la madre al encarar sola la maternidad, a la afectación a su honor y al dolor o la angustia por haber asumido sola la crianza del hijo en común. Entiendo que estos argumentos no resultan adecuados en la actualidad, máxime si se tiene en cuenta que la familia monoparental es una realidad, muchas veces elegida.

Si bien no desconozco el dolor y la angustia que experimenta una madre por el sufrimiento de su hijo ante el abandono y el rechazo que le provoca la falta de reconocimiento paterno, no advierto que ello la convierta en damnificada directa con legitimación suficiente para reclamar el resarcimiento del daño no patrimonial.

VI. PRUEBA Y CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO MORAL. INCIDENCIA CAUSAL DE LA CONDUCTA DE LA MADRE

Aclarado entonces que el único legitimado para reclamar el daño moral será el hijo o la hija que no obtuvieron el reconocimiento voluntario paterno, corresponde recordar que en este tipo de acciones resarcitorias, el daño moral cabe presumirlo de las consecuencias de la falta de reconocimiento espontáneo de la paternidad, pues con ello se ataca el derecho a la identidad, desconociendo el estado de familia, lo que resulta ser lesión o agravio a un interés extrapatrimonial al impedirse el emplazamiento respecto del progenitor que omitió su reconocimiento. Se trata de un derecho que hace a la existencia de la persona, cuya lesión priva al hijo de ejercer los derechos derivados de su estado de familia, de su apellido y de ser conocido socialmente como tal ³⁵.

No se exige la prueba directa para tener por configurado el daño moral ya que por tratarse de un perjuicio que se sufre *in re ipsa* directamente de la propia conducta, se lo tiene por acreditado *iuris tantum*.

Bajo este ítem se han de considerar también la pérdida de la posibilidad de haber recibido apoyo, guía y cariño de su padre y otras falencias que pueden

³⁵ CNCiv., sala K, “M., C. D. c/ M., E. s/ Filiación”, 7/12/2011.

hacer a la vida afectiva de la demandante, que pueden ser entendidas como pérdida de chance afectiva. Al respecto se ha entendido que la pérdida de chances espirituales se inserta dentro de los daños morales, aunque el perjuicio es menos grave, pues solo se ha perdido una oportunidad y no un beneficio existencial concreto: este no era alcanzable como tal, sino que se verificaba como una aspiración de conseguirlo de haber proseguido un curso fáctico expectable y verosímil que el suceso lesivo interrumpió ³⁶.

La cuantificación de este rubro indemnizatorio dependerá de las particularidades de cada caso.

En general, se entiende que cuanto mayor sea la edad del hijo o la hija, mayor será el daño no patrimonial.

En efecto, se considera que habitualmente el daño moral es mayor cuando más tiempo ha transcurrido desde que el progenitor tomara conocimiento del nacimiento del hijo y se resiste a reconocerlo, pues cuando el reconocimiento se ha producido en los primeros años de vida, todavía no se repara en ciertos aspectos que son precisamente aquellos que causan el daño en una persona mayor. A mayor edad, mayor será el daño extrapatrimonial causado por la falta de emplazamiento familiar en el estado de hijo, porque más tiempo ha sufrido el hecho de no haber sido reconocido por su padre, que se acentúa cuando comienza su vida estudiantil y social ³⁷.

También tendrá injerencia en la cuantificación la actitud obstruccionista y maliciosa del progenitor durante el proceso de filiación si, por ejemplo, se negó a realizarse la prueba biológica o si recurrió a distintos artilugios procesales que redundaron en una demora injustificada del procedimiento.

En lo que interesa al tema propuesto para este trabajo, cabe preguntarse cuál será la incidencia causal que la conducta de la madre tendrá en la cuantificación del daño moral reclamado contra el progenitor que no ha reconocido voluntariamente a su hijo o a su hija.

Me refiero a aquellos supuestos en los que la madre haya demorado el inicio de la acción de emplazamiento en representación de su hijo menor, o que directamente, no la haya iniciado.

Para un sector, que la madre no haya reclamado la filiación no puede implicar un beneficio para el padre con una merma en el monto indemnizatorio que debe abonar al hijo. Se destaca que lo que provoca al daño es la falta de reconocimiento del progenitor y que, por ello, la conducta de la madre resulta indiferente.

Además, se sostiene que la acción es imprescriptible para el hijo y que, entonces, la falta de promoción de la acción por parte de la madre no genera daños.

³⁶ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., "Chances afectivas" en Revista de Derecho de Daños. Chances, 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, p. 143.

³⁷ FERRER, Francisco, ob. cit., p. 242.

En efecto, se ha resuelto que la demora en el accionar del representante legal no puede configurar un atenuante de responsabilidad ³⁸ y en la misma línea, se dijo que “la demora de la madre en promover la demanda de filiación no autoriza a ver en ella un factor con incidencia causal en el daño moral de su hija”³⁹.

Según se sostiene, la inacción de la madre a instar la acción de determinación de la paternidad no puede provocar su responsabilidad, porque, si bien es cierto que se compulsan o enfrentan dos derechos, el derecho a la intimidad de la madre versus el derecho a la identidad del hijo, aquella pudo haber tenido razones suficientes para no instar una acción, sea por desconocimiento de quién pudo haber sido el padre o por circunstancias íntimas que produjeron esa pasividad. ⁴⁰.

Para otros, entre quienes me incluyo, la madre también es responsable del daño sufrido por el hijo.

En efecto, la madre puede obstruir o entorpecer el emplazamiento filial paterno y, por ello, será responsable por demorar la iniciación de la acción en representación de su hijo menor.

En algunos precedentes se valoró la conducta de la madre cuando ocultó injustificadamente el embarazo o cuando propició el reconocimiento por parte de quien no era el padre biológico.

Según se resolvió, a los efectos de determinar la indemnización por daño moral en la acción de filiación extramatrimonial, corresponde evaluar el comportamiento de las partes, especialmente el materno, si se dirigió a acelerar y alentar el vínculo paternofilial, pues la ponderación de tal conducta incide en el “quantum” de la reparación ⁴¹.

En la misma tesitura se dijo que a los efectos de establecer la cuantía del daño moral padecido no solo cabe tener en cuenta la omisión de reconocimiento espontáneo por parte del padre, sino también la demora de la madre en el inicio del proceso. “Es que la progenitora, en su condición de representante necesaria, tiene el deber de instar oportunamente la acción de filiación. En consecuencia, cuando recién después de muchos años se inicia el reclamo filiatorio —como en el caso—, mediante la indemnización queda cubierta la responsabilidad del

³⁸ CNCiv., sala H, “C., F. J. c/ L., S. S. y otros s/ Filiación” (Expediente No. 10.970/2012), 13/12/2107, sumario n°26417 de la Base de Datos de la Secretaría de Documentación y Jurisprudencia de la Cámara Civil.

³⁹ CNCiv., sala I, “V., A.M.E. y otro c/ S., R.O. s/ daño moral”, 05/06/2012, sumario N°22010 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

⁴⁰ SAGARNA, Fernando “Legitimación activa de la madre por daños derivados de la falta de reconocimiento filial”, RDF 65, 243, AR/DOC/5182/2014.

⁴¹ CNCiv., sala F, “J., M. c/ M., C.H. s/ filiación”, 27/08/2014, sumario n° 23781 de la Base de Jurisprudencia de la Cámara Civil.

padre, aunque no se repara totalmente el perjuicio, pues para su reparación integral debería estar demandada también la corresponsable, es decir la madre”⁴².

Más recientemente se resolvió que a los fines de cuantificar la pretensión resarcitoria debía tenerse en consideración que “la progenitora, en su condición de representante necesaria de la niña, también podría haber optado por instar oportunamente la acción de filiación lo cual coadyuvó a que el daño se haya agravado”⁴³.

A los fines de dilucidar esta cuestión, son importantes dos modificaciones que incorporó el nuevo ordenamiento sustantivo a partir de la reforma de la ley 26.994.

Por un lado, la consagración normativa de la función preventiva de la responsabilidad civil a la que ya me referí y por el otro, al modo como ha sido redactada la solución que antes contemplaba el art. 255 del Cód. Civil derogado y, por el otro,

Durante la vigencia del Código Civil derogado, se establecía en el art 255 que “en todos los casos en que un menor aparezca inscripto como hijo de padre desconocido, el Registro Civil efectuará la comunicación al Ministerio Público de Menores, quien deberá procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. En su defecto podrá promover la acción judicial correspondiente si media conformidad expresa de la madre para hacerlo”.

Si bien la norma reconocía el deber de procurar la determinación de la paternidad, condicionaba la promoción de la acción judicial a la expresa conformidad de la progenitora.

Se sostenía en defensa de esta solución normativa que se trataba de una opción para la madre en el marco del ejercicio de su derecho a la intimidad.

Sin embargo, un importante sector cuestionó dicho precepto señalando que, en el juicio de ponderación entre el derecho a la intimidad de la madre y el derecho a la identidad del hijo, era este último el que debía prevalecer ⁴⁴.

Es que el derecho a resguardar su intimidad, al no revelar con quien ha mantenido relaciones sexuales, que se encuentra amparado por el art. 19 de la CN, se mantiene incólume en tanto esas acciones privadas no perjudiquen a un tercero. La intimidad de la madre ha trascendido en el hijo; es decir, se ha hecho pública con el nacimiento. Su omisión constituye una conducta antijurídica, existe un proceder deliberado, media un perjuicio, hay relación de causalidad

⁴² CNCiv., sala B, “D.H., N.D. c/ D.R., E.L. s/ Filiación”, 22/03/2011, sumario n° 21262 de la Base de Jurisprudencia de la Cámara Civil. Fallo completo publicado en: Gaceta de Paz del 21/9/2011.

⁴³ CNCiv., sala B, “U., L. c. M., G. J. s/ filiación”, 07/06/2019, AR/JUR/18024/2019.

⁴⁴ GROSMAN, Cecilia P., ARIANNA, Carlos A., “Hacia una mayor efectividad del art. 255 del Código Civil”, JA, 1992-II-692.; FAMÁ, María Victoria, ob. cit., p. 433.

entre el proceder y el daño y no existen eximentes de responsabilidad que puedan exculpar su comportamiento ⁴⁵.

En la actualidad, el art. 583 del Código Civil y Comercial de la Nación señala: “[E]n todos los casos en que un niño o una niña aparezca inscripto solo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero (...) se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa (...)”.

Los términos imperativos en los que se encuentra redactada la norma, evidencian que ya no es una opción para la madre invocar su derecho a la intimidad para no colaborar con la determinación de la paternidad de su hijo recién nacido.

Es que, si bien el hecho de engendramiento es un acto propio de la intimidad familiar y una conducta autorreferente, el derecho a la identidad de un hijo o hija en saber quién es su padre integra un derecho que solo pertenece a aquel o aquella. Ese dato que la madre pretende mantener en su fuero íntimo no pertenece a la progenitora ⁴⁶.

Así como el art. 583 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, impone el deber de la madre de denunciar los datos identificatorios del padre de su hijo para permitirle al Ministerio Público promover la acción de emplazamiento en representación de aquel, no caben dudas —a mi juicio— sobre la antijuridicidad de la conducta de la madre que no promueve a tiempo dicha acción.

La madre que no reclama el reconocimiento paterno en representación de su hijo incumple el deber jurídico de tutelar el derecho de identidad de su hijo o de su hija y como tal debe responder por el daño que cause dicha conducta.

Y si bien el principal responsable por la falta de reconocimiento voluntario será el progenitor, no puede desconocerse la incidencia causal de la conducta de la madre que, con su omisión, favorece el agravamiento o la consolidación del daño sufrido por el hijo en común.

Si como lo señalé anteriormente, cuanto mayor edad tenga el hijo o hija, mayor será el daño; lógico es concluir que parte del daño sufrido —aunque menor— debe ser atribuido a la conducta omisiva de la madre.

En vigencia del actual ordenamiento sustantivo, la madre tiene el deber jurídico insoslayable impuesto por el art. 1710 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, de evitar causar un daño no justificado, y adoptar de buena fe y conforme a las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño del cual un tercero sería responsable, o disminuir su magnitud (inc. a y b). La

⁴⁵ AZPIRI, Jorge O., “Juicios de filiación y patria potestad”, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, Buenos Aires, 2ª ed., ps. 302/303.

⁴⁶ FORTUNA, Sebastián, “El deber de colaboración de la madre en la determinación de la filiación extramatrimonial y la responsabilidad civil derivada de su incumplimiento”, SJA, 01/04/2015, 23; JA 2015-II, 543, AR/DOC/4754/2015.

demora materna en iniciar la acción de filiación configura una suerte de concausa omisiva que contribuye a la producción del daño ocasionado por la falta de reconocimiento paterno ⁴⁷.

Esto no debe ser entendido como la reducción de la indemnización en perjuicio del hijo. De lo que se trata es de atribuir a cada progenitor la proporción del daño que efectivamente ha causado con su conducta.

Por ello, procederá que el juez fije un monto resarcitorio que se limite a cuantificar la concurrencia del padre en la producción del daño, debiendo para ello ser considerada la responsabilidad materna para disminuir el monto de la condena del padre demandado ⁴⁸.

VII. A MODO DE CONCLUSIÓN

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental y ambos progenitores se encuentran compelidos a velar por él.

Así como el ordenamiento sustantivo contempla el deber de reconocer al hijo como propio, también impone el deber de colaborar en la determinación de la paternidad para el caso en que el niño solo cuente con filiación materna.

El art. 583 del Cód. Civ. y Com. de la Nación es una herramienta de prevención de daños impuesta tanto a la madre del recién nacido como al propio Estado quienes, en concordancia a lo que prevé el art. 1710, inc. b), se encuentran obligados a adoptar las medidas razonables para evitar que se produzca un daño a quien recién ha nacido o disminuir la magnitud de aquel que ya se ha iniciado.

La madre de quien no fue reconocido voluntariamente por su progenitor no resulta damnificada directa y, por lo tanto, carece de legitimación para reclamar el daño no patrimonial que invoque haber sufrido.

Paralelamente, si incumple el deber de colaborar en la determinación de la paternidad, promueve tardíamente la acción de reclamación del reconocimiento en representación de su hijo o hija menor o, directamente, no la inicia, será posible de responder por los daños y perjuicios que su conducta omisiva —aunque en menor medida— haya servido de concausa al daño sufrido por el hijo en común.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ARIANNA, Carlos y LEVY, Lea, “Daño moral y patrimonial derivado de la falta de reconocimiento” en GHERSI, Carlos (coord.) *Derecho de Daños*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1999.

⁴⁷ FERRER, Francisco, ob. cit., p. 249.

⁴⁸ ARIANNA, Carlos, LEVY, ob. cit., p. 443.

- AZPIRI, Jorge O., “Juicios de filiación y patria potestad”, Hammurabi, Buenos Aires, 2006, 2ª ed. BELLUSCIO, Augusto C., “Manual de Derecho de Familia”, Abeledo Perrot, 2011, 8ª ed., t. II.
- FAMÁ, María Victoria, “La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009.
- “La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, 2ª ed. ampliada y actualizada.
- FERRER, Francisco, “Daños en las relaciones familiares”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed. revisada.
- FILLIA, Laura y MEDINA, Graciela, “Violencia por impedimento de contacto y responsabilidad por daño”, DFyP 2019 (julio), 45, AR/DOC/1837/2019.
- FORTUNA, Sebastián, “El deber de colaboración de la madre en la determinación de la filiación extramatrimonial y la responsabilidad civil derivada de su incumplimiento”, SJA 01/04/2015, 23; JA 2015-II-543, AR/DOC/4754/2015.
- GROSMAN, Cecilia P. y ARIANNA, Carlos A., “Hacia una mayor efectividad del art. 255 del Código Civil”, JA, 1992-II-692.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Responsabilidad civil por falta de reconocimiento de la paternidad extramatrimonial”, en *Derecho de daños*, libro homenaje al Dr. Mosset Iturraspe, La Rocca, Buenos Aires, 1989.
- MEDINA, Graciela, “Responsabilidad civil por la falta o nulidad del reconocimiento del hijo”, JA, 1998-III-1171. MEDINA, Graciela, “Daños en el Derecho de Familia”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002.
- “Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 287
- MÉNDEZ COSTA, M. Josefa, “Visión jurisprudencial de la filiación”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997. PIZARRO, Ramón, D., “Daño moral”, Hammurabi, Buenos Aires, 2004.
- PIZARRO, Ramón, VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed.
- SAGARNA, Fernando “Legitimación activa de la madre por daños derivados de la falta de reconocimiento filial”, RDF 65,243, AR/DOC/5182/2014.
- SOLARI, Néstor E., “Procedencia del daño moral en un caso de filiación”, LA LEY 2009-F, 193.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde y GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo M., “Chances afectivas”, *Revista de Derecho de Daños. Chances*, 2008-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008.
- ZAVALA DE GONZÁLEZ Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Alveroni, Córdoba, 2015.

Recepción: 21/9/2020

Aceptación: 20/11/2020

SOCIOAFECTIVIDAD Y DERECHO DE FAMILIA

POR GRACIELA MEDINA^(*)

Resumen

El artículo tiene como objeto determinar la función del Estado frente a las relaciones sociales que tienen como base el afecto, a fin de precisar si deben estar reguladas por la autonomía de la voluntad o si, por el contrario, corresponde legislar sobre ellas dándoles un régimen independiente o incorporándolas a instituciones ya creadas que no fueron dictadas para acogerlas.

El trabajo estudia el tema de las relaciones poliamorosas o poligámicas, la pluriparentalidad, la cuestión de los amantes y las relaciones de polifidelidad desde una perspectiva legal, doctrinal y jurisprudencial.

Palabras clave

Poliafectividad, poligamia, pluriparentalidad, filiación biológica, uniones convivenciales, familias extramatrimoniales, derecho de sucesión y uniones convivenciales.

SOCIO-AFFECTIVITY AND FAMILY LAW

Abstract

The article aims to determine the role of the state in social affectivity relations, in order to specify whether they should be regulated by the autonomy of the will or if, on the contrary, the State should legislate on them by giving it a regime independent or incorporating them into institutions already created.

The work studies the issue of polyamorous or polygamous relationships, multi-parenthood from a Legal, Doctrinal and Jurisprudential Perspective.

^(*) Profesora titular de Derecho de Familia y Sucesiones y presidente de la Asociación Argentina de Derecho Comparado.

Keywords

Polyamorous, polygamy, relationships, multi-parenthood, biological filiation, facto unions, non —marital families, socio-affective criteria, heritage and facto unions.

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

El afecto se presenta en la sociedad como constitutivo de diversas relaciones de enorme importancia para el individuo. Así, no existe duda de que entre los amigos concurre una dosis importante de afecto, como también este se halla entre los novios, entre los amantes clandestinos, entre los convivientes, entre los miembros de un trío amoroso, entre ahijados y padrinos, entre guardador de hecho y niño cobijado y, normalmente, entre padres e hijos afines que conviven.

Por supuesto que no son los mismos vínculos los que se forman entre amantes extramatrimoniales que los que reinan entre novios o convivientes, como tampoco son idénticos los que existen entre allegados que los que se generan entre padres por afinidad e hijos afines, pero todas estas relaciones tienen como elemento común el afecto en la formación de las relaciones sociales y la falta de reconocimiento o el reconocimiento limitado de estas relaciones afectivas por el derecho en orden a su regulación.

El objeto de este trabajo es tratar de precisar cómo el afecto influye en la regulación del derecho de familia actual, para lo cual trataremos de determinar qué se entiende por socioafectividad, precisar y clasificar algunas de las relaciones afectivas no reguladas por el derecho de familia que se presentan en la actualidad, indicar qué problemas presentan al derecho las relaciones afectivas no reguladas y las reguladas en forma excepcional o limitada y estudiar si deben ampliarse los efectos patrimoniales de las relaciones afectivas que el ordenamiento jurídico reconoce, yo si tienen que ser reguladas las formas socioafectivas que se presentan en la sociedad y que el sistema jurídico no contempla.

La esencia de la cuestión planteada se centra en dilucidar la función del Estado frente a las relaciones sociales que tienen como base el afecto, a fin de precisar si deben dejarlas libradas a la autonomía de la voluntad o si, por el contrario, tiene el Estado que regularlas, ya sea creándoles un estatuto autónomo o incluyéndolas en viejas estructuras no pensadas para acogerlas.

En definitiva, de lo que se trata es de “determinar cuándo o cómo esos complejos capítulos del querer y del sentir adquieren una entidad tal que permite imputarle consecuencias jurídicas. Una amistad, una relación de noviazgo, una convivencia prolongada o la crianza a otro con carácter de hijo; son todos escenarios del afecto. ¿Todos estos son susceptibles de quedar captados por la juridicidad?”¹.

¹ BELLINO SAN MARTIN, Lucas, “De qué hablamos cuando hablamos de socioafectividad”, en su intervención brindada el 27/11/2020 — III Jornadas Platenses de Derecho Sucesorio

Así, por ejemplo, cabe preguntarse si las relaciones poliamorosas o poligámicas deben ser reguladas por el Estado y, en su caso, si deben dárseles iguales efectos que al matrimonio o a la unión convivencial.

O si a los hijos por afinidad deben otorgárseles iguales efectos que a los hijos matrimoniales o por adopción, en orden a la sucesión.

Sin perjuicio de que el tema merece precisiones, creemos necesario partir de la premisa de que no pueden utilizarse viejos moldes para encasillar nuevas formas, y de que no es posible igualar lo diferente, en orden a las consecuencias, sin desequilibrar la armonía jurídica.

Comenzaremos nuestro estudio partiendo de determinar qué se entiende por socioafectividad, para luego clasificar las diferentes relaciones socioafectivas y ver su reconocimiento legal y jurisprudencial.

II. SOCIOAFECTIVIDAD. CONCEPTO

Consideramos que la socioafectividad es un término formado por la unión de dos palabras —social y afectivo—, que hace referencia a las relaciones sociales que surgen del afecto de dos o más personas.

Belloti afirma que, cuando se habla de socioafectividad, en rigor, hablamos de relaciones basadas en el afecto entre personas que guardan entre sí una vinculación estrecha y semejante a otra específicamente regulada, y cuyos efectos jurídicos se desean ².

Por nuestra parte, ponemos de relevancia que dentro de las relaciones socioafectivas tenemos las poliamorosas. El término “poliamor” es una combinación del griego “*polus*”, que significa “varios”, y del latín “amor”, que significa “amor”; y es usado en algunos eventos de manera alterna con el término “polifidelidad”, que, en lugar de amor, toma prestado del latín la palabra “fidelitas”, que significa “lealtad” o “fidelidad”. Como estos términos lo sugieren, las personas poliamorosas están o prefieren estar involucradas en más de una relación íntima a la vez, en relaciones amorosas estables y a largo plazo de dos o más personas.

También tenemos las relaciones de “pluriparentalidad”, en las que las funciones parentales son cumplidas o buscan ser desempeñadas por más de dos personas, es decir, por un grupo no binario de personas, más amplio que el de padre y madre.

Los ejemplos antes expuestos nos dan cuenta de lo amplio que es el tema de la socioafectividad. Para una mejor comprensión de él, nos parece que debemos comenzar por la faz positiva o legislativa de la cuestión.

“Reconocimiento jurídico de las relaciones socioafectivas en el derecho sucesorio: ¿Protección de la familia o de la autonomía personal?”.

² *Ibidem*.

III. LAS RELACIONES SOCIOAFECTIVAS EN LA LEGISLACIÓN POSITIVA

En el ámbito del derecho de familia, en el siglo pasado no era común hablar del afecto, no obstante que este sentimiento es lo que nutre y sostiene las relaciones familiares. En este sentido, señala Kemelmajer de Carlucci: “el afecto, a diferencia del dato genético, rara vez aparece mencionado en las normas jurídicas referidas a la familia (...) No obstante, los operadores del derecho han empezado a pensar que, en numerosas ocasiones, las relaciones familiares deberían moverse más en el ámbito de la afectividad que en el de los lazos biológicos o genéticos...”³.

Lo cierto es que, en la extensa normativa del derecho de familia, el término socioafectividad no ha sido utilizado por el legislador, aunque su concepto se ve tímidamente receptado en el art. 7° del dec. 415/2016 reglamentario de la ley nacional 26.061, en cuanto establece que “podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección”⁴.

Y, dentro del Código Civil y Comercial del 2015, las relaciones socioafectivas, en tanto relaciones sociales basadas en el afecto, se vislumbran modestamente en algunas disposiciones, ya sea para otorgarles algunos efectos jurídicos, como para negarles otros.

Así, podemos mencionar la relación de los *allegados que pueden prestar el consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud* (art 59 del Cód. Civ. y Com.), el reconocimiento de las personas con vínculos afectivos también se refleja en algunas normas que, por ejemplo, reconocen que las personas que tienen a su cargo a personas menores de edad imposibilitadas o enfermas deben permitir la comunicación de estos quienes justifiquen un interés afectivo legítimo” (arts. 555 y 556 Cód. Civ. y Com.), como así también en la obligación de los padres de respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con... personas con las cuales tenga un vínculo afectivo.

Por otra parte, el Código Civil y Comercial reconoce otras relaciones sociales basadas en el afecto, como la existente entre los miembros de la familia ensamblada, que da origen al parentesco por afinidad, y también el vínculo entre el hijo adoptado bajo la forma simple con los progenitores del o de los adoptantes.

Además, el Código Civil y Comercial reconoce el noviazgo en el capítulo I del título 1 del libro segundo, señalando que los esponsales no generan acción

³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, “Las nuevas realidades familiares en el Código Civil y Comercial argentino de 2014”, LA LEY 08/10/2014, 1, LA LEY 2014-E, 1267, ADLP 2014 (noviembre), AR/DOC/3592/2014.

⁴ BELLINO SAN MARTIN, Lucas, ob cit.

para reclamar los daños por su ruptura (art 401), y que, por otra parte, en el matrimonio *in extremis no se le reconoce efecto al noviazgo como relación de hecho*, para darle valor al matrimonio celebrado dentro de los 30 días anteriores a la muerte a consecuencia de una enfermedad preexistente (art. 2436 del Cód. Civ. y Com.).

Por último, queremos poner de relevancia que la máxima regulación de las relaciones basadas en el afecto deviene de la regulación de la unión convivencial.

IV. CLASIFICACIÓN DE LAS RELACIONES AFECTIVAS

Creemos que, a los fines de nuestro estudio, las relaciones afectivas pueden ser clasificadas en relaciones entre personas adultas participantes de una relación sentimental, entre personas mayores y niños o personas con discapacidad, y entre personas menores de edad con lazos similares a los fraternos.

Relaciones afectivas entre personas adultas: en ellas incluimos las relaciones convivenciales de dos personas, las relaciones consentidas de más de dos personas, como los tríos o relaciones poligámicas, las relaciones de noviazgo, las relaciones paralelas de una persona con su cónyuge y con su amante, donde no existe consentimiento, sino duplicidad de vínculos afectivos similares a la bigamia.

En las relaciones entre adultos y niños incluimos las guardas de hecho y las relaciones entre más de dos adultos con un niño que desafía las leyes binarias de la parentalidad y ha sido dada en llamar pluriparentalidad.

Por su parte, las relaciones entre niños con lazos similares a los fraternos se dan cuando los menores de edad son criados juntos como hermanos.

Cada una de estas relaciones presenta problemas diferentes al derecho. A saber:

V. PROBLEMAS QUE PRESENTAN LAS RELACIONES AFECTIVAS AL DERECHO

V.1. Relaciones afectivas entre personas adultas

Las mayores cuestiones se dan en el ámbito de los derechos, a la muerte de uno de los miembros de la relación. Así:

a. La unión convivencial: la cuestión radica en la posibilidad de otorgar derechos sucesorios *ab intestato al conviviente supérstite*, con base en el afecto presunto del causante y en la igualdad familiar, y, en su caso, determinar el orden sucesorio que le corresponde. Por otra parte, la doctrina se cuestiona si el derecho temporal de habitación del conviviente que sobrevive al causante de solo dos años no debería extenderse con base en la solidaridad familiar.

b. El poliamor ⁵, relaciones no monogámicas o poligámicas: las cuestiones que se exteriorizan en la faz jurídica son la posibilidad de su equiparación a la unión convivencial y, sobre todo, la viabilidad de que los miembros de la relación afectiva múltiple accedan al derecho a pensión, en el supuesto de que muera uno de sus integrantes.

c. En las relaciones de amante: los problemas que se presentan ante la muerte del causante y el derecho a pensión, o el reclamo por daños y perjuicios tanto por la amante como por la cónyuge.

Como vemos, las cuestiones son diferentes en las relaciones binarias que en las relaciones múltiples, ya que en las primeras hay una regulación legal que se estima insuficiente, mientras que en las segundas hay un rechazo legal que se considera inconstitucional por el respeto a la autonomía de la voluntad.

V.2. Relaciones afectivas entre adultos y niños

a. *La multiparentalidad*: el Código Civil argentino establece el sistema de la biparentalidad, señalando en el art. 558 del Cód. Civ. y Com. que “ninguna persona puede tener más dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. Esta norma ha sido declarada inconstitucional en los tres tipos de filiación, es decir, en la filiación por naturaleza, por adopción y por técnicas de reproducción asistida ⁶, señalando que el precepto que establece que solo se puede tener dos padres contraría el interés superior del menor.

b. La filiación por afinidad: la pregunta en este caso es si los hijos por afinidad que han convivido durante la niñez con el progenitor afín no deberían tener

⁵ PAVAN, Angélica Regina, “A eficácia das escrituras públicas declaratórias da uniões poliafetivas no ordenamento jurídico brasileiro”, Faculdade da Direito, Universidade de Passo Fundo, Casca, 2016, <http://repositorio.upf.br/handle/riupf/886>, consultado el 25/10/2018; RULLI STEFANINI, Marília y Guilherme DOMINGOS DE LUCA, “Um novo conceito de família: a poliafetividade”, Paz, Direito & Fraternidade, Roberto Bueno Valéria Aurelina da Silva Leite José Leite da Silva Neto (coordenadores), Instituto Memória, Coleção Direito e Paz, Itaipu binacional, 1ª edición, Curitiba, 2016, ps. 12-27; COSTA POLI, Luciana y Bruno FERRAZ HAZAN, “Reflexões sobre a união poliafetiva: notas sobre a formação da subjetividade”, Pluralismo jurídico, multiculturalismo e gênero, IV Encontro Internacional do CONDEPI, JAYME WEINGATNER NETO, Antonio Carlos Wolkmer, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, CONDEPI, Florianópolis, 2016, ps. 193-208; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo, “Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea”, Tese de Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2017, <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/28461>, consultado el 25/10/2018; PILLÃO, Antonio, “Entre a liberdade e a igualdade: princípios e impasses da ideologia poliamorista”, Cadernos pagu, No. 44, janeiro-junho de 2015, ps. 391-422; COSTA DINIZ AUGUSTO, Déborah y Elizete MELLO DA SILVA, “União poliafetiva: uma reflexão acerca da pluralidade de entidades familiares”, <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1411400437P567.pdf>, consultado el 25/10/2018; DE JULIO, José Renato, Carla BATISTA DE SOUZA SILVA, Janaína ALVES PERES, “Aspectos jurídicos da união poliafetiva”, http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2016/11/aspectos_juridicos.pdf, consultado el 25/10/2018.

⁶ SAMBRIZZI, Eduardo A., “La inscripción de tres padres para un hijo. Una resolución contra legem”, LA LEY 26/05/2015, 1, LA LEY 2015-C, 881, AR/DOC/1566/2015.

derechos sucesorios fundados en el afecto presunto del causante, que las más de las veces educa como propio al hijo de su cónyuge o conviviente ⁷.

VI. RELACIONES AFECTIVAS ENTRE HERMANOS

Las relaciones afectivas no solo se dan entre adultos, sino también entre niños. Estas se generan normalmente cuando de pequeños son educados en el mismo hogar y desarrollan lazos de amor y empatía similares a los existentes entre hermanos por adopción o consanguinidad.

VII. UNIÓN CONVIVENCIAL Y DERECHOS SUCESORIOS

En el Código Civil y Comercial, el conviviente carece de derechos sucesorios *ab intestato en la sucesión de su pareja premuerta, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina. Así, por ejemplo, Ciuro Caldani sostiene que “en la sucesión han de coadyuvar, por integración en el mismo nivel, los valores justicia, utilidad y amor. Una sucesión ha de ser justa y útil y ha de abrir cauces al amor”*⁸. Y, en este sentido, manifiesta Pérez Gallardo que esa formación tripartita de valores no puede distinguirse la construcción familiar de la que el causante forma parte. Cualquiera sea, esta debe abrirse cauce a su sucesión a favor de la realización de dichos valores, sin imposición alguna de la huella hematológica como tradicionalmente se ha concebido. Las distintas constelaciones familiares necesitan un reflejo en las normas de la sucesión *ab intestato, de manera que nuevos actores de la vida afectiva familiar sean tenidos en cuenta en los llamamientos sucesorios* ⁹.

Por nuestra parte, pensamos que todo Estado debe ser respetuoso de las diferentes formas de organización familiar y que se debe dar cabida a las uniones afectivas en las que sus integrantes no deseen tener igual régimen patrimonial para después de la muerte que el sistema que surge del matrimonio. En este sentido, pensamos que otorgar iguales derechos sucesorios al conviviente que al cónyuge es no respetar el derecho a la libertad de las partes de organizar su vida de forma distinta a la matrimonial.

En este punto, creo necesario recordar que el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, el 27 de julio de 1990, formuló la observación general 19, en la que reconocen de manera expresa, en consecuencia, tres elementos: a) la existencia de

⁷ PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., “Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato: ¿Una ecuación lineal?” DFyP 2011 (agosto), 01/08/2011, 163, AR/DOC/962/2011.

⁸ CIURO CALDANI, Miguel Ángel, “Aportes integrativistas al Derecho de sucesiones (La sucesión como hora de la verdad de la persona física)”, en Investigación y docencia, No. 40, www.centrodefilosofia.org.ar, consultado el 08/12/2020.

⁹ PÉREZ GALLARDO, Leonardo, “Las nuevas construcciones familiares en la sucesión ab intestato, en pos de superar trazos hematológicos”.

diversas formas familiares; b) la necesidad de que se contemplen, en las legislaciones nacionales, esas diversas formas, y c) la necesidad de conceder a esas diversas formas de familia la protección del artículo 23 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Así, un Estado pluralista debe dar cabida a las formas de convivencia diferentes al matrimonio y dejar que las partes se organicen libremente, sin pretender aplicarle el régimen matrimonial sucesorio a quien decidió no casarse, máxime cuando se cuenta con una porción de libre disposición de bienes con la cual se puede mejorar al conviviente.

Sin que sea óbice de lo antedicho la circunstancia de que, en nuestro país, no existe la cultura de testar, ya que, si bien es cierto que no se realizan muchos testamentos, esto no implica que el común de la población no busque planificar la transmisión de los bienes para después de su muerte. Esta planificación sucesoria no solo se realiza por testamento, sino que se realiza de múltiples formas, entre las que se encuentra la donación. En definitiva, en nuestro país no hay cultura de testar, pero sí hay costumbre de planificar la transmisión de los bienes para después de la muerte, que debe estar presente en las relaciones entre personas unidas de hecho, que han decidido no casarse evitando que su compañero sea sucesor intestado, por lo cual es conveniente que en estas relaciones libres se prevea la transmisibilidad de los bienes por causa de muerte.

En este sentido, pensamos que el respeto a la libertad y el reconocimiento de la pluralidad de modelos familiares impone no igualar todas las relaciones de pareja con el matrimonio, en orden a la transmisión gratuita de los bienes para después de la muerte, y dar margen a la libertad y a la autodeterminación sucesoria.

Entendemos que, si bien la mirada a las familias ha de ser plural, con sentido inclusivo, ello no quiere decir que sea igualitario, porque insistimos en que se han de respetar las diversas formas de organización familiar y se ha de aceptar el derecho de organizaciones distintas a la matrimonial ¹⁰ y más libres que aquella.

Esto fue lo que decidió el Tribunal Constitucional español en su sentencia de 23/04/2013 ¹¹, que declara inconstitucional gran parte de la Ley Foral Navarra 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables, al resolver en el punto 13 que: “Si la constitución de una unión estable se encuentra fundada en la absoluta libertad de sus integrantes, que han decidido voluntariamente no someter su relación de convivencia a la regulación aparejada ex lege a la celebración del matrimonio, no resulta razonable que esa situación de hecho

¹⁰ TORRES GARCÍA, Teodora F., y GARCÍA RUBIO, María Paz, “La libertad de testar: el principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el Derecho de Sucesiones”, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, p. 171, sostienen la necesaria distinción en la protección sucesoria del cónyuge y del conviviente supérstite. Para las autoras, no es un imperativo ni tampoco una exigencia de orden constitucional el reconocimiento de idénticos derechos ni tan siquiera de naturaleza sucesoria es que no puede imponer un régimen jurídico sucesorio a quienes voluntariamente han decidido acogerse a la formalización de una pareja estable.

¹¹ Sentencia 93/2013, de 23 de abril (BOE núm. 123, de 23/05/2013) ECLI:ES:TC:2013:9 <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/23406> Consultada el 8 de diciembre del 2020.

sea sometida a un régimen sucesorio imperativo, al margen de su concreta aceptación o no por los miembros de la pareja”.

Lo antedicho no implica que en una reforma se puedan otorgar derechos sucesorios intestados al conviviente supérstite, por ejemplo, a título de heredero no forzoso, como lo reconoció la Corte brasilera en un caso en que se planteó la inconstitucionalidad de la negativa de derechos sucesorios al conviviente supérstite, basado en la igualdad familiar ¹².

Entendemos que los derechos sucesorios a acordar al conviviente deben ser dados como heredero legítimo y no legitimario porque el régimen jurídico que el legislador puede establecer al efecto deberá ser eminentemente dispositivo y no imperativo, so pena de vulnerar la libertad ¹³. De manera que únicamente po-

¹² Cabe aclarar que el código brasilero del 2002 da derechos sucesorios *ab intestato* al conviviente supérstite, pero diferentes a los otorgados al matrimonio. Esta diferencia ha sido considerada discriminatoria, pues la participación del conviviente respecto del cónyuge en el orden cuantitativo es menor. Sentencia del Supremo Tribunal Federal de Brasil de 10 de mayo de 2017, que resolvió el recurso extraordinario 878694, procedente de Minas Gerais, ponente: ministro Roberto Barroso <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudenciaRepercussao/verAndamentoProcesso.asp?incidente=4744004&numeroProcesso=878694&classeProcesso=RE&numeroTema=809>, Consultado el 22 de diciembre del 2020, DIAS, Maria Berenice. Supremo acertou ao não diferenciar união estável de casamento. Disponível em: www.conjur.com.br/2017-jun-14/berenice-dias-stf-acertou-igualar-uniao-estavel-casamento. Consultado el 22/12/2020.

¹³ FERRER, Francisco “Sucesión del conviviente”, DFyP 2017 (noviembre), 150, LA LEY 22/05/2018, 1, LA LEY 2018-C, 727, AR/DOC/2650/2017. En Uruguay, la ley 18.246/2008, en su art. 11, concede al concubino supérstite con cinco años de convivencia los mismos derechos sucesorios que el artículo 1026 del Código Civil; reconoce al cónyuge, pero carece de la calidad de legitimario, es desplazado por los descendientes, concurre con ascendientes (la mitad de la herencia para el conviviente y la otra mitad para los ascendientes), y excluye a los colaterales. Si existe cónyuge supérstite, integrarán la misma parte, y en proporción a los años de convivencia. En tanto en Brasil, siempre que la unión de hecho sea “duradera” (art. 1723), el art. 1790 establece los derechos sucesorios del conviviente respecto de los bienes adquiridos onerosamente durante la vigencia de la unión estable, en concurrencia con hijos comunes, con descendientes solo del causante y con otros parientes sucesibles (ascendientes y colaterales hasta el cuarto grado). No habiendo parientes en grado sucesible, toda la herencia queda para el compañero supérstite, que, no obstante, no tiene carácter de heredero forzoso. En Paraguay, la ley 1/1992 asigna derechos sucesorios al concubinario supérstite en concurrencia con hijos y con ascendientes, y, a falta de ellos, recibe todos los bienes del causante excluyendo a los colaterales (arts. 91/93). Se requiere que la unión estable, singular y notoria dure al menos cuatro años, a menos que hubiesen nacido hijos comunes, y que sus integrantes no soporten impedimentos matrimoniales. Esta unión genera una comunidad de gananciales que se dividirá por mitades al disolverse, siendo la muerte de un compañero causal de disolución. El supérstite es heredero, pero no tiene carácter legitimario. En Chile, la ley 20.830 de 2015, en su art. 16, establece que el acuerdo de unión civil otorga a los convivientes el derecho sucesorio intestado recíproco, y que el supérstite concurrirá a la sucesión de su conviviente de la misma forma que el cónyuge y tendrá sus mismos derechos, siendo heredero legítimo. En tanto, en Ecuador, el art. 68 de la Constitución de 2008 reconoce la unión estable y monogámica entre dos personas libres de vínculo matrimonial que forman un hogar de hecho, que, reuniendo las condiciones que determine la ley, generará los mismos derechos y obligaciones que tienen las familias constituidas mediante matrimonio. Los integrantes con dos años de convivencia gozan del derecho sucesorio intestado, pero no son herederos legítimos (artículos 222, 223, 230, 233 y 332 del Código Civil, reforma de 2015). En Colombia, la ley 54/1990, modificada por ley 979/2005, dispone que la unión marital de hecho por dos años produce una sociedad patrimonial entre ambos integrantes de la pareja con todos los bienes adquiridos durante la unión por el trabajo, incluidos sus frutos y rentas, cuyo capital se dividirá por partes iguales al finalizar la

drán considerarse respetuosos de la libertad personal aquellos efectos jurídicos cuya operatividad se condiciona a su previa asunción por ambos miembros de la pareja, que no les pueden ser impuestos obligatoriamente ¹⁴.

VIII. EL POLIAMOR ¹⁵, RELACIONES NO MONOGÁMICAS O POLIGÁMICAS ¹⁶

Las relaciones multiafectivas se basan, sobre todo, en los vínculos afectivos que se crean de forma no monógama, huyendo de la norma que la sociedad impone como modelo de familia.

unión marital. Si cesa por muerte de alguno de sus integrantes, la partición se hace en el proceso sucesorio con los herederos del conviviente fallecido. No forman parte del capital de la sociedad los bienes adquiridos antes de iniciar la unión, ni los adquiridos posteriormente por herencia, donación o legado.

¹⁴ *Ibidem*, quien estima que el Cód. Civ. y Com. “debió contemplar también el derecho sucesorio de los convivientes, y acordarles derecho hereditario ab intestato, graduando su concurrencia con descendientes, ascendientes y colaterales, y asignándole toda la herencia a falta de parientes en grado sucesible”, “porque el matrimonio ya dejó de ser el fundamento exclusivo de la familia. Si bien continúa siendo base de la familia, ya no es exclusivo como institución fundante de un núcleo familiar”.

¹⁵ CAMPOS DA SILVA, Luiz Felipe, “A união poliafetiva e o princípio da felicidade”, Revista da Ejuse, No. 23, 2015, pp. 289-308; FOLETTO BACKES, Maiara, “Da (im) possibilidade do reconhecimento jurídico da união poliafetiva e seus efeitos”, Trabalho de conclusão de curso, Faculdades Integradas Machado de Assis, Santa Rosa, 2016, <http://www.fema.com.br/sitenovo/wp-content/uploads/2017/04/BACKESM.F.-DA-IM-POSSIBILIDADE-DO-RECONHECIMENTO-JUR%C3%8DDICO-DA-UNI%C3%83O-POLIAFETIVA-E-SEUS-EFEITOS.pdf>, consultado el 25 de octubre de 2018; PAVAN, Angélica Regina, “A eficácia das escrituras públicas declaratórias da uniões poliafetivas no ordenamento jurídico brasileiro”, Faculdade da Direito, Universidade de Passo Fundo, Casca, 2016, <http://repositorio.upf.br/handle/riupf/886>, consultado el 25 de octubre de 2018; RULLI STEFANINI, Marília y Guilherme DOMINGOS DE LUCA, “Um novo conceito de família: a poliafetividade”, Paz, Direito & Fraternidade, Roberto Bueno Valéria Aurelina da Silva Leite da Silva Neto (coordenadores), Instituto Memória, Coleção Direito e Paz, Itaipu binacional, 1ª edição, Curitiba, 2016, pp. 12-27; COSTA POLI, Luciana y Bruno FERRAZ HAZAN, “Reflexões sobre a união poliafetiva: notas sobre a formação da subjetividade”, Pluralismo jurídico, multiculturalismo e gênero, IV Encontro Internacional do CONDEPI, Jayme Weingartner Neto, Antonio Carlos Wolkmer, Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito, CONDEPI, Florianópolis, 2016, pp. 193-208; VIEGAS, Cláudia Mara de Almeida Rabelo, “Famílias poliafetivas: uma análise sob a ótica da principiologia jurídica contemporânea”, Tese de Doutor em Direito, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 2017, <http://as1.trt3.jus.br/bd-trt3/handle/11103/28461>, consultado el 25/10/2018; PILÃO, Antonio, “Entre a liberdade e a igualdade: princípios e impasses da ideologia poliamorista”, Cadernos pagu, No. 44, janeiro-junho de 2015, pp. 391-422; COSTA DINIZ AUGUSTO, Déborah y Elizete MELLO DA SILVA, “União poliafetiva: uma reflexão acerca da pluralidade de entidades familiares”, <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqPics/1411400437P567.pdf>, consultado el 25/10/2018; DE JULIO, José Renato, Carla BATISTA DE SOUZA SILVA, Janaína ALVES PERES, “Aspectos jurídicos da união poliafetiva”, http://www.eduvaleavare.com.br/wp-content/uploads/2016/11/aspectos_juridicos.pdf, consultado el 25/10/2018.

¹⁶ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Brasil: el país del ‘ménage à trois’”; GALDINO CARDIN, Valéria Silva y MORAES, Carlos Alexandre, “De reconocimiento legal de sindica-

La cuestión radica en precisar si corresponde que las uniones poliafectivas como entidad familiar deban ser reconocidas por la sociedad como un nuevo modelo de familia, y, en su caso, si se les deben otorgar los efectos matrimoniales o de las uniones convivenciales; concretamente, si se les debe dar el derecho a solicitar la pensión ante la muerte del conviviente.

Una situación de esta naturaleza fue juzgada por el la Corte de Medellín, Colombia ¹⁷, en el caso de tres hombres que convivieron 10 años en unión poliamorosa. En el precedente, Manuel José, John Alejandro y Alex Esneyder, convivieron durante 10 años en una relación poliamorosa con componente de comunidad, y, a la muerte de uno de ellos, los restantes fueron reconocidos como una familia a los fines del otorgamiento de la pensión.

Para así resolver, el tribunal entendió que una relación poliamorosa, que tiene los componentes de permanencia y comunidad, supone el acoplamiento de una idea una familia, que se sustenta en la búsqueda común de los medios de subsistencia, en la compañía mutua o en el apoyo moral, en la realización de un proyecto compartido, que redunde en el bienestar de cada uno de los integrantes de esa familia y en el logro de su felicidad, lo que puede ser claramente experimentado por los miembros de una relación poliamorosa, cualquiera que sea el género de sus integrantes.

Desde esa perspectiva, estimaron que la unión entre Manuel José, John Alejandro y Alex Esneyder constituía una modalidad de familia constitucionalmente protegida, titular de las prerrogativas, derechos y deberes que la Constitución y la ley le reconocen a la familia, en tanto núcleo fundamental de la sociedad, y como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a cargo del Sistema General de Pensiones; y, en este orden de ideas, el tribunal de Medellín juzgó que, en caso de convivencia simultánea, en los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante, la pensión se dividiría entre los dos, en proporción al tiempo de convivencia.

La razón de ser de esta decisión se sustenta justamente en que la pensión de sobrevivientes persigue la protección del núcleo familiar del afiliado o pensionado que fallece, frente a las adversidades económicas que se generan por la muerte, resaltando en la providencia que tal convivencia se encuentra caracterizada por la clara e inequívoca vocación de estabilidad y permanencia, dejando de lado a la madre, que inequívocamente constituía con el causante una familia, para entregarle la pensión a dos de los miembros del trío.

Por nuestra parte, consideramos que no cualquier convivencia, por más afectiva y prolongada que sea, constituye familia a los fines de la seguridad social, y que nuestro ordenamiento protege las relaciones monogámicas contra

tos poliafectivos como entidad familiar”, Revista Jurídica Cesumar septiembre / diciembre 2018, v. 18, n. 3, ps. 975-992. DOI: 10.17765 / 2176-9184.2018v18n3p975-992.

¹⁷ Corte de Medellín número de radicado: 050013105007 2015-01955 0, tema: pensión de sobrevivientes a personas que conforman relación poliamorosa.

las poligámicas o los tríos, que impiden a una madre acceder al beneficio de la pensión de su hijo.

Por su parte, el Superior Tribunal de Brasil debió juzgar sobre la eficacia de las escrituras donde tres o más personas reconocían vivir en relaciones poliafectivas, reglaban sus derechos y pretendían ser reconocidas con los efectos de las uniones de hecho entre dos personas. Así, solicitaban que se les acordara el acceso a la salud, el acceso a las pensiones y, en definitiva, todos los derechos de las uniones monogámicas.

El Superior Tribunal de Brasil denegó la eficacia de tales escrituras como constitutivas de uniones de hecho; en ello tuvo fundamental importancia la constitución como *amicus curiae* de ADFAS (*Asociación de Derecho de Familia y Sucesiones*). El argumento fundamental vino dado por la necesidad de que las uniones fueran monogámicas para la constitución y para el reconocimiento estatal.

En definitiva, consideramos que las personas pueden vivir como quieran y con cuantos deseen, pero no pueden pretender, en el sistema legal argentino, tener la misma protección que la ley da solamente a quien vive en monogamia, ya que la familia occidental se asienta sobre la concepción monogámica de las relaciones familiares.

Tal conclusión no desconoce la libertad individual ni el pluralismo, muy por el contrario, reconoce la existencia de relaciones diferentes a los valores occidentales de organización familiar, y quien quiere vivir repudiando el orden monógamo no puede reclamar los efectos que este trae aparejado porque sería tanto como encasillar en moldes clásicos estructuras disruptivas que los repudian.

Si el Estado, en una futura elección normativa, quisiera pasar de la organización social monógama a la poligámica, debería dictar nuevas normas como las que existen en países orientales, que contemplen esa realidad diferente y que prevean su régimen y sus efectos, protegiendo a los múltiples sujetos que la constituyen, siendo insuficientes, por lo inadecuadas, las estructuradas para la familia monogámica, modelo occidental de organización social que se sustenta fundamentalmente en el respeto de los derechos humanos de sus miembros y, sobre todo, del derecho a la igualdad, que difícilmente se dé en una relación donde un hombre puede tener dos o más mujeres y no a la inversa.

IX. LAS RELACIONES DE AMANTES EXTRAMARITALES O EXTERNOS A LA UNIÓN CONVIVENCIAL

No podemos negar que las relaciones de amantes tienen también un componente afectivo, y, en este revisionismo familiar al que estamos sometidos, cabe preguntarse si a este tipo de relaciones afectivas también hay que reconocerle afectos jurídicos, en tren de aceptar la autonomía de la voluntad como

forma de regular nuestra vida y el necesario respeto del Estado por la forma en que cada persona construye sus nexos amorosos.

Creemos que en este caso los problemas jurídicos se podrían plantear por un reclamo de daños y perjuicios realizado por la amante ante la persona que mató a su amado y/o por un pedido de pensión.

Estimamos que, en el caso, no se dan los elementos de la responsabilidad civil porque la amante no tiene ningún derecho subjetivo ni interés no reprobado por el ordenamiento, ya que nuestro ordenamiento jurídico no protege las relaciones clandestinas, ni tampoco las relaciones poligámicas, menos aún cuando todos los integrantes no han dado su consentimiento.

En este sentido, estimamos que el amante carece de legitimación activa para reclamar daños y perjuicios provenientes de la muerte de su pareja porque, para que se produzca un daño reparable, se debe violar un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico. Y el ordenamiento jurídico reprueba este tipo de relaciones que violan el deber moral de fidelidad que tienen las partes.

Por otra parte, el amante no tendría derecho a reclamar los daños por la muerte de su pareja extraconvivencial o conyugal, con aplicación del art. 1741, que obliga a indemnizar a “quienes conviven con aquel recibiendo trato familiar ostensible”, porque en estas relaciones no hay trato familiar ostensible. Ni tampoco legitimación para acceder a los beneficios de la pensión¹⁸.

¹⁸ Por 6 votos contra 5, los ministros del STF (Tribunal Supremo Federal de Brasil) decidió, el martes 15/12/2020, que es ilegal reconocer dos relaciones de parejas estables para establecer una división de pensiones. El caso concreto, que comenzó a analizarse en 2019, fue el de un hombre que mantenía, al mismo tiempo, una relación con una mujer y con un hombre que era su amante. Esta última relación habría durado 12 años, según el proceso. Tras el fallecimiento del conviviente, la mujer demandó a la justicia para solicitar la pensión otorgada a la unión estable. Ella tuvo éxito. Pero el amante también apeló al Poder Judicial. La corte favoreció a la mujer. El relator del caso en el Tribunal Supremo fue el ministro Alexandre de Moraes. Según él, el reconocimiento de dos uniones estables no está previsto en la ley, porque Brasil es un país monógamo, es decir, no reconoce legalmente las relaciones con más de dos personas involucradas, ya sean extramaritales o consentidas por las partes. <https://static.poder360.com.br/2020/12/voto-Moraes-rateio-de-pensao-STF.pdf> Consultado el 22/12/2020 “Concluo que a existência de uma declaração judicial de existência de união estável é, por si só, óbice ao reconhecimento de uma outra união paralelamente estabelecida por um dos companheiros durante o mesmo período, uma vez que o artigo 226, § 3º, da Constituição se esteia no princípio de exclusividade ou de monogamia, como requisito para o reconhecimento jurídico desse tipo de relação afetiva inserta no mosaico familiar atual, independentemente de se tratar de relacionamentos hétero ou homoafetivos”, destacou Moraes. O ministro foi acompanhado por Nunes Marques, Luiz Fux, Dias Toffoli <https://static.poder360.com.br/2020/12/voto-Toffoli-rateio-de-pensao-STF.pdf> Consultado el 22/12/2020, Ricardo Lewandowski e Gilmar Mendes. O ministro Edson Fachin divergiu de Moraes. Para ele, é possível o rateio de pensão por morte. Fachin considerou que o debate está concentrado em um direito previdenciário, e que os ministros deveriam levar em conta que a pessoa não sabia que seu companheiro tinha outra união simultânea. <https://static.poder360.com.br/2020/12/voto-Fachin-STF-rateio-de-pensao.pdf> voto de Fachin. Consultado el 22/12/2020 “Uma vez não comprovado que ambos os companheiros concomitantes do segurado instituidor, na hipótese dos autos, estavam de má-fé, ou seja, ignoravam a concomitância das relações de união estável por ele travadas, deve ser reconhecida a proteção jurídica para os efeitos previdenciários decorrentes. Assim, o caso é de provimento do recurso extraordinário, possibilitando o rateio da pensão por morte entre os conviventes”, escreveu o ministro. Edson Fachin estuvo acompañado de Luís Roberto Barroso,

X. LA PLURIPARENTALIDAD¹⁹

Nuestro Código Civil y Comercial establece en el art. 558 que “ninguna persona puede tener más de dos vínculos filiales, cualquiera sea la naturaleza de la filiación”. De allí que se establezca que la filiación es binaria, y que se regulen jurídicamente los efectos patrimoniales y extrapatrimoniales de las relaciones

Rosa Weber, Carmen Lúcia y Marco Aurélio. La decisión de prohibir el reparto de la pensión tiene repercusiones generales, es decir, se aplica a todos los procesos judiciales.

¹⁹ PIETRA, María Luciana, “Pluriparentalidad en la filiación por naturaleza y humanización de la justicia”, RCCyC 2020 (diciembre), 135, AR/DOC/3592/2020; DE LORENZI, Mariana A. - GUELBORT, Virginia, “Errar es humano, perseverar es diabólico. Impugnaciones y nulidades en el reconocimiento filiatorio”, RDF 2020-V, 125, AR/DOC/2724/2020; GÓMEZ, César Julio, “Reconocer lo que es: Modelos de familia pluriparentales que existen y exigen aceptación en el plano jurídico y social”, RDF 2020-IV, 362, AR/DOC/2240/2020; HERRERA, Marisa - GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “Derecho constitucionacional de las familias y triple filiación”, LA LEY 19/06/2020, 6, AR/DOC/650/2020; BASSET, Úrsula C., “Pluriparentalidad: dilemas de un debate contemporáneo entre escenarios adultos y derechos de los niños”, LA LEY 19/06/2020, 6, AR/DOC/530/2020; MENDOZA, Elena, “Filiación pluriparental y falsificación de documento público. Análisis de la sentencia desde la perspectiva del derecho privado (reconocimiento complaciente) y del derecho público (supresión y suposición del estado civil y de la identidad)”, DFyP 2020 (junio), 108, AR/DOC/1047/2020; PIETRA, María Luciana, “Adopción y pluriparentalidad: ¿produce la socioafectividad efectos jurídicos?”, RCCyC 2020 (mayo), 37, AR/DOC/1005/2020; BALLARIN, Silvana, “De adopciones, pluriparentalidades y otras formas de construir familia”, RCCyC 2020 (mayo), 5, AR/DOC/924/2020; FAMÁ, María Victoria, “Acción de emplazamiento filial frente al uso de técnicas de reproducción humana asistida”, RCCyC 2019 (diciembre), 3, AR/DOC/3314/2019; PIETRA, María Luciana, “Filiación y derecho a la identidad. Cuando las técnicas de reproducción humana asistida deben armonizarse con los derechos de los niños y las niñas que nacen a través de ellas”, RCCyC 2019 (diciembre), 17, AR/DOC/3386/2019; SILVA, Sabrina, “Un conflicto ¿clásico?, una respuesta excéntrica: Triple filiación por naturaleza”, RDF 2019-V, 370, AR/DOC/2760/2019; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B. “El nuevo desafío de la filiación para el derecho de sucesiones: la multiparentalidad”, RDF 91, 247, AR/DOC/2428/2019; ANDRIOLA, Karina A., LOPES, Cecilia, “El derecho de las familias ante las nuevas formas de familia: Los desafíos ante la diversidad sexual y los vínculos afectivos”, RDF 90, 183, AR/DOC/1770/2019; LAMM, Eleonora, “La gestación por sustitución como deconstrucción de la “maternidad” que sostiene al patriarcado. Más argumentos desde los feminismos”, RDF 89, 139, AR/DOC/1271/2019; DE LORENZI, Mariana “Nuevos caminos entre viejos campos”. Pluriparentalidades en tránsito, RDF 2019-II, 268, AR/DOC/1136/2019; SILVA, Sabrina A., “Repercusiones del ingreso de la autonomía de la voluntad en el derecho filial. La gestación por sustitución como puente de acceso a la monoparentalidad originaria”, RDF 2019-II, 140, AR/DOC/1162/2019; KRASNOW, Adriana N., “Filiación por TRHA, voluntad procreacional y socioafectividad. El afecto como fuente de derechos”, RDF 2019-I, 311, AR/DOC/3733/2018; CHMIELAK, Carolina L., “El impacto de las técnicas de reproducción humana asistida en el sistema filiatorio del Código Civil y Comercial de la Nación”, DFyP 2019 (febrero), 175, AR/DOC/1588/2018; DE LORENZI, Mariana A., VARAS, María., “Familias y pluriparentalidades. ¿Un puzzle por armar?”, RDF 87, 245, AR/DOC/3546/2018; MONTIEL NUÑEZ, Alma V., SEISCENTO BAPTISTA, Talita, “La evolución en la institución jurídica de la filiación en el derecho familiar de Brasil y México”, RDF 86, 245, AR/DOC/3321/2018; LEÓN, Virginia. “¿Qué voluntad resiste el análisis (de ADN)?”, RDF 2018-IV, 313, AR/DOC/3268/2018; HERRERA, Marisa, “Derecho y realidad: triple filiación e identidades plurales”, RDF 85, 149, AR/DOC/3141/2018; MIGNON, María Belén, “Diversas formas familiares y filiación post mortem. Un caso abordado desde la lógica constitucional-convencional acercando el derecho a la realidad”, RDF 2018-III, 211, AR/DOC/3089/2018.

entre padres e hijos, partiendo de la base de que solo se tienen dos progenitores, como ocurre en la naturaleza.

Esta regla, que es universal, ha sido considerada inconstitucional por nuestros tribunales, en los tres tipos de filiación. Así, se ha admitido la posibilidad de pluriparentalidad en la filiación tanto por voluntad procreacional como por adopción y por naturaleza. Con fundamento en que es contrario a la Constitución limitar la filiación de un niño a solo dos vínculos paternos, básicamente, algunos jueces han entendido que la falta de reconocimiento de las relaciones afectivas es contraria al interés del niño.

Esta afirmación asombra, sobre todo, en la filiación por naturaleza, donde se choca con la realidad, ya que naturalmente solo tenemos un padre y una madre.

Por cierto, en las relaciones con los niños, es posible que se desarrollen fuertes vínculos de afectos con terceras personas que compartan con los progenitores la responsabilidad del desarrollo pleno del niño, y que estas relaciones afectivas sean beneficiosas para el interés del niño. Pero no estamos seguros de que sea lo mejor para el interés del niño darle el estatus de padre a más dos personas, al menos en el sistema binario creado por la Argentina, por las siguientes consideraciones.

- a. Se desconoce cómo será llevada a cabo la resolución de las divergencias en las relaciones filiales múltiples. ¿Es que triunfará la solución propiciada por la mayoría? ¿O se deberá resolver en los tribunales?
- b. Se ignora quién y cómo se adoptarán las decisiones relativas a la salud en sistemas de pluriparentalidad. Este tema es trascendente, porque, en estas parentalidades, al ser contrarias al sistema legal que especialmente rechaza toda relación filiar que no sea binaria, los médicos no tienen por qué saber cómo actuar, ni a quién pedir el consentimiento para actos médicos, lo que no se advierte cómo contribuirá al interés del niño.
- c. En un sistema de parentalidad no binaria no se sabe si las decisiones tomadas por un solo progenitor cuentan con el asentimiento de todos, o si, por el contrario, se requiere la mayoría; por ejemplo, para dar la autorización al niño para practicar un deporte de competición o de riesgo.
- d. Tampoco se comprende cómo funciona la representación de la persona menor de edad en las parentalidades múltiples, lo que indica que un tema que hace a la seguridad jurídica queda librado al arbitrio del juez.
- e. El darle a una persona multiplicidad de padres durante algunos años los obliga a asumir la responsabilidad durante toda la vida, que tiende a alargarse, de mantener y alimentar a una multiplicidad de progenitores, por largos años y a asistirlos y cuidarlos, sin compensación alguna.

f. Se altera el sistema sucesorio sin que existan reglas claras de cómo heredarán estos triples padres al hijo, ni si este tiene derechos sucesorios de todos sus abuelos, generándose nuevas inseguridades jurídicas.

g. No se sabe si estas relaciones generarán vínculos de hermanos con los otros descendientes de cada uno de sus padres judicialmente reconocidos.

En definitiva, entendemos que el derecho debe formular sus reglas considerando los vínculos afectivos, pero ello no lleva sin más a encerrar en instituciones binarias las relaciones plurales.

El jurista tiene la obligación de aceptar y reconocer las realidades plurales, pero ello no lo obliga a acordar a esas familias diferentes iguales reglas que las pensadas para situaciones distintas. Tratar de hacerlo es, en definitiva, no reconocer la diferencia.

Dice Basset: la actitud respetuosa de la dignidad de esas plasmaciones familiares líquidas y plurales exige un paso atrás, no una intromisión. Pensar que es necesario el concurso del juez para validar significa considerar que esa pluralidad de tipos, si no la sanciona un operador jurídico, no vale. ¿No es un poco presuntuoso pensar que sin el derecho las relaciones de hecho no tienen valor? Tienen el valor inmenso de la socioafectividad o, mejor, de la afectividad y su impacto en la conformación de la identidad. ¿Hace falta el derecho para eso?

Es contrario a la seguridad jurídica y al principio de igualdad aceptar que las reglas sobre la filiación dependan del parecer de los jueces, porque los nexos filiatorios no pueden ser distintos en dos casos similares según la filosofía del juez que decida apartarse o no de la ley, que es igual y general para todos.

Creemos que la determinación de la filiación no puede ser establecida mediante principios o cláusulas generales abstractas elusivas de las reglas normativas (el refugio confortable en el “cielo de los conceptos” abstractos, diría Ihering), sino que debe estar establecida por normas concretas, e iguales para todos los hijos, con base en los derechos humanos, pero no al revés.

Lo que se debe evitar es la “huida hacia tales cláusulas” para eludir las reglas legales, de acuerdo al voluntarismo judicial que, apelando a los principios invocados por las propias normas positivas, dejan de lado lo que estas dicen, según interpretaciones no fundadas de que ello es mejor para el interés del niño.

Lo ideal es que, si existe consenso en abandonar la norma de la filiación binaria, se legisle sobre ello teniendo en cuenta el interés del niño y el principio de libertad y autodeterminación de los adultos, teniendo en consideración especialmente si se requiere acuerdo entre los adultos para ejercerla.

XI. CONCLUSIONES

El afecto es la base constitutiva de la familia, pero ello no permite, sin más, afirmar ni que todas las relaciones afectivas constituyen una familia, ni tampoco que todas tienen que tener igual regulación estatal.

Nuestro ordenamiento jurídico es de modelo occidental monogámico; ello impide el reconocimiento de las relaciones pluriafectivas como constitutivas de efectos jurídicos idénticos a las monogámicas.

Si el Estado, en una futura elección normativa, quisiera pasar de la organización social monógama a la poligámica, debería dictar nuevas normas como las que existen en países orientales, que contemplen esa realidad diferente y que prevean su régimen y sus efectos, protegiendo a los múltiples sujetos que la constituyen, siendo insuficientes, por lo inadecuadas, las estructuradas para la familia monogámica, modelo occidental de organización social que se sustenta fundamentalmente en el respeto de los derechos humanos de sus miembros y, sobre todo, del derecho a la igualdad, que difícilmente se dé en una relación donde un hombre puede tener dos o más mujeres y no a la inversa.

Regular la multiparentalidad requiere de un marco legal claro y específico, ya que se trata de una realidad nueva y diferente, donde existen otros valores a respetar, entre los que se destaca la autonomía de la voluntad y el interés superior del niño. Para hacerlo, se deberán tener en cuenta las regulaciones del derecho comparado²⁰. En este sentido, habrá que determinar si la pluriparentalidad será aceptada en los tres tipos de filiaciones o solo en la proveniente de la técnicas de fecundación asistida, si su recepción dependerá de una aceptación judicial que juzgue si la pluriparentalidad es beneficiosa para el interés superior del niño, lo que estimamos es inseguro jurídicamente, ya que dependerá de cada juez, también ha de determinarse si la pluriparentalidad requiere necesariamente el acuerdo entre quienes han de ejercerla y fundamentalmente establecer la validez y el alcance de estos sistemas.

Recepción: 02/12/2020

Aceptación: 11/12/2020

²⁰ GALPERIN, Gabriel, “Repensar la familia pluriparental desde el ejercicio de la magistratura”, *Microjuris* 5-sep-2018, MJ-DOC-13676-AR|MJD13676, explica que “existen diferentes sistemas a nivel global que presentan un escenario normativo positivo a favor, cada uno poseedor de sus propias aristas eficaces, empero es factible el llevar a cabo ciertas observaciones. En resumidas cuentas, en Inglaterra, únicamente las responsabilidades parentales pueden asignarse a más de dos individuos, en función de las intenciones de los titulares primarios de la autoridad parental. Por el contrario, en California y en British Columbia se puede otorgar el estado de progenitor a más de dos individuos. En California este proceso está regulado por los tribunales, que se centran a la hora de fallar en favor del mejor interés del niño, interpretando este estándar desde un enfoque funcional y psicológico; en British Columbia la asignación del estado parental está sujeto a las intenciones de los integrantes del proyecto multiparental, plasmadas mediante un acuerdo de voluntades anterior a la concepción vía TRHA”.

TRANSFERENCIA DE EMBRIONES *POST MORTEM*: ¿DÓNDE ESTAMOS PARADOS?

POR PILAR QUIÑO A (*)

Resumen

Detrás del entramado de normas confusas en torno a la transferencia embrionaria post mortem subyace la inexistencia de una regulación clara respecto a la protección de los embriones criopreservados. El ordenamiento jurídico argentino reconoce la personalidad de todo ser humano desde la concepción. Se impone la urgente necesidad de regular adecuadamente la especial situación de los concebidos in vitro.

Palabras clave

Crioconservación de embriones, transferencia embrionaria post mortem, técnicas de reproducción humana asistida, filiación post mortem, concepción.

POST-MORTEM EMBRYO TRANSFER: WHERE DO WE STAND?

Abstract

Behind the confusing legal framework surrounding post-mortem embryo transfer lies the lack of clear regulation regarding the protection of cryopreserved embryos. The Argentine legal system recognizes the personality of every human being from conception. There is an urgent need to adequately regulate the special situation of those conceived in vitro.

Keywords

Embryo cryopreservation, post-mortem embryo transfer, assisted human reproduction techniques, post-mortem filiation, conception.

(*) Abogada (Universidad Austral), magíster en Derecho (University of Illinois). Profesora de Derecho de Familia en la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

I. INTRODUCCIÓN

El Código Civil y Comercial reconoce las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA) como fuente de filiación. Con anterioridad a la entrada en vigencia del código ¹, el acceso y la cobertura de dichos tratamientos ya habían sido regulados por la ley 26.862 ².

A pesar de que ninguna de las normas mencionadas regula las TRHA en sí mismas ³, el Código Civil y Comercial establece que quienes acceden a dichas técnicas deben prestar su consentimiento al comenzar el tratamiento de reproducción asistida, y renovarlo cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones ⁴. Asimismo, ambas normas establecen que el consentimiento es libremente revocable hasta el momento de la implantación del embrión en la mujer ⁵.

Sin perjuicio de las objeciones que nos merecen varios aspectos de las TRHA, incluyendo el reconocimiento de la voluntad procreacional como fuente de filiación autónoma ⁶, el objeto del presente trabajo se circunscribe a analizar la situación jurídica actual de la transferencia embrionaria *post mortem* ⁷. ¿Qué respuesta brinda nuestro ordenamiento jurídico en los casos en los que uno de

¹ Fecha de entrada en vigencia: /08/2015, conf. art. 7, ley 26.994.

² Ley 26.862, “Reproducción médicamente asistida. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida”, sancionada el 05/06/2013 y promulgada de hecho el 26/06/2013.

³ Cfr. Lafferriere, Jorge Nicolás, “La fecundación post mortem en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial”, LA LEY 2018-C, 599.

⁴ Cód. Civ. y Com., art. 560.

⁵ Al respecto, el Cód. Civ. y Com., faculta a quienes acceden a este tipo de tratamientos a revocar el consentimiento “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión” (art. 651), mientras que la ley 26.862 se centra únicamente en la implantación embrionaria, al establecer que “el consentimiento es revocable hasta antes de producirse la implantación del embrión en la mujer”.

⁶ La Dra. Basset analiza con detenimiento las críticas que merece la regulación de la filiación por TRHA contenida en el Código Civil y Comercial, que pretende basar el vínculo filial en la voluntad procreacional. Sobre esta cuestión, Basset señala que “el consentimiento no es — en la mayoría de los casos— la causa fuente exclusiva de la filiación, sino su causa concurrente o determinante” (Basset, Úrsula C., “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2015-D, 663, AR/DOC/2099/2015).

⁷ Al hablar sobre transferencia embrionaria *post mortem*, nos referimos a aquellas situaciones en las cuales los pretensos progenitores prestaron su consentimiento inicial para acceder a las TRHA, y se avanzó con el procedimiento hasta el punto tal de haberse fecundado los gametos y generado uno o más embriones en vida de ambos progenitores, pero uno de ellos fallece antes de que dicho embrión sea implantado en el útero de la mujer. Cabe señalar que, al hablar genéricamente sobre “filiación *post mortem*” en el campo de las TRHA, la doctrina habitualmente distingue tres situaciones que pueden plantearse, a saber: (i) que una vez producida la muerte de uno de los miembros de la pareja, el supérstite solicite la extracción de gametos del cadáver para luego acceder a las TRHA; (ii) que, en el momento del fallecimiento ya se encuentren criopreservados los gametos del difunto o de ambos miembros de la pareja, y el supérstite pretenda avanzar con la fecundación; y (iii) que el supérstite pretenda avanzar con la implantación de un embrión que, en el momento del fallecimiento, ya se encontraba criopreservado. Este último es el caso que aquí

los progenitores fallece antes de otorgar el consentimiento para implantar el embrión crioconservado?

La respuesta al interrogante planteado no es sencilla. Nuestra legislación conduce a varios callejones sin salida. El mero hecho de que la respuesta sea difícil de esbozar nos permite arribar a una conclusión, que aquí adelantamos: el ordenamiento jurídico argentino no brinda una solución clara a la problemática de la transferencia embrionaria *post mortem*.

II. EL PUNTO DE PARTIDA: LA FILIACIÓN *POST MORTEM* NO ESTÁ REGULADA EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Teniendo en miras que el objeto del presente trabajo es analizar qué respuestas brinda nuestro ordenamiento jurídico a la transferencia embrionaria *post mortem*, corresponde en primer lugar preguntarse si existe en nuestra legislación una norma que reconozca expresamente esta situación.

El art. 563 del anteproyecto del Cód. Civ. y Com. establecía como regla general que, “en caso de muerte del o la cónyuge o conviviente de la mujer que da a luz, no hay vínculo filial entre la persona nacida del uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la persona fallecida si la concepción en la mujer o la implantación del embrión en ella no se había producido antes del fallecimiento”. Sin perjuicio de ello, a reglón seguido consagraba como excepción el reconocimiento de la filiación entre el hijo nacido por TRHA y el progenitor premuerto en los casos en los que se cumplieran conjuntamente los siguientes requisitos: (a) que el fallecido hubiera prestado consentimiento expreso e informado ⁸ al momento de acceder a las TRHA o por testamento para que los embriones producidos con sus gametos sean transferidos en la mujer después de su fallecimiento, y (b) que la concepción en la mujer o la implantación del embrión se produjera dentro del año siguiente al fallecimiento.

La redacción del artículo era confusa. En primer lugar, no quedaba claro si se podía acceder a la fecundación de los gametos con posterioridad a la muerte, o si solamente se autorizaba la transferencia de embriones que se encontraran crioconservados con anterioridad al fallecimiento ⁹. Ello así ya que el primer requisito de la excepción contenida en el artículo 563 refería a “los embriones producidos con sus gametos”, sin especificar en qué momento debía efectuar-

nos ocupa (Cfr. Famá, María Victoria, “La filiación *post mortem* en las técnicas de reproducción humana asistida”, SJA 05/02/2014).

⁸ Cfr. Bedrossian, Gabriel, “Fertilización *post mortem*: un límite necesario frente al entusiasmo de permitirlo todo”, en Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética, junio 2020.

⁹ Cfr. Basset, Úrsula C., “Relaciones de familia” en Alterini, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. III, ps. 494-496.

se esa “producción”¹⁰. En segundo lugar, del análisis del segundo requisito a la excepción parecía desprenderse que el anteproyecto pretendía reconocer la filiación del hijo nacido por TRHA respecto al progenitor premuerto tanto en los casos de transferencia embrionaria como en los de inseminación artificial *post mortem*, ya que hablaba de “concepción en la mujer o la implantación del embrión”.

Sin embargo, al tratarse el proyecto en el Senado de la Nación, se resolvió suprimir dicho artículo, por lo que el Código Civil y Comercial finalmente sancionado no contiene norma alguna que expresamente reconozca la filiación ni avale la transferencia embrionaria *post mortem*.

III. LA PROBLEMÁTICA EN TORNO A LA CAPACIDAD PARA SUCEDER

El anteproyecto del Código Civil y Comercial también contenía un artículo que expresamente reconocía la capacidad para suceder de las personas nacidas después de la muerte del causante mediante TRHA, siempre que mediaran los requisitos previstos en el artículo 563, anteriormente mencionados¹¹.

Así, el hijo nacido por TRHA era considerado por el anteproyecto como persona capaz para suceder cuando hubiera mediado consentimiento expreso del causante, otorgado al momento de acceder al tratamiento médico o por testamento, para que el niño nacido con posterioridad a su muerte sea reconocido como hijo suyo, y siempre que la concepción o la implantación se hubiera producido en el término de un año desde la fecha de fallecimiento del causante.

Ahora bien, como fue indicado en el apartado anterior, el art. 563 sobre filiación *post mortem* fue suprimido del texto final del código. Lo llamativo es, sin embargo, que el inciso c) del art. 2279 se mantuvo, con una única modificación: se reemplazó la remisión al artículo 563 por una remisión al art. 561¹², que establece las formalidades que debe tener el consentimiento, y aclara que este es revocable “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

¿Podemos afirmar, entonces, que el art. 2279 reconoce tácitamente la transferencia embrionaria y la filiación *post mortem*?

¹⁰ Consideramos que el término “producción” es poco feliz, pues cosifica al embrión criopreservado. Más adelante ahondaremos sobre el estatus jurídico del embrión crioconservado.

¹¹ El art. 2279 del anteproyecto establecía: “Pueden suceder al causante (...) c) las nacidas después de su muerte mediante técnicas de reproducción humana asistida, con los requisitos previstos en el art. 563”.

¹² El art. 561 del Cód. Civ. y Com. Dispone: “La instrumentación de dicho consentimiento [se refiere al consentimiento para someterse a las TRHA] debe contener los requisitos previstos en las disposiciones especiales, para su posterior protocolización ante escribano público o certificación ante la autoridad sanitaria correspondiente a la jurisdicción. El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

*Coincidimos con parte de la doctrina*¹³ en cuanto a que un análisis armónico de todas las disposiciones del Cód. Civ. y Com. en materia de filiación por TRHA permite concluir que el art. 2279 dejó más interrogantes que respuestas.

En primer lugar, cabe resaltar que el código dispone que el consentimiento debe renovarse cada vez que se utilizan gametos o embriones. Esto implica que, para que medie filiación y, en consecuencia, se reconozcan derechos sucesorios al hijo nacido por TRHA, el causante debe haber prestado su consentimiento para que se utilicen sus gametos o para que se transfieran los embriones previamente generados con sus gametos. Sin embargo, se advierte que, evidentemente, la muerte de una persona imposibilita que esta renueve el consentimiento¹⁴. Y se eliminó el art. 563, que expresamente admitía la posibilidad de brindar ese consentimiento de antemano. Es decir, el Código no explica cómo podría otorgarse el segundo consentimiento que dé lugar a una filiación *post mortem*.

En segundo lugar, el art. 2279 remite al art. 561, que expresamente faculta a quien se somete a las TRHA a revocar su consentimiento hasta tanto no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión. Sin embargo, la persona fallecida no tendrá la posibilidad de revocar su consentimiento, lo que da lugar a serias dudas respecto al alcance de la remisión del art. 2279.

Pareciera que el reconocimiento de la capacidad para suceder en los términos del art. 2279, inc. c) conduce a otro callejón sin salida.

IV. LA VOLUNTAD PROCREACIONAL, ¿PIEDRA FUNDAMENTAL?

A la confusión que genera el art. 2279 y su remisión al art. 561 debe sumarse el análisis sobre el rol fundamental que el código aparentemente otorga a la voluntad procreacional.

El art. 562 del Cód. Civ. y Com. dispone que el niño nacido a través de TRHA es hijo de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también prestaron su consentimiento para someterse al tratamiento, con independencia de quién haya aportado los gametos. Se evidencia de este modo que la manifestación del consentimiento es el “eje central y fundante para la determinación de la filiación”¹⁵ por TRHA.

Tal relevancia tiene la voluntad procreacional en los casos de TRHA que el Código dispone que el consentimiento debe otorgarse al comenzar al tra-

¹³ Ver, por ejemplo, Ferrer, Francisco A. M., “Personas que pueden suceder al causante”, La Ley, 2015-B, p. 660 LA LEY 13/03/2015, 1, LA LEY 2015-B, 66, AR/DOC/685/2015 y Perrino, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, act. por Basset, Úrsula (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, 3ª ed., t. III, p. 2531.

¹⁴ Cfr. Lafferrière, Jorge Nicolás, ob. cit., y FERRER, Francisco A. M., «La fecundación post mortem», LA LEY 2018-E, 1034, AR/DOC/2042/2018.

¹⁵ Perrino, Jorge Oscar, ob. cit., p. 2482.

tamiento de reproducción asistida y debe renovarse cada vez que se proceda a la utilización de gametos o embriones. Asimismo, se establece que quienes otorgan dicho consentimiento pueden revocarlo libremente “mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”¹⁶.

Por otro lado, el art. 561 establece que el consentimiento previo, informado y libre debe instrumentarse, e incluso protocolizarse ante escribano público o certificarse ante la autoridad sanitaria correspondiente.

A mayor abundamiento, el art. 55 dispone que “el consentimiento para la disposición de los derechos personalísimos (...) no se presume, es de interpretación restrictiva, y libremente revocable”. La decisión respecto al sometimiento a una TRHA constituye un acto personalísimo, y, por ende, resulta de aplicación el artículo citado ¹⁷.

El análisis de todas las normas señaladas nos permite arribar a una primera conclusión: el consentimiento debe ser expreso, formal, interpretado de forma restrictiva y otorgado personalmente por la persona que se somete a las TRHA al iniciar el tratamiento y al utilizar los gametos o embriones crioconservados ¹⁸.

A pesar de ello, parte de la doctrina y de la jurisprudencia han sido proclives a flexibilizar las características del consentimiento precedentemente señaladas.

Así, por ejemplo, la jurisprudencia ha considerado que, en un caso en el cual un hombre había otorgado el primer consentimiento para acceder a las TRHA, pero que había fallecido antes de otorgar el segundo consentimiento, correspondía igualmente hacer lugar a la solicitud de la mujer de implantar los embriones crioconservados, ya que, analizando los actos llevados a cabo por el hombre antes de su fallecimiento, no existían dudas de su voluntad procreacional ¹⁹.

Siguiendo un razonamiento similar, algunos autores consideran que el consentimiento para continuar con una TRHA, en los casos de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja, puede ser implícito, sosteniendo que “debe habilitarse esta modalidad de consentimiento cuando se trata de concretar un plan de vida basado en el amor filial más allá de la finitud”²⁰.

¹⁶ Cód. Civ. y Com., art. 561.

¹⁷ Autores de posturas doctrinales diversas han coincidido en la importancia de respetar la interpretación restrictiva del consentimiento en estos casos, rechazando la admisibilidad de la representación o el reconocimiento del consentimiento presunto. Ver, por ejemplo, Herrera, Marisa, “Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas: los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá”, en Revista InDret, Barcelona, enero 2017, y Lafferrière, Jorge Nicolás, ob. cit.

¹⁸ Cfr. Zúñiga Basset, María, “Filiación post mortem: un paneo del estado del arte y la situación en el derecho sucesorio”, *El Derecho*, 10/06/2019, cita digital: ED-DCCLXXVII-926.

¹⁹ Juzgado Nacional de 1ª Instancia en lo Civil Nro. 76, “E., A. N. c. P. s/ Amparo — Familia”, 30/12/2019.

²⁰ Gil Domínguez, Andrés, “Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar”, *LA LEY* 2016-D, 542, AR/DOC/2171/2016.

De este modo, advierte que se han ido desdibujando las líneas estrictas respecto a la interpretación y los requisitos formales exigidos para la manifestación de la voluntad procreacional en los casos de TRHA. Asimismo, en los casos en los que se admite la viabilidad del consentimiento “implícito”, nada se dice sobre la imposibilidad de revocación. Evidentemente, si el progenitor ha fallecido, no tendrá oportunidad de revocar el consentimiento (un consentimiento que, a nuestro entender, ni siquiera ha otorgado).

El Código Civil y Comercial parece ser claro en cuanto a los requisitos formales del consentimiento. Pero en la práctica esa exigencia parece desdibujarse: el consentimiento en materia de TRHA, cuando uno de los pretendidos progenitores ha fallecido, en algunos casos se ha presumido.

V. EL PROBLEMA DE BASE: LA SITUACIÓN DEL EMBRIÓN CRIOCONSERVADO

Hasta aquí, hemos analizado el vacío normativo que existe respecto a la filiación *post mortem* y a la transferencia embrionaria *post mortem*, así como las diversas interpretaciones que existen en torno al consentimiento para el acceso a las TRHA.

En nuestra opinión, el problema que subyace a la problemática de la transferencia embrionaria *post mortem* es consecuencia de la inexistencia de reglas claras respecto a un tema aún más importante: la indefinición respecto a la situación del embrión crioconservado.

Desde el momento en que se produce la fecundación *in vitro* de los gametos, se forma una persona, con una identidad biológica y genética distinta a la de sus progenitores. Tal como señala Ferrer, el embrión es “un ser humano concebido y en formación”²¹.

Entendemos que las modificaciones que se han efectuado al anteproyecto y los cambios de redacción respecto a lo establecido por el Código Civil derogado nos permiten concluir que existen argumentos suficientes para sostener que nuestro Código Civil y Comercial reconoce la personalidad del embrión crioconservado.

En primer lugar, destacamos que el art. 19 del Cód. Civ. y Com., en línea con lo dispuesto en diversos tratados internacionales²², dispone que “la existencia de la persona humana comienza con la concepción”. El artículo no realiza distinción alguna en cuanto al lugar donde debe producirse la concepción. Así,

²¹ Ferrer, Francisco A. M., ob. cit.

²² La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “persona es todo ser humano” y que “toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción” (art. 1.2. y 4.1.). Asimismo, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño (ley 23.849), la República Argentina realizó una reserva al artículo 1º, manifestando que, para nuestro país, “se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

en nuestra opinión, el código reconoce que todas las personas, ya sea que hayan sido concebidas en el seno materno o *in vitro*, son personas desde el momento de su concepción.

Al respecto, merece la pena recordar que el Código Civil derogado disponía que “desde la concepción en el seno materno comienza la existencia de las personas”²³. Queda claro que, al momento de la sanción del Código Civil, no existía posibilidad de que las personas fueran concebidas en un lugar distinto al seno materno. Por ello, el énfasis que el Código Civil ponía en la concepción en el seno materno no debía ser entendido como una discriminación a aquellas personas concebidas *in vitro*, sino más bien un reconocimiento explícito de la personalidad del no nacido. En línea con los tiempos actuales, el Código Civil y Comercial ha eliminado la aclaración respecto al lugar de concepción. Por ello, no quedan dudas de que el embrión, haya sido concebido dentro o fuera del seno materno, es persona humana desde el momento de su concepción.

A mayor abundamiento, destacamos que el anteproyecto originalmente establecía una distinción entre la concepción en el seno materno y la implantación del embrión concebido por TRHA. Al respecto, el texto del art. 19 original establecía: “La existencia de la persona humana comienza con la concepción en el seno materno. En el caso de técnicas de reproducción humana asistida, comienza con la implantación del embrión en la mujer, sin perjuicio de lo que prevea la ley especial para la protección del embrión no implantado”. El artículo citado, afortunadamente, fue modificado.

Sin perjuicio de la crítica que nos merece el doble régimen de inicio de la existencia de la persona humana, que proponía el anteproyecto, destacamos que el artículo reconocía que, en los casos de TRHA, lo que se producía en la mujer era la “implantación del embrión”. A diferencia de lo que se establecía en el caso de concepción natural (en el que se hacía referencia a la “concepción en el seno materno”), el anteproyecto no hablaba de concepción del embrión en la mujer, sino de su implantación.

A nuestro entender, el texto de la norma reconocía implícitamente que, al momento de la implantación ya se había producido con anterioridad la concepción. De otro modo, no tendrían sentido alguno los diferentes términos —“concepción” versus “implantación”— que el anteproyecto utilizaba. Por este motivo, teniendo en cuenta que el texto final del Código Civil y Comercial habla únicamente de la concepción, sin hacer aclaración o distinción alguna, entendemos que engloba la concepción tanto dentro como fuera del seno materno.

En línea con lo expuesto, destacamos, además, que el Cód. Civ. y Com. en su art. 561 establece que puede revocarse el consentimiento otorgado en materia de TRHA, mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión criopreservado. Sin perjuicio de las objeciones que consideramos pueden plantearse sobre esta disposición del Código en cuanto a

²³ Cód. Civil, art. 70.

la revocación del consentimiento en los casos en los que ya existe un embrión crioconservado, destacamos que el código, al aclarar que el consentimiento puede revocarse antes de la concepción “en la persona”, reconoce implícitamente que puede, entonces, existir una concepción “fuera de la persona”, es decir, *in vitro*²⁴. Esta distinción que realiza el art. 561 resulta incompatible, a su vez, con aquellas posturas que sostienen que, en los casos de embriones crioconservados, la concepción se produce con la implantación del embrión²⁵, pues, en ese caso, el código no hubiera diferenciado las dos situaciones precedentemente citadas: bastaba con permitir la revocación antes de que se produzca la concepción, sin aclaración alguna.

A pesar de lo expuesto, algunos autores argumentan que ciertas disposiciones del Cód. Civ. y Com. permiten inferir que dicho plexo normativo no reconoce la personalidad del embrión crioconservado.

En esta línea, por ejemplo, parte de la doctrina considera que el art. 20 del Cód. Civ. y Com.²⁶, al hacer referencia a la época de la concepción en relación con la duración del embarazo, entiende que “hay persona recién a partir de la concepción como sinónimo de embarazo”²⁷. No estamos de acuerdo con esta interpretación. Creemos que el art. 20 tiene por objeto establecer una presunción sobre la época de la concepción en los casos de concepción natural, sentando así el plazo máximo o mínimo dentro del cual aquella puede haberse producido. Ahora bien, el hecho de que el art. 20 vincule la época de la concepción con el embarazo no implica que la concepción se produzca únicamente cuando existe embarazo (es decir, en el seno materno), sino que dicho artículo resulta de aplicación a los casos de concepción en el seno materno, y no a los casos de concepción extracorpórea (donde la concepción no va a tener relación alguna con el plazo máximo o mínimo de embarazo).

Por otro lado, algunos autores sostienen que el código implícitamente reconoce que el embrión crioconservado no es persona, ya que el art. 561 permite la revocación del consentimiento hasta tanto no se haya producido su implantación. Argumentan que, de haber reconocido personalidad al embrión no implantado, el código no hubiera permitido la revocación del consentimiento.

Sobre esta cuestión, consideramos que el art. 561 se refiere a la filiación en los casos de TRHA. Es decir, del texto de la norma surge que, si el consenti-

²⁴ Cfr. Lafferrière, Jorge Nicolás, «El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado», en DFyP 2014 (noviembre), 03/11/2014, p. 143.

²⁵ Ver, por ejemplo, Herrera, Marisa, “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica”, en RCCyC 2018 (julio), 13/07/2018, p. 3.

²⁶ Cód. Civ. y Com., art. 20: “Época de la concepción es el lapso entre el máximo y el mínimo fijados para la duración del embarazo. Se presume, excepto prueba en contrario, que el máximo de tiempo del embarazo es de trescientos días y el mínimo de ciento ochenta, excluyendo el día del nacimiento”.

²⁷ Herrera, Marisa, “Filiación post mortem...”, ob. cit.

miento se revoca, no existirá filiación entre el embrión y la persona que revocó su consentimiento ²⁸, pero nada dice sobre el destino de dicho embrión una vez que el consentimiento es revocado.

Evidentemente, el art. 561 nos deja un sabor amargo. En el afán de otorgar un valor cuasi absoluto a la voluntad procreacional, el código omite considerar qué sucede con el embrión no implantado en los casos en los que se decide revocar el consentimiento. Consideramos que la solución del artículo citado es lamentable, y que hubiera sido deseable que se brindara protección al embrión crioconservado.

Sin perjuicio de ello, entendemos que la opción de revocación no implica reconocer que el embrión no es persona. A mayor abundamiento, remitimos a lo anteriormente expuesto respecto a la diferenciación que realiza este artículo entre la “concepción en la persona” y la “implantación del embrión”.

En nuestra opinión, el Cód. Civ. y Com. implícitamente reconoce que, antes de la implantación del embrión, existe concepción extracorpórea. Esto implica reconocer que el embrión crioconservado es persona humana. A pesar de ello, autoriza a revocar el consentimiento y a rechazar su filiación. Pero nada dice sobre el destino del embrión que espera ser implantado para continuar su desarrollo.

VI. CONCLUSIÓN

Han transcurrido más de veinte años desde la sentencia dictada en la causa “Rabinovich”²⁹, en la cual quedó en evidencia el estado de desprotección en el que se encontraban los embriones crioconservados. “Rabinovich” reconoció expresamente que bajo nuestro ordenamiento jurídico el embrión es persona, y que, por el hecho de ser persona, merece ser protegido y que su vida y su dignidad sean respetadas.

Desde el dictado de la mencionada sentencia a la fecha, la ciencia ha avanzado y el acceso a las TRHA se ha expandido. Consecuentemente, la necesidad de normas claras sobre la materia resulta cada vez más imperiosa.

El Código Civil y Comercial tuvo la oportunidad de aclarar esta cuestión y de brindar una solución concreta a la situación crítica en la que se encuentran los embriones crioconservados. Esta oportunidad se ha desperdiciado.

Si bien consideramos que el código reconoce que el embrión no implantando es persona humana desde su concepción, la supresión sin más de la filiación *post mortem*, la confusión generada por el reconocimiento de su capacidad para suceder, junto con la posibilidad de revocar el consentimiento en las TRHA

²⁸ Cfr. Lafferrière, Jorge Nicolás, «El artículo 19 del Código...», ob. cit.

²⁹ CNCiv., sala I, “Rabinovich, Ricardo David s/ medidas precautorias”, 03/12/1999.

en los casos en los que existen embriones crioconservados, ha creado un entramado de normas confusas ³⁰.

La situación se complejiza aún más al analizar la norma transitoria segunda contenida en el art. 9° de la ley 26.994, que establece que “la protección del embrión no implantado será objeto de una ley especial”.

Coincidimos con Staropoli en que la solución al problema no es la remisión a una ley especial ³¹. Habiendo tenido la oportunidad de disipar dudas respecto a la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra el embrión crioconservado, el legislador optó por diferir el tratamiento de esta importante cuestión.

Además, la redacción de la mencionada disposición transitoria ha dado lugar a discusiones respecto a su sentido: parte de la doctrina considera que el legislador reconoce de este modo que el embrión no implantado, en cuanto persona, merece una protección especial, mientras que otros consideran que el hecho de que el propio código remita a una ley especial para la regulación de su protección, en lugar de incorporarla expresamente en su texto, implica admitir tácitamente que el embrión crioconservado no es persona ³².

A la confusión generada por el texto de la disposición transitoria se suma el hecho de que, a más de seis años de la sanción del Código Civil y Comercial, la ley especial sobre la protección del embrión crioconservado aún no ha sido dictada.

El objeto del presente artículo era analizar dónde nos encontramos parados respecto a la transferencia embrionaria *post mortem*. Pues bien, no tenemos claro dónde estamos parados.

Y el problema no es únicamente que no exista una norma expresa sobre transferencia de embriones *post mortem*, sino que se omita proteger adecuadamente al embrión crioconservado como persona.

Mientras sigamos priorizando la voluntad procreacional de los adultos y postergando la sanción de normas claras respecto a la situación del embrión no implantado, seguiremos fallando como sociedad en proteger a los más débiles: las personas por nacer.

VII. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

Basset, Úrsula C., “El consentimiento informado y la filiación por procreación asistida en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2015-D, 663, AR/DOC/2099/2015.

— “Relaciones de familia”, en Alterini, Jorge H. (dir.), Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético, La Ley, Buenos Aires, 2015, 1ª ed.

³⁰ Cfr. Ferrer, Francisco A. M., “Personas que pueden...”, ob. cit.

³¹ Staropoli, María del Carmen, “Los embriones que no son ‘personas’ y esperan en el limbo su destino humano -¿Un nuevo apartheid?—” en DFyP 2013 (mayo), 01/05/2013, p. 190.

³² Herrera, Marisa, “Filiación post mortem y voces jurisprudenciales...”, op. cit.

- Bedrossian, Gabriel, “Fertilización *post mortem*: un límite necesario frente al entusiasmo de permitirlo todo”, en *Revista Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética*, junio 2020.
- CNCiv., sala I, “Rabinovich, Ricardo David s/ medidas precautorias”, 03/12/1999.
- Famá, María Victoria, “La filiación post mortem en las técnicas de reproducción humana asistida”, SJA 05/02/2014.
- Ferrer, Francisco A. M., “La fecundación post mortem”, LA LEY 2018-E, 1034, AR/DOC/2042/2018.
- “Personas que pueden suceder al causante”, LA LEY 13/03/2015, 1, LA LEY 2015-B, 66, AR/DOC/685/2015.
- Gil Domínguez, Andrés, “Filiación post mortem y técnicas de reproducción humana asistida. El amor después de la muerte: un fallo ejemplar”, LA LEY 2016-D, 542, AR/DOC/2171/2016.
- Herrera, Marisa, “Filiación post mortem y voces jurisprudenciales comparadas pseudo progresistas: los problemas de los consentimientos informados prestados desde y para el más allá”, en *Revista InDret*, Barcelona, enero 2017.
- “Texto y contexto de la noción de persona humana en el Código Civil y Comercial desde una perspectiva sistémica”, en *RCCyC* 2018 (julio), 13/07/2018.
- Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 76, “E., A. N. c. P. s/ Amparo — Familia”, 30/12/2019.
- Lafferrière, Jorge Nicolás, “El artículo 19 del Código Civil y Comercial de la Nación y el reconocimiento como persona del embrión humano no implantado”, *DFyP* 2014 (noviembre), 03/11/2014.
- “La fecundación post mortem en el Derecho argentino. Reflexiones a partir de una sentencia judicial”, LA LEY 2018-C, 599, AR/DOC/1288/2018.
- Perrino, Jorge Oscar, “Derecho de Familia”, act. por Basset, Úrsula C. (dir.), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, 3ª ed.
- Staropoli, María del Carmen “Los embriones que no son <personas> y esperan en el limbo su destino humano -¿Un nuevo apartheid?-", *DFyP* 2013 (mayo), 01/05/2013.
- Zúñiga Basset, María, “Filiación *post mortem*: un paneo del estado del arte y la situación en el derecho sucesorio”, *El Derecho*, 10/06/2019, *cita digital: ED-DCCLXXVII-926*.

Recepción: 02/12/2020

Aceptación: 11/12/2020

DILEMAS AL REGULAR LA UNIÓN CONVIVENCIAL: LA SOLUCIÓN URUGUAYA

POR BEATRIZ RAMOS CABANELLAS (*)

Resumen

En este artículo refiero en grandes líneas los dilemas que pueden presentarse al legislar la unión convivencial, así como los aciertos y errores que, en mi opinión, existen en el ordenamiento jurídico uruguayo con relación a este tema.

Palabras clave

Unión concubinaria, concubinato, unión convivencial, unión de hecho, matrimonio, esfuerzo y caudal común, derechos sucesorios del conviviente sobreviviente.

DILEMMAS WHEN REGULATING THE COHABITING UNION: THE URUGUAYAN SOLUTION

Abstract

In this article I refer in broad lines to the dilemmas that may arise when legislating the coexistence union, as well as the successes and errors that, in my opinion, exist in the Uruguayan legal system in relation to this issue.

Keywords

Cohabiting union, concubinage, cohabiting union, de facto union, marriage, effort and commonwealth, inheritance rights of the surviving cohabiting partner.

I. INTRODUCCIÓN

Desde un principio es importante señalar que en el ordenamiento jurídico uruguayo se denomina unión concubinaria a lo que en otros países se llama unión convivencial, unión libre, unión de hecho o unión no matrimonial.

(*) Profesora titular de Derecho Privado I y VI de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y profesora titular de Derecho de Familia y Derecho Filiatorio y Sucesorio de la Universidad Católica del Uruguay.

En Uruguay esta unión de pareja no fue regulada hasta diciembre del año 2007, es decir, luego de transcurridos 138 años de que entrara en vigencia nuestro Código Civil.

Justo es decir que, con anterioridad al año 2007, se presentaron diversos proyectos de ley, pero ninguno logró sanción legislativa.

En general, al legislar sobre este tema, surge un gran dilema inicial respecto a si resulta adecuada o no la regulación legal de estas uniones.

Esta disyuntiva es razonable en la medida en que los propios sujetos a los que debe aplicarse la normativa expresan, incluso en forma tácita, su voluntad de no someterse a las reglas vigentes, que generalmente son las del matrimonio.

Cuando ese dilema se resuelve inclinándose por la regulación, se presentan algunos interrogantes que dan lugar a nuevos dilemas, muchos de los cuales, en mi opinión, no fueron resueltos en forma adecuada por la ley uruguaya.

Adelanto opinión, en el sentido de que el legislador uruguayo, al regular estas uniones, tomó como referencia el matrimonio, y, si bien ambas uniones de pareja revisten características similares, presentan algunas diferencias que entiendo deberían ser consideradas.

Trataremos más adelante este punto.

Comencemos por decir que el Código Civil uruguayo entró en vigencia en el año 1869 y, con relación a la convivencia de las parejas, reconoció efectos jurídicos únicamente al matrimonio, colocándolo en el centro de la regulación de la familia.

El matrimonio, hasta el año 2007, fue la única forma de pareja reconocida por la ley para generar efectos jurídicos.

Esto originó que se constituyera en un verdadero eje sobre el cual se calificaba a las parejas y a sus hijos en matrimoniales y extramatrimoniales.

Nuestro codificador, el jurista argentino Tristán Narvaja ¹, se refirió al matrimonio expresando que es “la unión de dos personas que se asocian tan íntimamente cuanto es posible para procurarse recíprocamente su felicidad. De donde resulta entre los esposos una colaboración de todos los instantes, un trabajo común y sin tregua para ayudarse, socorrerse, aumentar sus goces y honor y asegurar el porvenir de los hijos”.

Este concepto del matrimonio impregnó toda su regulación y explica en gran parte los efectos personales y patrimoniales que el codificador primero y posteriores leyes después reconocieron a aquel.

Así, por ejemplo, tanto los deberes como la estructura del régimen patrimonial del matrimonio tienen su clara explicación en este concepto tan claramente planteado por Narvaja.

Nuestro originario Código Civil reguló un matrimonio monogámico, heterosexual e indisoluble, con una clara autoridad marital, y la consagración de

¹ NARVAJA, Tristán, “La sociedad conyugal y las dotes”, publicación que hemos identificado en la Biblioteca de la Universidad de la República Facultad de Derecho.

diversos derechos y deberes de los cónyuges entre sí, para con sus hijos y frente a terceros.

El régimen matrimonial consagrado por el Código Civil uruguayo de 1869 fue similar al adoptado por otros códigos de la época y respondió a la estructura social de la misma.

En la actualidad, el matrimonio civil continúa siendo monogámico, pero desde principios del siglo XX es disoluble por divorcio y ya no tiene la característica de ser únicamente heterosexual, en la medida en que puede ser celebrado por personas de igual o distinto sexo.

A partir de la sanción de la ley 19.075 (Ley de Matrimonio Igualitario), podemos encontrar una definición de matrimonio en nuestro Código Civil.

En efecto, el art. 1° de dicha ley sustituyó la redacción del art. 83 del Código Civil, disponiendo en su inciso primero: “El matrimonio civil es la unión permanente, con arreglo a la ley, de dos personas de distinto o igual sexo...”.

Sin duda, el matrimonio proporciona a sus integrantes una amplia cobertura legal.

De él se origina un estado de familia, esto es, la familia matrimonial o legítima, especialmente considerada por nuestro codificador.

Además de generar parentesco por consanguinidad, es el único instituto que da origen al parentesco por afinidad, permitiendo una extensión de vínculos familiares que son privativos de aquel.

La culpa en el matrimonio tiene incidencia tanto en los alimentos como en otros temas y entre sus integrantes, y, asimismo, existen una serie de derechos y deberes, entre los que se regulan los auxilios recíprocos, la convivencia y el deber de fidelidad.

Se trata de un acto que se celebra un determinado día, y, a partir del mismo, se generan una serie de efectos personales y patrimoniales claramente determinados tanto para los cónyuges como frente a terceros.

Con relación a las uniones de hecho (así denominadas por no ser matrimoniales), tuvieron escasa legitimación en la sociedad uruguaya, al punto de que, en el censo del año 1908, no fueron contabilizadas, registrándose únicamente los matrimonios.

En el siglo pasado y en lo que va del presente, se observó una proliferación de dichas uniones y, consecuentemente, un aumento drástico de la natalidad extramatrimonial.

En cuanto a la formación de las parejas, calificados estudios sociales observaron que, durante los últimos años, hubo un descenso sostenido del número de parejas que optaron por el matrimonio y un aumento sistemático en la proporción de parejas que se unieron de hecho ².

² CABELLA, Wanda, “Los cambios recientes de la familia uruguaya: la convergencia hacia la segunda transición demográfica” en FASSLER, Clara (coord.), Familias en Cambio en un mundo en cambio, Ediciones Trilce, Montevideo, 2006.

Ya desde la década de los años setenta, se registró una tendencia descendiente de la nupcialidad. Entre los años 1975 a 1989, la variación porcentual de este indicador alcanzó una reducción del 16,5% (de 11,9 a 10), mientras que entre los años 1989 y 2004 la tasa se redujo al 47,4%.

En términos comparativos, el valor actual de la tasa es bastante más bajo que el registrado en varios países de América Latina y muy similar al encontrado en países como Francia y Suecia.

Las denominadas uniones libres siguen siendo más frecuentes en los sectores más desfavorecidos, con menos educación y los pobres.

También dicho tipo de unión se encuentra con mayor frecuencia entre los estratos más jóvenes de la población, aunque, en este último caso, hay un número importante de parejas que comienza su convivencia de hecho y que, pasados los años, contrae matrimonio.

Si bien se incrementó fuertemente el número de uniones de hecho, en la actualidad, la cantidad de matrimonios es superior a la de aquellas. Esto último se evidencia en el censo poblacional del año 2011, ya que el 63% de las personas que viven en pareja están casadas.

Tal vez fue el aumento sistemático de estas uniones, sumado a otras causas, principalmente sociales y económicas, lo que haya generado una serie de reclamaciones judiciales que evidenciaron la necesidad de una regulación legal en la materia.

Y es que quienes se unían para convivir, sin voluntad de cumplir con las formas previstas en el ordenamiento jurídico para regular el matrimonio, al llegar al fin de la convivencia, recurrían al Poder Judicial en búsqueda de protección jurídica.

Las demandas que con mayor frecuencia se presentaban ante nuestro foro al disolverse la pareja se referían a la solicitud de alimentos y a reclamaciones respecto a los bienes adquiridos por cualquiera de los convivientes durante la unión.

Para resolver estas reclamaciones, doctrina y jurisprudencia debieron recurrir a diversas construcciones con base en el derecho común.

La existencia de la convivencia en sí misma no generaba derechos; estos se reconocían si existían elementos que demostraran la existencia de un enriquecimiento sin causa o de una verdadera sociedad de hecho.

No obstante, muchas veces, situaciones con características iguales recibían fallos distintos, dependiendo ello de la sede judicial que debía entender en el asunto.

Para ilustrar la dificultad que en algunas oportunidades ha planteado la aplicación de estas teorías a nivel jurisprudencial, basta con comentar que, en un caso, llegó a entender el juzgado de primera instancia que el concubinato podía tener por fundamento una acción mixta inclasificada, a diferencia del tribunal de segunda instancia, que entendió que se había configurado el enriquecimiento

sin causa, mientras que la Suprema Corte de Justicia consideró aplicable la tesis de la sociedad de hecho ³.

Es decir, para un mismo caso, distintas soluciones ⁴.

Si bien no fue unánime la idea de regular esta clase de uniones, finalmente, y luego de varios proyectos de ley que no obtuvieron respaldo parlamentario, se aprobó el 18/12/2007 la ley 18.246, denominada Ley de Unión Concubinaría.

II. REGULACIÓN LEGAL DE LAS PAREJAS EN EL URUGUAY: SOLUCIÓN DE DILEMAS

Al enfrentar la regulación de la unión convivencial, se presentan diversos dilemas que es preciso definir.

El primero y fundamental es determinar si realmente hay que regular estas uniones en forma específica.

La solución de este dilema no es sencilla, ya que la norma debe aplicarse a parejas que no quieren someterse a las formas previstas en el ordenamiento jurídico, esto es, contraer matrimonio, y, por ende, es previsible que sus integrantes no cumplan las disposiciones que se prevean para su reconocimiento.

Ese dilema admite, en grandes trazos, dos definiciones.

La primera podría ser no regular las uniones no matrimoniales. Esta respuesta abstencionista no brinda una solución general e integral a las diversas demandas que se presentan, especialmente, al momento de la disolución de la pareja.

El tema no es menor porque, si bien existen aspectos de orden público que es necesario contemplar en forma integral, también es importante ponderar el peso de la autonomía de la voluntad en esta materia.

Dado que en nuestro país no se ha planteado una recodificación, la segunda definición podría ser dictar una ley en la materia, y esto nos enfrenta a nuevos dilemas entre los que, a mi juicio, destaca el siguiente: Al regular estas uniones, ¿tomamos como referencia las soluciones normativas dadas para el matrimonio o consideramos nuevas respuestas?

Resuelto ello, siguen otros temas en casada, que requieren una definición adecuada en el sentido de la conservación del equilibrio, dentro del ordenamiento jurídico vigente.

Por ejemplo, la disyuntiva puede presentarse respecto a si consideramos dentro de dicha regulación la unión en la cual uno o ambos integrantes de la

³ LJU. Tomo 23, año 1951, caso 3422., pp. 145 y siguientes. Suprema Corte de Justicia. Sentencia del 30/05/1951 (citado por Arezo en Revista de Doctrina y Jurisprudencia ps. 37 y 44).

⁴ RAMOS CABANELLAS, Beatriz y RIVERO DE ARHANCET, Mabel, "Unión concubinaría: análisis de la Ley 18.246", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016, 4ª ed. act. y reestr.

pareja están casados con terceras personas, y, en ese caso, cómo se resuelve la coexistencia de esa unión con el matrimonio preexistente.

Un interrogante de importancia a refiere a definir cómo se estructurará el derecho sucesorio o el orden jerárquico de deudores alimentarios, entre otros, una vez reconocida legalmente la unión concubinaría.

Es decir, se presentan una serie de dilemas cuya definición da lugar a otras disyuntivas y, fundamentalmente, a una serie de interrogantes que requieren definiciones sólidas.

Estas definiciones deben contemplar los derechos y obligaciones de los convivientes evitando distorsiones en el sistema vigente.

En mi opinión, en nuestro país, algunos de estos dilemas se resolvieron, algunos ni siquiera se plantearon y otros se definieron en forma no adecuada, con lo cual se adoptaron soluciones que generaron distorsiones en el ordenamiento jurídico existente y fuertes inconvenientes a la hora de su interpretación.

Así, a modo ilustrativo, si bien se definió regular la unión concubinaría, no se planteó si esta generaba estado civil ni en qué casos correspondía declarar su nulidad. Tampoco se resolvió en forma adecuada el régimen de bienes de los convivientes, así como los derechos sucesorios del sobreviviente.

Se admitió el reconocimiento judicial de la unión concubinaría integrada por personas casadas con terceras personas, sin definir en forma acertada algunos puntos de conexión, ni se consideró regular la separación de hecho de los cónyuges, lo que en mi opinión hubiese resultado de vital relevancia.

Como se comprenderá, plantear claramente los dilemas es de suma importancia a la hora de legislar, pues su solo planteamiento y su posterior definición suponen, muchas veces, la generación de una serie de interrogantes que dan paso a la reflexión, y cuyas soluciones enriquecen, en definitiva, el texto legal.

Es destacable el “vacilar” o, como expresaba el filósofo Carlos Vaz Ferreira ⁵, el “enseñar a vacilar” examinando las ventajas y los inconvenientes de las distintas soluciones.

Como expresa Zagrebelsky ⁶, la duda es en cierta forma un elogio a la verdad, ya que esta debe ser siempre reexaminada y redescubierta. La ética de la duda no es contraria a la verdad, sino contraria a la verdad dogmática, que es aquella que quiere fijar las cosas de una vez por todas e impedir o descalificar aquella crucial pregunta: ¿Será realmente verdad? Por ello, entiendo que se deben plantear los dilemas, reflexionar su definición y, a partir de allí, estructurar la norma.

⁵ VAZ FERREIRA, Carlos, “Fermentario”, Publicación de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1963.

⁶ ZAGREBELSKY, Gustavo, “Contra la ética de la verdad”, Editorial Trotta S.A., Madrid, 2010.

Como señalé previamente, desde la vigencia de nuestro originario Código Civil hasta el año 2007, solo el matrimonio y sus efectos personales y patrimoniales habían sido objeto de regulación legal.

Si bien, con el transcurso del tiempo, el número de las uniones no matrimoniales se incrementó, su existencia fue reconocida recién con la ley 18.246, y únicamente para aquellas uniones que cumplieran con las exigencias previstas en la ley.

La citada ley regula lo que denomina unión concubinaría, y es importante reiterar, para no confundir al lector, que en Uruguay se denomina así a la unión que otros países denominan “convivencial”, “unión de hecho”, etc.

Dicha ley regula la denominada “unión concubinaría” y reconoce la existencia de otras uniones de hecho, pero no las regula.

Esto es así, en la medida en que el art. 1° de la ley 18.246 dispone: “La convivencia ininterrumpida de al menos cinco años en unión concubinaría genera los derechos y obligaciones que se establecen en la presente ley, sin perjuicio de la aplicación de las normas relativas a *las uniones de hecho no reguladas por ésta*” (cursiva nuestra).

En grandes líneas, podemos decir que en nuestro país las uniones convivenciales se dividen en dos clases: por un lado, aquella que la ley denomina “unión concubinaría” y que es la que cumple con las exigencias dispuestas por la ley 18.246, y, por otro lado, las designadas por la ley citada como las “uniones de hecho no reguladas ...”, que son aquellas que no cumplen con dichos requisitos; son reconocidas por la ley, pero esta no regula sus efectos.

III. LA UNIÓN CONCUBINARIA EN URUGUAY

La unión concubinaría presenta notorias diferencias con el matrimonio en nuestro país, aunque en este trabajo solo nos referiremos a algunas.

A diferencia del matrimonio, que es un acto jurídico de naturaleza familiar que se perfecciona cuando en un momento determinado el oficial de estado civil lo declara ante los contrayentes que han expresado su voluntad, la unión concubinaría se forma con el transcurso del tiempo.

De acuerdo al art. 2° de la ley citada, la unión concubinaría es “... la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas —cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual— que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente...”.

Esta comunidad de vida de la pareja conviviente implica convivencia de “techo, lecho y mesa”, que es la forma en que tradicionalmente se ha interpretado el concubinato *more uxorio*.

De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 1°, para generar los derechos y obligaciones reconocidos por la citada ley, esa convivencia debe ser ininterrumpida y durar como mínimo cinco años. De esta forma, la ley ha querido conferir

una protección especial a aquella unión de dos personas vinculadas afectiva y sexualmente, que han cumplido con las exigencias de la ley.

Es decir, de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, si una pareja convive en forma ininterrumpida por un plazo no menor a cinco años, cumpliendo con los caracteres señalados en el art. 2º de la ley, genera, según el art. 1º), “...los derechos y obligaciones” que se establecen en la propia ley.

De acuerdo a la ley, estos elementos constitutivos son:

1. La convivencia de la pareja debe ser ininterrumpida.

2. La ley exige que la convivencia de la unión sea exclusiva y singular.

La exclusividad significa que ninguno de sus integrantes pueda unirse en una situación similar con otra persona, pues, en tal caso, la exclusividad desaparece y, a nuestro entender, deja de producir los efectos conferidos por la ley.

En cuanto al requisito “singular y exclusiva”, parece indicar situaciones muy similares, es decir, una unión entre dos personas identificadas como integrantes de la pareja y solamente esas dos personas, excluyéndose la posibilidad de que alguna de ellas mantenga otro vínculo concubinario o matrimonial en forma simultánea.

En un interesante caso, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno ⁷ tuvo en cuenta tales conceptos y, confirmando la sentencia de primera instancia, entendió la inexistencia de unión concubinaria porque uno de los integrantes de la pareja convivía en forma simultánea con su cónyuge, fundamentándolo como sigue: “...la Sala comparte íntegramente el análisis efectuado por la Sra. Jueza a-quo, coincidente con el criterio de la Fiscalía (fs. 67-74 u 102), en el sentido que, en la especie no se verifican los requisitos de ‘singularidad’ y ‘exclusividad’ exigidos por la ley 18.246”.

Si bien la ley aceptó la unión concubinaria de una persona casada, esto no habilita a sostener que el conviviente de estado civil casado esté legitimado para vivir en forma simultánea ambas situaciones.

3. La ley exige que la unión tenga estabilidad y permanencia.

Lo que se requiere es que la unión concubinaria no tenga tal fragilidad en su vínculo que la pueda llevar a la desaparición, sino que el vínculo debe ser firme y duradero. También, en caso de conflicto, será necesario aportar la prueba adecuada para demostrar que la unión concubinaria carecía de tales atributos.

4. La ley exige que la unión perdure por un plazo no menor a los cinco años.

El plazo constituye una condición de admisibilidad y, por lo tanto, debe cumplirse en forma inexorable.

⁷ Tribunal de Apelaciones de Familia 2º, sentencia N° 314, 10/11/2014 extraída del Anuario de Derecho Civil Uruguayo Tomo 45, Fundación de Cultura Universitaria.

Desde un inicio entendimos con Mabel Rivero de Arhancet ⁸ que el plazo de cinco años no puede ser interrumpido por cualquier circunstancia de la que surja el quiebre del vínculo y su reanudación posterior, en cuyo caso no se pueden sumar los distintos plazos. Por ejemplo, luego de dos o tres años de convivencia, la pareja se separa voluntariamente durante un año, al cabo del cual reanudan su relación; no pueden pretender computar los cinco años requeridos sumando los primeros de convivencia a los posteriores luego de la separación.

En igual sentido se pronunció el Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º Turno ⁹ expresando: “... Lo expresado significa que, se deberá alegar y probar en un proceso voluntario que, el concubinato ha perdurado por lo menos cinco años con lo cual se estaría cumpliendo con un requisito de admisibilidad, pues de lo contrario, como sucede en el libelo, la pretensión habrá de ser desechada”. Si la convivencia no duró cinco años, no estamos dentro de la situación prevista por la ley.

Además del cumplimiento de estos elementos constitutivos, dispone la ley que para que estos efectos sean reconocidos es necesario cumplir con otras exigencias que van más allá de las que surgen de la definición.

Y esto es así porque en Uruguay se reguló el reconocimiento de la unión concubinaria por proceso judicial, cuya sentencia debe inscribirse en el Registro Nacional de Actos Personales, Sección Uniones Concubinarias, de acuerdo a lo previsto por el art. 12 de la ley 18.246.

En efecto, la ley uruguaya requiere la intervención judicial al consagrar el proceso de reconocimiento judicial (arts. 5º y 6º).

“Reconocer” supone declarar la existencia de hechos ocurridos con anterioridad, y, en el caso de la unión concubinaria, ese reconocimiento puede ser solicitado por los mismos convivientes actuando en forma individual o conjunta, durante la vida de estos, o por cualquier interesado, en caso de fallecimiento de uno de ellos.

El art. 4º de la ley 18.246 dispone que son sujetos legitimados para promover el reconocimiento de la unión concubinaria los propios concubinos, actuando conjunta o separadamente, y cualquier interesado, una vez declarada la apertura legal de la sucesión de uno o de ambos concubinos.

Una vez conformada de hecho la unión concubinaria, al haberse cumplido con los elementos constitutivos requeridos por la ley, cualquiera de los concubinos, actuando conjunta o separadamente, queda habilitado para promover la declaratoria judicial de reconocimiento. Es decir, durante este período, la ley solamente habilita a los concubinos, ya sea en forma individual o conjunta, a promover la acción.

⁸ RAMOS CABANELLAS, Beatriz y RIVERO DE ARHANCET, Mabel, ob. cit.

⁹ Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º, sentencia N°10-90/2014, 30/05/2014 extraída del Anuario Crítico Uruguayo de Derecho de Familia y Sucesiones, Tomo III 2015, Fundación de Cultura Universitaria.

La unión concubinaria se confirma si se cumple con los elementos constitutivos prescritos por la ley. En este caso no hay un acto jurídico como en el matrimonio, sino que hay una situación de hecho que, si cumple con los elementos exigidos por la ley, produce una serie de derechos y obligaciones en el ámbito personal y patrimonial.

Aquellas situaciones en las que no se cumpla con los elementos constitutivos de la unión concubinaria, son consideradas por la misma ley como uniones de hecho no previstas en ella.

Así, por ejemplo, una pareja que conviva, pero que no cumpla con el plazo de cinco años de convivencia o que no tenga exclusividad en su relacionamiento se podrá considerar que conforma una unión de hecho, pero no una unión concubinaria en los términos legales.

Esta forma de conformarse la unión concubinaria deja de manifiesto que la forma para reconocer una unión concubinaria es más compleja y costosa que celebrar el matrimonio.

En efecto, el matrimonio se celebra ante el oficial del estado civil que cumple una función administrativa y la unión concubinaria se tramita por proceso judicial.

Es decir, aquellos que rechazan las formalidades se ven obligados a cumplirlas mucho más que aquellas parejas que expresan su voluntad de contraer matrimonio.

Esto claramente tuvo como consecuencia que el número de parejas que reconocen judicialmente su unión, antes de la disolución de esta, sea infinitamente inferior a la cantidad de uniones existentes.

En este punto, la realidad demostró que no fue acertada la forma de regulación.

Otro tema de importancia —y, tal vez, el desacierto más importante de la ley— fue la estructura que dio al régimen de bienes entre los convivientes.

Con relación a dicho régimen, hay acuerdo en doctrina ¹⁰ en cuanto a que se reguló en forma confusa y con defectos de técnica legislativa de importancia ¹¹.

El tema no es menor, si tenemos en cuenta que las reclamaciones patrimoniales entre concubinos eran sumamente frecuentes y que constituían el principal problema que se pretendió resolver con la ley.

La ley distingue si el reconocimiento judicial se obtiene durante la vigencia de la unión concubinaria o si es obtenido con posterioridad a su disolución.

El legislador uruguayo supuso que las parejas convivirían durante cinco años y que, transcurrido el plazo, solicitarían ante la sede judicial el reconocimiento de su unión.

¹⁰ RAMOS CABANELLAS, Beatriz y RIVERO DE ARHANCET, Mabel, ob. cit.

¹¹ CAROZZI FAILDE, Ema, “Ley de unión concubinaria: reformas en el derecho de familia y sucesorio”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

Pero la realidad demostró que las parejas adoptaron otro comportamiento, y la mayoría de los reconocimientos judiciales se han solicitado con posterioridad a la disolución de la unión, ya sea que esta se disuelva por voluntad de los concubinos o por muerte o ausencia de alguno de ellos.

El punto es de importancia, en razón de que, con el reconocimiento judicial de la unión y su posterior registración, nace lo que la ley denomina “sociedad de bienes” entre los concubinos y frente a terceros.

A partir de allí, se dispone que nace una sociedad de bienes que se sujetará a las normas de la sociedad conyugal (aplicable al matrimonio) en lo que resulte aplicable. Es decir, se remite a aplicar las normas que rigen la sociedad conyugal del matrimonio, pero no se dice qué normas resultan aplicables.

Tal como referí con anterioridad, la mayoría de las parejas no siguieron el camino previsto por el legislador y, en la práctica, recién peticionan el reconocimiento judicial de la unión cuando la disuelven por alguna de las causales previstas en el art. 8 de la ley.

El problema principal se presenta cuando, sin haberse reconocido judicialmente la unión, uno solo de los convivientes adquiere un bien con caudal común de la unión; en ese caso, la norma no da una solución clara, ya que admite más de una interpretación, por lo que entiendo que no se ha logrado cumplir el objetivo de la ley en este punto.

Otro tema que, en mi opinión, no tuvo una definición acertada fue el referido a los derechos del concubino sobreviviente en caso de muerte de su pareja.

La ley 18246 reconoció la unión concubinaria y concedió derechos sucesorios al concubino supérstite, y esto lo hizo en forma diferente a como lo dispuso el Código Civil respecto al cónyuge sobreviviente.

En efecto, luego de estudiar ambos regímenes, se puede arribar a una primera conclusión: los derechos sucesorios del cónyuge supérstite son más amplios que los reconocidos al concubino sobreviviente.

El conviviente sobreviviente, si cumple con los requisitos legales, puede ser beneficiario de dos asignaciones forzosas: 1) los derechos reales de habitación y uso (DRHU), art. 11 inc. 3° de la ley 18.246, y 2) la asignación forzosa de alimentos (arts. 871 a 873 Cód. Civil).

Los derechos sucesorios del cónyuge sobreviviente son mayores que los del concubino que sobrevivió al causante.

El cónyuge sobreviviente tiene más derechos en la medida que tiene derecho a porción conyugal, derechos reales de habitación y uso, y, eventualmente, a la asignación forzosa de alimentos.

A su vez, el conviviente sobreviviente concurre como heredero en el segundo orden de llamamiento, compartiendo la misma clase con el cónyuge supérstite y repartiendo lo que corresponde, según el número de años que duró cada una de esas relaciones.

Dado que en el derecho uruguayo los convivientes pueden estar casados con terceras personas durante su unión, es posible que alguno de ellos muera

siendo de estado civil casado. En esa situación, el sobreviviente deberá concurrir a la sucesión con el cónyuge supérstite, quien mantiene todos sus derechos en la sucesión. La ley contempló la situación del conviviente, pero no modificó los derechos del cónyuge, por lo que el segundo puede llegar a desplazar al primero en los derechos concedidos.

Esto puede ocurrir porque la ley 18246 concedió derechos al conviviente sobreviviente y lo sujetó a que no se afectaran las asignaciones forzosas. De esta forma, aseguró que el cónyuge supérstite no se viera afectado ni en su porción conyugal ni en su derecho real de habitación y uso (art. 11 de la ley 18.246).

De acuerdo a la regulación actual, podría suceder que tanto el cónyuge como el concubino sobrevivientes tuvieran derecho real de habitación y uso sobre dos inmuebles distintos. Y, en el caso de que ambos tuvieran tales derechos, podría ocurrir que el cónyuge desplace al concubino, lo que ocurriría si la porción disponible no fuera suficiente para imputar ambos derechos.

Es decir que, tomada la decisión de aplicar las disposiciones de la ley a los convivientes de estado civil casado, se resolvieron en forma inadecuada los derechos de la pareja actual del causante (su conviviente) y en relación con los del cónyuge con el cual estaba separado de hecho.

También consideramos un desacierto de la ley el hecho de no haber regulado el estado civil de los convivientes entre sí.

Con relación a este tema, la doctrina no es unánime en cuanto a si la unión concubinaria genera estado civil.

En obra anterior ¹² señalamos que la unión concubinaria no genera estado civil. Fundamentamos nuestra opinión en que no genera filiación ni parentesco, y en que no dispuso la ley su inscripción en el Registro de Estado Civil, como sucede con otros actos jurídicos, entre ellos, el matrimonio.

Posteriormente, el profesor Arturo Yglesias ¹³ se manifestó en igual opinión, negando estado civil a la unión concubinaria regulada por la ley.

En opinión opuesta a la nuestra, el jurista uruguayo Arezo Piriz entendió que la unión concubinaria, tal como ha sido legislada, genera un verdadero estado civil nuevo, que puede generar obligaciones alimentarias y derechos sucesorios.

En sentencia dictada por el Tribunal de Apelaciones de Familia de Primer Turno ¹⁴ se entendió que: "... sin lugar a dudas la unión concubinaria no fue asimilada al matrimonio y sin perjuicio de reconocer la opinabilidad del punto, comparte la opinión de la doctrina que le niega a la unión concubinaria la posibilidad de crear un nuevo estado de familia, en cuanto no se llega a reunir los

¹² RAMOS CABANELLAS, Beatriz y RIVERO DE ARHANCET, Mabel, ob. cit.

¹³ YGLESIAS, Arturo, "Consideraciones sobre la ley de Unión Concubinaria" en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, 38, 827-838, 2008.

¹⁴ Tribunal de Apelaciones de Familia de 1º, sentencia N° 10-80/2014, 18/06/2014 extraída del Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones Tomo III año 2015, Fundación de Cultura Universitaria.

requisitos necesarios para ello al no generar parentesco, no atribuye filiación, no se registra en el Registro de Estado Civil..”.

Uno de los aciertos de la ley 18246 fue la forma en que reguló la asistencia recíproca entre los convivientes.

Al respecto, dispone el art. 3° de la ley citada:

“Los concubinos se deben asistencia recíproca personal y material. Asimismo, están obligados a contribuir a los gastos del hogar de acuerdo a su respectiva situación económica. Una vez disuelto el vínculo concubinario persiste la obligación de auxilios recíprocos durante un período subsiguiente, el que no podrá ser mayor al de la convivencia, siempre que resulte necesario para la subsistencia de alguno de los concubinos. Presentada una demanda de alimentos, la parte demandada podrá excepcionarse cuando la demandante haya sido condenada por la comisión de uno o más delitos en perjuicio de ésta o sus parientes hasta el tercer grado en la línea descendente, ascendente o colateral. Comprobados estos extremos, el Juez desestimaré sin más trámite la petición impetrada. En las mismas condiciones del inciso anterior y cuando los hechos se produzcan una vez concedida la prestación alimentaria, el Juez, a petición de parte, decretará el cese de la referida prestación”.

La asistencia personal y material entre los concubinos es recíproca mientras dura la convivencia.

Al disolverse el vínculo concubinario, los convivientes pueden reclamarse recíprocamente alimentos, en caso de que uno los necesite y de que el otro tenga las posibilidades económicas de proporcionarlos, y debe hacerlo durante un plazo igual al que perduró la convivencia entre ellos.

También se dispone que, en caso de que se requieran alimentos a uno de los convivientes, este puede excepcionarse en caso de que su expareja haya sido condenada por haber cometido delitos contra él o contra su núcleo familiar. Como se comprenderá, esto es de suma importancia en los casos de violencia, tan frecuentes en estos tiempos.

IV. CONCLUSIONES

1. Desde la vigencia del Código Civil uruguayo (año 1869), y durante 138 años, nuestro país mantuvo una conducta abstencionista en cuanto a la regulación de la unión convivencial.
2. En las últimas décadas del siglo anterior, uno de los dilemas planteados en torno a este tema se planteó respecto a la conveniencia, o no, de regular esta unión.
3. Finalmente, se resolvió el dilema aprobándose, en diciembre de 2007, la ley 18.246, denominada Ley de Unión Concubinaria.

4. En el ordenamiento jurídico uruguayo, se denomina unión concubinaria a lo que en otros países se llama unión convivencial, unión libre, unión de hecho o unión no matrimonial.

5. Resuelto el dilema de regular la unión, se presentaron otros dilemas, y la determinación de estos dio lugar a interrogantes que, en mi opinión, en algunos casos, se resolvieron; otros ni siquiera se plantearon y otros se definieron en forma no adecuada, con lo cual se adoptaron soluciones que generaron distorsiones en el ordenamiento jurídico existente, y fuertes inconvenientes de interpretación.

6. Es evidente que el legislador uruguayo, al regular la unión concubinaria, tuvo como referencia la pareja matrimonial, y esto generó, en algunos puntos, aciertos, y, en otros, errores.

7. En mi opinión, fue medianamente acertada la regulación respecto a la asistencia recíproca personal y material entre los convivientes.⁸ Como desaciertos podemos referirnos a la regulación dada al régimen de bienes entre los convivientes y a la estructuración de los derechos sucesorios del sobreviviente, en especial en el caso en que también concurra el cónyuge supérstite, ya sea por corresponderle alguna asignación forzosa o por la opción que tiene en el segundo orden de llamamiento entre la porción conyugal o su derecho hereditario.

Si bien el propósito del legislador fue loable, la ley 18246 no cumplió totalmente con las expectativas generadas, en tanto ocasionó conflictos en su interpretación.

A trece años de su sanción, en la actualidad se proyecta su modificación, con la finalidad de proporcionar reglas claras en un tema que afecta a un núcleo importante de parejas que componen nuestra población.

V. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

CABELLA, Wanda, “Los cambios recientes de la familia uruguaya: la convergencia hacia la segunda transición demográfica”, en FASSLER, Clara (coord.), Familias en Cambio en un mundo en cambio, Ediciones Trilce, Montevideo, 2006.

CAROZZI FAILDE, Ema, “Ley de unión concubinaria: reformas en el derecho de familia y sucesorio”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2008.

NARVAJA, Tristán, “La sociedad conyugal y las dotes”, publicación que hemos identificado en la Biblioteca de la Universidad de la República Facultad de Derecho.

RAMOS CABANELLAS, Beatriz y RIVERO DE ARHANCET, Mabel, “Unión concubinaria: análisis de la Ley 18.246”, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 2016, 4ª ed. act. y reestr.

VAZ FERREIRA, Carlos, “Fermentario”, Publicación de la Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1963.
YGLIAS, Arturo, “Consideraciones sobre la ley de Unión Concubinaría”, en Anuario de Derecho Civil Uruguayo, 38, 827-838, 2008.
ZAGREBELSKY, Gustavo, Contra la ética de la verdad, Editorial Trotta SA, Madrid, 2010.

Recepción: 11/12/2020

Aceptación: 16/12/2020

LAS PERSONAS ADULTAS MAYORES CON CAPACIDAD RES-
TRINGIDA O INCAPACIDAD. UNA MIRADA DESDE
EL SISTEMA DE CURADURÍAS DE LA PROVINCIA
DE BUENOS AIRES

POR ANA CAROLINA SANTI ^{1(*)}

Resumen

Este trabajo tiene como propósito aportar una mirada de la problemática que aqueja a las personas mayores con capacidad restringida o incapacidad, a partir del trabajo del sistema de curadurías de la provincia de Buenos Aires, desde la perspectiva de los derechos humanos de la vejez.

Palabras clave

Capacidad, restricción, incapacidad, derecho, vejez, curadores y apoyos.

*OLDER PEOPLE WITH RESTRICTED CAPACITY
OR DISABILITY. A VIEW FROM THE BUENOS AIRES
PROVINCE CURATORS SYSTEM*

Abstract

The purpose of this work is to provide a view of the problem that affects older people with restricted capacity or disability from the work of the curatorship system of the Province of Buenos Aires, from the perspective of human rights of old age.

Keywords

Capacity, restriction, incapacity-law, old age, curators and supports.

(*) Abogada, especialista en derecho de familia. Profesora de grado y de posgrado en la Universidad Católica de La Plata y de posgrado en la Universidad Nacional de La Plata. Curadora general de la provincia de Buenos Aires.

I. INTRODUCCIÓN

Pensar hoy en los adultos mayores con padecimientos mentales me permite abordar una situación compleja y merecedora de análisis y visibilización.

En estas líneas compartiré una mirada sobre las personas mayores desde el trabajo concreto del sistema de curadurías de la provincia de Buenos Aires, cuya labor diaria intenta contribuir particularmente al cuidado y contención de quienes, además, presentan una capacidad restringida o incapacidad por problemas de salud mental, entendida esta como *un proceso determinado por componentes históricos, socioeconómicos, culturales, biológicos y psicológicos, cuya preservación y mejoramiento implica una dinámica de construcción social vinculada a la concreción de los derechos humanos y sociales de toda persona* (conf. art. 3º, ley 26.657).

Leía en estos días un informe de la Organización Mundial de la Salud ² que describe que la población mundial de mayores de 60 años se duplicará con creces en los próximos años: de 900 millones en 2015 a unos 2000 millones en 2050, lo que hace particularmente importante analizar la situación particular de este colectivo.

A su vez, advierte el informe que, para ese mismo año (2050), los hombres podrían llegar a los 77 años y las mujeres, a los 84 años, lo que nos permite hablar, además, como lo hace María Isolina Dabove, de una feminización de la longevidad ³, en virtud de la menor mortalidad que se registra entre las mujeres de edad avanzada.

Es decir, la expectativa de vida crece y las personas adultas mayores están llamadas a vivir, de un modo activo, autónomo e independiente, de acuerdo a sus posibilidades, esa etapa de la vida, pero ese mismo horizonte se ve amenazado por una serie de problemáticas que las afectan de un modo particular y que describiré brevemente en el desarrollo del trabajo.

II. CURADOR O APOYO. ORGANIZACIÓN DEL SISTEMA DE CURADURÍAS

Sabemos que la vejez no es por sí misma un motivo de restricción de la capacidad. Conforme surge del art. 31 del Cód. Civ. y Com., en nuestro derecho, la capacidad general de ejercicio de la persona humana se presume, aun cuando se encuentre internada en un establecimiento asistencial, y las limitaciones a esta son de carácter excepcional y se imponen siempre en beneficio de la persona (incs. a y b).

² Noticia de la OMS del 15/6/2020. Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/elder-abuse>.

³ DABOVE, María Isolina, “Los derechos de la vejez en tiempos de pandemia”, RDF 95, 40, AR/DOC/1843/2020.

En este sentido, en un interesante fallo de la cámara de Azul, se ha resuelto en estos días: “Corresponde confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto rechazó la demanda incoada con el objeto de que se restrinja la capacidad jurídica de la madre de la actora, en los términos previstos por los arts. 32, 34 y cctes. Cód. Civ. y Com., porque de los informes interdisciplinarios realizados surge que la causante no padece una alteración mental de gravedad que le impida u obstaculice el autogobierno, sino que en realidad presenta las declinaciones físicas y psíquicas propias de una ‘vejez no patológica’, y que si bien, en atención a la etapa de envejecimiento en que se encuentra, requiere de ciertos cuidados para la plena satisfacción de sus necesidades —dependencia ésta que, de ningún modo puede asimilarse a incapacidad en sentido jurídico—, cuenta en los hechos con una red familiar de contención a dichos fines”. Aclara que la restricción de la capacidad es improcedente respecto de una persona de edad avanzada que presenta las declinaciones físicas y psíquicas propias de una “vejez no patológica”⁴.

Así también, se ha afirmado que: “Tanto la discapacidad intelectual como la discapacidad mental pueden provenir de causas congénitas o adquiridas, pero suelen tener una intensa vinculación con el contexto. En el primer caso, requiere para su configuración que la persona tenga una deficiencia cognitiva, pero se deberá analizar su entorno para evaluar las barreras para su plena participación en la sociedad. La discapacidad mental se constituye a partir de un padecimiento mental, también en interacción con barreras del entorno. Esta necesidad de realizar una evaluación que no quede en el diagnóstico médico y que abarque también las interacciones sociales es un requisito que surge del enfoque social que trae la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (...) En los casos de personas de avanzada edad se entremezclan situaciones dispares, ya que se puede producir un deterioro como producto natural del envejecimiento. Sin embargo, no habría que considerar que en todos los casos el envejecimiento y el posible menoscabo de habilidades físicas, mentales o sociales implican necesariamente que esa persona ha perdido su discernimiento”⁵.

Siguiendo tales lineamientos, puede ocurrir también que resulte necesario —a raíz de alguna patología concreta o de un deterioro cognitivo que ponga en riesgo a la persona mayor—, y siempre en su beneficio, luego de un proceso judicial de determinación de la capacidad y de una evaluación interdisciplinaria, restringir su capacidad, estableciendo claramente los actos para los cuales la persona necesita un apoyo o salvaguarda para ejercer en plenitud todos sus derechos.

⁴ CCiv. y Com., Azul, sala I, “S. I. R. s/ inhabilitación”, 21/04/2020, MJ-JU-M-125203-AR | MJJ125203 | MJJ125203.

⁵ SEDA, Juan A., “Internación de personas ancianas por causa de deterioro cognitivo”, LA LEY 23/11/2018, 4, LA LEY 2018-F, 214, AR/DOC/2534/2018.

Excepcionalmente, y solo en los casos en que la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y de expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado, y en que el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador (conf. art. 32, Cód. Civ. y Com. última parte).

Por otra parte, se encuentra regulado en nuestro derecho el instituto de la “inhabilitación”, para los casos de quienes, por la prodigalidad en la gestión de sus bienes, expongan a su cónyuge, su conviviente o sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio (art. 48, Cód. Civ. y Com.), y requiere también la designación de un apoyo con alcance determinado y limitado a las necesidades concretas de la persona.

Como bien afirma Dabove: “El derecho argentino ha adaptado el nuevo paradigma de la CDPD tanto por su jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) como por lo estipulado en el mismo art. 1 CCCA. Se estudió esta evolución y su incidencia en la regulación jurídica de las pruebas de los deterioros cognitivos y en la propia curatela. Se observó que el proceso de flexibilización del régimen de la curatela favoreció su reconocimiento como instrumento de apoyo para la toma de decisiones con protección de las personas con discapacidad, conforme al modelo social de la Convención. Pero, además, se determinó que los casos judiciales sobre determinación de capacidad jurídica de las personas mayores más frecuentes van asociados a los deterioros cognitivos. Aunque en una escala menor traen causa también de los supuestos de prodigalidad, alcoholismo o adicciones”⁶.

De tal modo, en cualquiera de las situaciones antes enumeradas, y siempre que la persona no haya dejado directivas anticipadas respecto de la designación de su curador o apoyo (art. 60 Cód. Civ. y Com.), que no existan familiares que puedan asumir su cuidado y que la persona carezca de bienes suficientes, puede ser designado un curador oficial (art. 622 Cód. Proc. Civ. y Com. de la provincia de Buenos Aires)⁷.

Es preciso que, en el transcurso del proceso de determinación de la capacidad, intervenga la persona y que se practique una escucha activa y atenta de esta. Señala Lorena Sarquis —curadora de Junín—, en un comentario a un fallo sobre una adulta mayor en el que se aborda el tema de la designación del sistema de apoyo, que debe recordarse siempre el lema “nada de nosotros sin nosotros”,

⁶ DABOVE, María Isolina, “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez. Respuestas judiciales emblemáticas”, *Revista de Derecho Privado* N° 34 —enero a junio de 2018—, ps. 53-85 y 77 —cuando la autora se refiere a la sigla CDPD hace referencia a la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad, como ella misma lo aclara en el mismo trabajo—.

⁷ En ciertos casos, aun contando con bienes, la persona continúa actuando la curaduría oficial en virtud de la preferencia de la persona.

haciendo hincapié en la necesidad de la escucha y de que la opinión de las personas cuya capacidad se evalúa en un proceso judicial sea oída y respetada ⁸.

Por otra parte, es importante prestar atención a los prejuicios y a las prácticas viejistas que restringen la capacidad más de lo necesario, y que el juez cumpla con su obligación de garantizar la inmediatez con el interesado, entrevistándolo personalmente antes de dictar resolución alguna, asegurando la accesibilidad y los ajustes razonables del procedimiento de acuerdo a la situación de aquel (arts. 35 y 707, Cód. Civ. y Com.).

En este punto corresponde mencionar —sin perjuicio de lo obsoleto que ha quedado la denominación de “curadurías oficiales de alienados”⁹— que, en la actualidad, el sistema de curadurías oficiales de la provincia de Buenos Aires está conformada por catorce curadurías zonales o departamentales y una curaduría general ¹⁰.

Las curadurías oficiales, para el cumplimiento de sus funciones, están conformadas por equipos interdisciplinarios de abogados, contadores y asistentes sociales, además del personal administrativo que resulta el soporte necesario para el desarrollo del trabajo. Sus titulares son designados judicialmente como curadores o apoyos, conforme las circunstancias concretas de cada persona, y pueden ejercer su función también en forma conjunta y coordinada con otras personas o instituciones (tal lo autorizado por el art. 38, Cód. Civ. y Com.).

La curaduría general, por su parte, tiene a cargo —entre otras funciones— la coordinación y supervisión de las curadurías oficiales y la generación de acuerdos interinstitucionales para una mejor asistencia de la persona. Asimismo,

⁸ SARQUIS, Lorena, “Equipo de apoyo provisorio para asistir a una mujer con discapacidad. Lectura crítica y reflexiva de una sentencia”, RDF 2020-III, 123, AR/DOC/1475/2020. El Código Civil y Comercial sienta este principio en el art. 707, al disponer que: “Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso”.

⁹ Denominación que continúa en la ley 14.442 —Ley de Ministerio Público de la provincia de Buenos Aires— (ver arts. 24 incs. 21 y 24; 44, 65, 104, 106, 108, 109, 110 y 111) y que debiera ser modificada en un próximo tratamiento legislativo, a la luz de las previsiones de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo (ley 26.378), la ley nacional 26.657 —derecho a la protección de la salud mental—, su par provincial, ley 14.580, y, fundamentalmente, con el alcance de la regulación del Código Civil y Comercial en materia de capacidad.

¹⁰ Las curadurías oficiales de la provincia de Buenos Aires son las siguientes: 1) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Azul; 2) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Bahía Blanca; 3) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Dolores; 4) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Junín; 5) Curaduría Oficial del Departamento Judicial La Plata; 6) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Lomas de Zamora; 7) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales de Mar del Plata y Necochea; 8) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales de Mercedes y Moreno-General Rodríguez; 9) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales de Morón y La Matanza; 10) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Quilmes; 11) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales de San Isidro y Zárate-Campana; 12) Curaduría Oficial del Departamento Judicial San Martín; 13) Curaduría Oficial de los Departamentos Judiciales San Nicolás y Pergamino, y 14) Curaduría Oficial del Departamento Judicial Trenque Lauquen.

mo, interviene en la concesión de los subsidios por externación previstos en la ley 10.315 y cuenta con una dirección de salud mental que asiste a las curadurías oficiales y que dirige las oficinas judiciales de los Hospitales Alejandro Korn, Domingo Cabred y la Colonia Montes de Oca, una casa de medio camino, un centro de día y dos casas de convivencia.

III. ALGUNAS PROBLEMÁTICAS CONCRETAS EN RELACIÓN CON LOS ADULTOS MAYORES CON CAPACIDAD RESTRINGIDA O INCAPACIDAD

Debido a la extensión del trabajo, sintetizaré a continuación algunos aspectos que he escogido entre otros muchos que aquejan a las personas mayores: desventajas en el acceso al trabajo, pobreza e inconvenientes en relación con la vivienda, la mayor exposición a situaciones de violencia, la necesidad de acceso prioritario a la salud, la importancia de los vínculos familiares y el dolor que su debilitamiento provoca —todo ello en el contexto de la problemática de la salud mental—. Los casos concretos que expondré han sido trabajados por los curadores oficiales zonales o departamentales que han sido designados judicialmente para el ejercicio de la curatela o sistema de apoyo, y que, junto a los equipos de trabajo de sus dependencias, llevan adelante una ardua, hermosa —y muchas veces dolorosa— función.

III.1. Desventajas en el trabajo, pobreza e inconvenientes con relación a la vivienda

En general, las personas que sufren algún problema de salud mental ven a menudo cercenadas sus posibilidades de formación y de acceso a un trabajo bien remunerado.

En el caso de las mujeres adultas, además, esto se ve aún más definido, pues, por lo general, acarrean desigualdades que han acumulado a lo largo de toda su vida en materia de formación, acceso a estudios e inserción en el mercado laboral.

Todo ello repercute a la hora de pensar en la vejez, sin ahorros, con magras jubilaciones y pensiones, muchas veces percibiendo solo la pensión universal para adultos mayores (PUAM)¹¹ —cuando no gozan de jubilaciones o pensiones— o el subsidio por externación previsto en la ley 10.315 y su modificatoria¹², sumado a los continuos tratamientos y, en algunos casos, a la necesidad de contar con costosos medicamentos para mejorar su calidad de vida, que no son provistos a término ni con la continuidad debida.

¹¹ Equivalente al 80% de una jubilación mínima y se actualiza en forma trimestral por la Ley de Movilidad <https://www.anses.gob.ar/pension-universal-para-el-adulto-mayor>.

¹² En el momento del presente trabajo, dicho subsidio representa la suma de \$ 1285,71.

En las curadurías, a partir de la designación del curador oficial, se tramitan como primera medida todos los beneficios sociales a los que la persona pueda tener derecho, a fin de mejorar su situación económica, pero surge el inconveniente de que a la falta de recursos se suma, muchas veces, una grave y lamentable dificultad: en la “sociedad de descarte” en que vivimos —donde se suele menospreciar a quien no es productivo—, es frecuente la presión de los propios familiares para que se venda el inmueble que ha constituido la casa-habitación del adulto mayor, o para ponerla en alquiler y así satisfacer las necesidades o solucionar los problemas del resto de la familia, con lo cual a corto o mediano plazo terminan viviendo en hogares o geriátricos. Esta triste situación ocurre, aun cuando en nuestro derecho contemos con institutos protectorios de la vivienda —como el derecho de habitación del cónyuge supérstite contemplado en el art. 2383 Cód. Civ. y Com., o el derecho por dos años del convivente, previsto en el art. 527 Cód. Civ. y Com., bajo las condiciones allí establecidas, o, incluso, la afectación de la vivienda, de conformidad con lo autorizado por los arts. 244 y siguientes del Cód. Civ. y Com.—. Todos estos institutos no pueden, muchas veces, con la fuerza de la presión intrafamiliar, resolviendo la misma persona adulta mayor dejar su casa para evitar conflictos familiares. Asimismo, en los casos en que dicha protección no opera, muchas personas son trasladadas, aun contra su voluntad, a hogares o geriátricos, sin tener necesidad de recibir una atención especializada.

En un caso en que ha intervenido la curaduría de Azul —sede Tandil—, puede verse ello muy claramente: una señora adulta mayor (N.) y su hijo (D., persona con discapacidad asistida por la curaduría), tuvieron que ser reingresados por orden judicial a su domicilio, gracias a la acción conjunta de la curaduría y la defensoría, luego de que la hermana de D. internara a su madre y a su hermano en un hogar geriátrico para poder disponer de la vivienda.

De la audiencia interdisciplinaria que se practicó a la mujer surge: “...en lo referente a lo examinado, sólo se observa tristeza reactiva a la exclusión de su hogar y las problemáticas con su hija, no evidenciándose otras alteraciones durante la examinación psiquiátrica y psicológica...”; asimismo se constató su capacidad de valerse por sí misma para la realización de las actividades de la vida cotidiana ¹³.

Este grado de tristeza por la pérdida de la vivienda es lógico sobre todo en este grupo etario, ya que —como recuerda Perla Goizueta— “para los ancianos la problemática del hogar reviste mayor envergadura que en otras edades de la vida. Los recuerdos del propio pasado habitan allí, y ellos pueden ayudar a mitigar la soledad de la que son víctimas en muchos casos cuando pierden a sus seres queridos o, bien, cuando se sienten abandonados o utilizados por su familia o por sus afectos. El traslado de la vivienda familiar para un anciano

¹³ Juz. de familia N° 2 de Tandil “M., N. B. c/ N., S.M. s/ Medida protectoria”, Expte. 20994, 17/10/18.

puede provocar un daño inconmensurable, derivando en un deterioro general de su calidad de vida y en una angustia —tal vez, sin retorno— respecto de su identidad. Lejos de sus recuerdos y expropiados de su historia, resulta frecuente que sientan un vacío enorme difícil de compensar o superar, que impacta negativamente en la esfera del ejercicio de sus derechos”¹⁴.

La vivienda para los adultos mayores es mucho más que la casa material, es el hogar donde se guardan sus vivencias y recuerdos y es también el hábitat que se adecúa a las necesidades de sus habitantes.

En este tiempo de pandemia, quienes han debido dejar su domicilio —aun temporariamente— por problemas de salud han padecido particularmente esta tristeza profunda.

El art. 24 de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (ley 27.360) aborda particularmente el tema, al disponer que “la persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades...”.

Este aspecto se ha trabajado también desde hace años —y continúa haciéndose— desde las curadurías oficiales de la provincia, en coordinación con los equipos interdisciplinarios de los Hospitales Domingo Cabred y la Colonia Montes de Oca, con los proyectos de externación en casas alquiladas y compartidas por varios usuarios, o con los responsables del Programa de Rehabilitación y Externación Asistida (PREA) del Hospital Esteves.

También en algunos casos en que se ha designado a la curaduría oficial como apoyo de alguna persona mayor con vivienda propia que no estaba en condiciones de habitabilidad, se ha trabajado muchísimo en disponer los medios para que pueda continuar viviendo en su casa en condiciones dignas. Así, en un caso interesante de la curaduría oficial de los Departamentos Judiciales de Mar del Plata y Necochea ¹⁵, se realizó un abordaje conjunto con el Municipio para que un señor que vivía en una zona rural cercana a la localidad de San Cayetano, con su casa en muy mal estado, pudiera ponerla en condiciones, colocarle techo de chapa, reparar las paredes, hacer llegar la luz, además de tramitar los beneficios sociales pertinentes. Todo ello permitió mejorar la calidad de vida del asistido, que sigue en la actualidad habitando su casa y bajo la asistencia de la curaduría oficial, por ausencia de familiares que puedan asumir esa función.

En otro orden, no puede dejar de advertirse que muchas veces, y para tutelar los derechos de la persona mayor, se torna necesario promover su ingre-

¹⁴ GOIZUETA, María Perla, “Protección jurídica de la vivienda en la vejez: perspectiva interdisciplinaria”, en Derecho de Familia, RDF 95, 115, AR/DOC/1874/2020, con cita de GIRAUDO ESQUIVO, Nicolás y DABOVE, María Isolina, “La protección jurídica de la vivienda en la vejez: desafíos y herramientas”, SJA 23/05/2012, p. 35; JA-2012-II.

¹⁵ “M., A. N. s/ determinación de la capacidad jurídica” (Exte. 59894), en trámite por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y comercial N° 6 del Departamento Judicial Mar del Plata. Actualmente cuenta con 64 años.

so a un establecimiento u hogar especializado. En este sentido, en un reciente caso de la curaduría de Bahía Blanca, se solicitó el traslado de una persona de 85 años, entendiendo la señora jueza, al hacer lugar al pedido, con acuerdo del asesor, “que en virtud de los informes analizados y tal como expusiera el Sr. Curador Oficial, no existen actualmente personas de confianza que puedan brindar al causante la ayuda que necesita; contrariamente, lo que se advierte es una situación de vulnerabilidad extrema tanto en lo relativo a las condiciones de higiene y seguridad en las que se desenvuelve como respecto del estado de salud que presenta y lo coloca en situación de riesgo inminente ante la imposibilidad de recibir la atención que requiere; todo ello sin contar con el riesgo que se ha relevado representa para el mismo la presencia de terceras personas, cuyas intenciones en el acercamiento al causante se ponen en duda (además de los informes reseñados ver al respecto el acta obrante a fs. 8). Frente a los hechos expuestos, y teniendo en cuenta que G. C. (85a) presenta padecimiento de epilepsia, deterioro cognitivo y demencia (conf. informe de fs. 10 e informe interdisciplinario de fecha 17/09/19, expte. 61.619), sin que existan familiares o allegados en condiciones de responder adecuadamente a sus necesidades, se torna imprescindible —para dar protección y efectividad a los derechos de la persona causante— adoptar medidas de protección especial a su respecto en función de su estado de salud mental y su avanzada edad, y siempre con el objetivo de salvaguardar su integridad psicofísica y su patrimonio”¹⁶.

III.2. Mayor exposición a situaciones de violencia y maltrato físico, psicológico y económico

En esta etapa de la vida etaria, la violencia, además, se genera a partir de personas a las que las une un estrecho vínculo de confianza —familiares, cuidadores, personal de los hogares—, tornándose particularmente difícil la denuncia, todo ello magnificado en este tiempo de aislamiento social preventivo y obligatorio.

Según un informe de la ONU del 15 de junio, en el último año, aproximadamente 1 de cada 6 personas mayores de 60 años sufrieron algún tipo de abuso en entornos comunitarios ¹⁷, con la advertencia de que las tasas de maltrato a personas mayores son altas en instituciones como residencias de ancianos y centros de atención de larga duración.

Para las personas mayores, estas situaciones también son especialmente gravosas. Tanto que se ha establecido un día en particular —el 15 de junio— como Día Internacional de Toma de Conciencia del Abuso y Maltrato en la Vejez.

¹⁶ Juz. de Familia N° 1 del Departamento Judicial Bahía Blanca, “C., G. S/ Determinación de la capacidad jurídica”, 20/12/19 —inédita—.

¹⁷ Disponible en <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/elder-abuse>.

La violencia, además, no es solo física, sino también psicológica y económica. Se citan como ejemplos frecuentes de estos últimos tipos: “a) la limitación de circulación dentro de la vivienda. La persona va cediendo espacios por su propia voluntad o forzado por los demás habitantes de la vivienda; b) el despilfarro y aprovechamiento de sus recursos como jubilaciones y pensiones, en donde una persona encargada del cobro asume el rol de administrador de los recursos para su propio beneficio; c) el uso y goce de la vivienda limitando cualquier participación a la persona mayor. No solo se lo aísla de las redes familiares y/o sociales, sino que no se le da injerencia en las decisiones que se toman en la vivienda; d) la ocultación, destrucción y deterioro de sus muebles; e) el no destino de fondos de su patrimonio para cubrir las necesidades específicas como de salud (medicamentos, traslados, exámenes médicos); f) la obligación de cambiar las disposiciones testamentarias atentando contra su voluntad”¹⁸.

III.3. Mayores inconvenientes en el acceso a la salud integral

Un estudio del año 2015 de la Organización Mundial de la Salud en torno al envejecimiento saludable indicaba que: “En todo momento, puede que una persona tenga reservas de capacidad funcional que no aprovecha. Estas reservas contribuyen a la resiliencia de la persona mayor (...) el modelo del Envejecimiento Saludable concibe la resiliencia como la capacidad de mantener o mejorar el nivel de capacidad funcional frente a la adversidad (ya sea a través de la resistencia, la recuperación o la adaptación). Esta capacidad comprende los componentes intrínsecos de cada persona (por ejemplo, los rasgos psicológicos que ayudan a afrontar los problemas individuales y resolverlos de manera positiva o las reservas fisiológicas que permiten a una persona mayor recuperarse rápidamente después de una caída) y los componentes del entorno que pueden mitigar las carencias (por ejemplo, redes sociales fuertes a las que recurrir en momentos de necesidad o buen acceso a asistencia sanitaria y social)”¹⁹.

Es decir que el concepto de salud en clave de derechos humanos de la persona mayor incluye mucho más que el acceso a un centro asistencial y a la provisión de medicamentos. Comprende también, entre otras prestaciones, la posibilidad de recibir atención a través de los cuidadores necesarios y muchas veces durante tiempos prolongados.

¹⁸ ORTIZ, Diego O., “Violencia familiar hacia personas mayores”, RDF 95, 142, AR/DOC/1879/2020.

¹⁹ Organización Mundial de la salud. Informe mundial sobre el envejecimiento y la salud. Disponible en https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/186466/9789240694873_spa.pdf?sequence, p. 32.

En un caso de la curaduría de Mar del Plata ²⁰, ante un requerimiento formulado por el curador oficial, la señora jueza de primera instancia, dispuso librar oficio a PAMI a fin de que incrementaran los honorarios del acompañante socio terapéutico del causante —Lic. F. D. S.—, en virtud de que el subsidio adicional que le brindaba la obra social resultaba insuficiente para cubrir sus ingresos. El curador oficial fundó su petición en que, gracias al acompañamiento terapéutico, el causante, que era una persona imposibilitada de valerse por sí misma, sin continencia familiar (ya que sus padres habían fallecido, y no tenía otros parientes), había logrado su revinculación con el afuera y una reactivación motivacional, y se instaló en un departamento, logrando su inserción comunitaria, luego de veinticinco años alojado en el Hogar Suizo Argentino. La reducción de la frecuencia y extensión horaria de dicho dispositivo por falta de cobertura del PAMI iba en desmedro de la autonomía lograda.

El Instituto Nacional de Servicios Sociales para Jubilados y Pensionados, por su parte, fundó su recurso en que el sistema adoptado por su mandante para dar cobertura prestacional a sus beneficiarios se halla dentro de los llamados “sistemas solidarios”, esto es que a todas las personas que perciben haberes previsionales liquidados por ANSeS se les retiene un porcentaje en concepto de obra social, y que esa alícuota es la misma para cualquier ciudadano, recibiendo todos los afiliados igual calidad prestacional. Sostuvo que no deben otorgarse prestaciones innecesarias que afecten los intereses del resto de los afiliados, y que el otorgamiento de prestaciones diferenciadas en virtud de requerimientos arbitrarios no debe ser tenido en cuenta. Afirmó que “(...) aquí no hay ningún derecho en juego, porque no hay ningún derecho denegado, hay una normativa que resulta inexorable acatar, porque es el sustento de la vida democrática y del estado de justicia que nos rige (sic)”.

La Cámara, para rechazar el recurso, observó en dicha oportunidad: “...en el caso bajo en estudio, por tratarse de una persona incapaz que también es adulta mayor, entran en juego los derechos humanos de este otro grupo vulnerable, que se encuentran expresamente reconocidos —entre otros— en los Principios de Naciones Unidas como: derechos de independencia, participación, dignidad, asistencia y realización de los propios deseos; y a la igualdad de oportunidades y de trato en todos los aspectos de la vida a medida que envejecen. En virtud de tales prerrogativas corresponde la utilización de dispositivos psicosociales para adultos mayores que garanticen dicho marco protectorio, con estrategias terapéuticas que además de abordar la discapacidad, traten las vicisitudes y efectúen un adecuado acompañamiento en el proceso de envejecimiento”.

Asimismo, destacó con todo acierto, que debían evaluarse “cuestiones esenciales”, tales como:

²⁰ CCiv. y Com., Mar del Plata, sala II, “G. R. Z. S/ determinacion de capacidad”, 28/12/2017, Erreius. Cita digital: IUSJU023858E.

“a) que la medida atacada tiende a proteger una persona en extrema situación de vulnerabilidad: incapaz (que padece su enfermedad desde la adolescencia), adulto mayor (72 años de edad), con falta de continencia familiar (progenitores fallecidos —padre hace 32 años y madre hace 30 años— e inexistencia de otros parientes), con antecedentes de alcoholismo e institucionalización prolongada (por lapso de 25 años), y actualmente con epoc severa;

“b) la necesidad de incremento de horas de acompañamiento terapéutico indicado por su médico psiquiatra tratante (fs. 2500/2) a efectos del control de lo cotidiano;

“c) la contundencia de las conclusiones de los informes periciales (v. pericia psiquiátrica de fs. 2797/2799 e informe socioambiental de fs. 2495/2499) —apoyo interdisciplinario—;

“d) la notoria mejoría en la readaptación del Sr. G. a la vida comunitaria vivenciada (revinculación con el afuera y reactivación motivacional), gracias al acompañamiento terapéutico sostenido en el tiempo desde las intervenciones previas a su egreso del hogar donde estuviera alojado por el referido lapso de 25 años;

“e) que el abordaje terapéutico a través de tal acompañamiento resulta imprescindible para el desarrollo de sus habilidades con la necesaria supervisión en su hogar y el sostén y contención en su otra enfermedad (Epoc severa);

“f) que el rechazo del incremento del subsidio adicional para la cobertura de los honorarios del acompañante terapéutico por parte de la representada del apelante soslaya la índole y trascendencia de los derechos en juego y el espíritu de la legislación sobre la materia, vulnerándose de manera directa el derecho a la salud del causante, y consecuentemente su derecho a la vida, en franca violación de todo el marco protectorio legal supranacional que integra el bloque de constitucionalidad y que está muy por encima de la normativa reglamentaria interna del INSSJP citada por el recurrente”.

Esta resolución responde a lo dispuesto en el art. 12, 1º párr., de la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos

de las Personas Mayores, que prevé que: “La persona mayor tiene derecho a un sistema integral de cuidados que provea la protección y promoción de la salud, cobertura de servicios sociales, seguridad alimentaria y nutricional, agua, vestuario y vivienda; promoviendo que la persona mayor pueda decidir permanecer en su hogar y mantener su independencia y autonomía...”, y a lo dispuesto en el art. 19 de aquella, que establece que: “La persona mayor tiene derecho a su salud física y mental, sin ningún tipo de discriminación”. “Los Estados Parte deberán diseñar e implementar políticas públicas intersectoriales de salud orientadas a una atención integral que incluya la promoción de la salud, la prevención y la atención de la enfermedad en todas las etapas, y la rehabilitación y los cuidados paliativos de la persona mayor a fin de propiciar el disfrute del más alto nivel de bienestar, físico, mental y social. Para hacer efectivo este derecho, los Estados Parte se comprometen a tomar las siguientes medidas: a) Asegurar la atención preferencial y el acceso universal, equitativo y oportuno en los servicios integrales de salud de calidad basados en la atención primaria, y aprovechar la medicina tradicional, alternativa y complementaria, de conformidad con la legislación nacional y con los usos y costumbres...”.

III.4. Problemas relacionados con la soledad y, como contracara, la importancia de los vínculos familiares y de las redes fuertes de contención

A raíz de la intervención de las curadurías oficiales ante el desamparo o la imposibilidad de la familia, por diversos motivos, de asumir el cuidado de la persona mayor con padecimientos mentales, se puede constatar el sufrimiento que el alejamiento o la ruptura de los vínculos provocan, como así también la alegría que el reencuentro provoca.

En un interesante caso de la curaduría de Morón, una señora asistida desde el año 2004 ²¹ (N. M. V., de 77 años al día de hoy) se encontraba internada en el Hospital José Esteves desde hacía más de 20 años sin contar con ningún tipo de ingreso ni vinculación familiar. Trabajado el caso, fue posible incluirla en el programa de externación asistida de ese nosocomio (el PREA) y trasladarla a una casa de convivencia que en la actualidad comparte con dos compañeras, además de tramitarle beneficios previsionales. Asimismo, a través de una atenta escucha, comenzó a buscarse la posible existencia de un hijo que ella refería, pero de cuya existencia no había indicios ni en la historia clínica ni en las actuaciones judiciales.

Desde el área jurídica se comenzaron a librar numerosos oficios para recabar información sobre la posible existencia de este hijo —al que llamaba Fernando—, hasta que, en el año 2010, obtuvieron información de la cámara elec-

²¹ Autos “V., N. M. S/ INSANIA, entonces en trámite por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 2 de Morón y, desde 2017, por declaración de incompetencia, en el Juzgado de Familia N°1 de Lomas de Zamora.

toral, sobre una persona cuyos datos coincidían con los aportados por la señora N., y que, citado a la curaduría, resultó ser su hijo y manifestó que sus tíos, que lo habían criado, nunca le habían revelado la verdadera historia de su madre ni el lugar en el que se encontraba, al punto de que le habían informado su muerte. Al día de hoy, y luego de un proceso de vinculación, madre e hijo continúan vinculados compartiendo salidas, vacaciones. El agradecimiento y la alegría de estas personas es indescriptible.

Vale la pena hacer mención de otro caso, a cargo de la curaduría de Trenque Lauquen, de tres hermanas —Marta, Dora y Beatriz A.²²—, que se encontraban internadas en el Hospital Alejandro Korn de Melchor Romero —una de ellas concurría a la casa de medio camino de la Curaduría General—. En este caso, se procuró la externación de las tres hermanas juntas en el año 2014, luego de que todas ellas manifestaran su intención de regresar a su pueblo —Carhué—. Se articuló, entonces, con un geriátrico atendido por una amiga de la familia y con un centro de día al concurría otro de los hermanos que vivía en dicha ciudad. En el momento de la externación, las hermanas contaban con 56, 64 y 69 años. Las tres adultas en este caso fueron escuchadas, su opinión y sus preferencias fueron tenidas en cuenta y se preservó el vínculo fraterno.

Un trabajo fuerte de redes de contención se lleva a cabo también desde la casa de medio camino y desde el centro de día que dirige la Dirección de salud mental de la curaduría general. Allí concurren diariamente alrededor de veinticinco personas que han permanecido internadas durante muchísimo tiempo y que, reintegradas a la vida comunitaria, requieren un acompañamiento en la reeducación de hábitos para vivir con la mayor autonomía posible.

Estas personas, en su mayoría asistidas por la curaduría de La Plata, realizan en ambos dispositivos diferentes talleres, trabajos de huerta, y son acompañadas por médicos psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales y una terapeuta ocupacional, que desarrollan una importante tarea con cada una, generando, además, un espacio de socialización y contención que contribuye a reforzar habilidades y a construir vínculos que favorecen la adaptación comunitaria.

IV. NORMATIVA APLICABLE

Para hacer frente a todos los problemas que aquejan a las personas adultas mayores —los mencionados en presente trabajo y los innumerables que no se han incluido en esta oportunidad—, el derecho otorga algunos faros o herramientas que puede contribuir en la búsqueda de soluciones concretas. Como bien ha señalado Graciela Medina: “Frente a los adultos mayores y las perso-

²² El proceso de determinación de la capacidad de las tres hermanas tramita por ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de Trenque Lauquen (expte. 9601/73). Una de las hermanas falleció en diciembre de 2017, las otras dos continúan viviendo juntas y reciben el apoyo de la curaduría oficial.

nas con discapacidad el derecho de familia debe revalorizar los principios que surgen de las convenciones que los protegen, para lograr en el corto plazo y de manera imprescindible su acceso a la salud. Teniendo en cuenta que la vida de los individuos y su protección —en especial el derecho a la salud— constituyen un bien fundamental en sí mismo, a su vez resultan imprescindibles para el ejercicio de la autonomía personal y para la dignidad tanto de las personas mayores como de las que sufren restricciones a su capacidad.

“De allí la revalorización del compromiso familiar para la protección de los más vulnerables y de la labor del Poder Judicial para su efectivización”²³.

El derecho de la vejez vigente en la República Argentina exige establecer mecanismos de protección diferenciados para el colectivo de los mayores. El art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional impone la obligación de asegurar la igualdad de oportunidades y de trato de las personas situadas en contextos vulnerables, entre las cuales se encuentran, precisamente, las personas adultas mayores.

A su vez, nuestro país ha ratificado la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores por la ley 27.360, y le ha otorgado así jerarquía suprallegal. Esta Convención ha sido dictada con el objeto de promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Entre sus principios generales, enumerados en el art. 3, señala algunos particularmente importantes para el tema que abordamos: ...d) La igualdad y no discriminación; (...) f) El bienestar y cuidado; g) La seguridad física, económica y social; (...) i) La equidad e igualdad de género y enfoque de curso de vida; (...) l) El enfoque diferencial para el goce efectivo de los derechos de la persona mayor; (...) o) La responsabilidad del Estado y participación de la familia y de la comunidad en la integración activa, plena y productiva de la persona mayor dentro de la sociedad, así como en su cuidado y atención, de acuerdo con su legislación interna”.

Expresamente el art. 5º de la convención prohíbe toda práctica “viejista” y obliga a desarrollar “enfoques específicos en sus políticas, planes y legislaciones sobre envejecimiento y vejez, en relación con la persona mayor en condición de vulnerabilidad y a aquellas que son víctimas de discriminación múltiple, incluidas las mujeres, las personas con discapacidad, las personas de diversas

²³ MEDINA, Graciela, “Familia y coronavirus. 10 claves para comprender su relación jurídica”, LA LEY 09/04/2020, 2, LA LEY 2020-B, 527, AR/DOC/1011/2020. Afirma la autora que el derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, está reconocido en los tratados internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22), entre ellos, el art. 12, inc. c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; inc. 1º arts. 4º y 5º de la Convención Americana sobre Derecho Humanos, e inc. 1º del art. 6º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, extensivo no solo a la salud individual, sino también a la salud colectiva.

orientaciones sexuales e identidades de género, las personas migrantes, las personas en situación de pobreza o marginación social, los afrodescendientes y las personas pertenecientes a pueblos indígenas, las personas sin hogar, las personas privadas de libertad, las personas pertenecientes a pueblos tradicionales, las personas pertenecientes a grupos étnicos, raciales, nacionales, lingüísticos, religiosos y rurales, entre otros”.

Por otra parte, en este período de pandemia, resulta particularmente importante lo dispuesto en el art. 29, que insta a los Estados parte a “tomar todas las medidas específicas que sean necesarias para garantizar la integridad y los derechos de la persona mayor en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres, de conformidad con las normas de derecho internacional, en particular del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario” —ello se compadece y encuentra su paralelo en lo dispuesto en el art. 11 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Así también, el art. 31 insta a los jueces a que su actuación sea particularmente expedita en casos en que se encuentre en riesgo la salud o la vida de la persona mayor.

V. ALGUNAS LÍNEAS DE ACCIÓN CONCRETA EN EL PERÍODO DE PANDEMIA

Sabemos que al conjunto de personas adultas mayores esta situación de aislamiento social les resulta más gravosa porque, como afirma el secretario general de la ONU António Guterres, aunque todas las personas de cualquier edad corren el riesgo de contraer COVID-19, las personas mayores tienen un riesgo significativamente mayor de mortalidad y enfermedad grave después de la infección, y los mayores de 80 años mueren a un ritmo cinco veces mayor que el promedio. Se estima que el 66% de las personas de 70 años o más tienen al menos una afección subyacente, lo que los coloca en un mayor riesgo de impacto severo por el COVID-19²⁴. Por tanto, requieren de un acceso prioritario a la salud y a los dispositivos de asistencia para conservar su autonomía.

Pero, además, debe reconocerse que muchas personas adultas mayores no solo tienen la autonomía para salir, sino que también lo necesitan. El derecho a la decisión, a la organización o a buscar de alguna manera mejorar la calidad de la vida a través del ejercicio de la libertad les resulta fundamental. En ese marco, y sabiendo que las cifras de estrés, depresión y ansiedad en esta población se han disparado principalmente por el aislamiento, resulta necesario asistirlos de un modo particular.

A raíz de la pandemia, hemos sido testigos de un importante movimiento solidario de atención a nuestros adultos: campañas de atención telefónica las 24

²⁴ <https://www.un.org/es/observances/elder-abuse-awareness-day>.

horas; jóvenes que se ofrecieron para realizar compras y atender necesidades concretas; familias que han decidido ocuparse de personas adultas mayores que vivían solas y que los llevaron a sus domicilios para cuidarlas y contenerlas. ¡Este movimiento maravilloso nos enciende esperanzas! Qué país hermoso tenemos, que es capaz de unirse en la adversidad y poner su mirada en quien más necesita de ayuda.

Desde nuestro trabajo en el sistema de curadurías oficiales de la provincia de Buenos Aires, se han realizado varias acciones concretas:

En este tiempo —y de modo paulatino—, se ha profundizado la comunicación a través de medios telemáticos —a la par de la atención presencial diaria en las curadurías que no han cerrado, sino que han organizado turnos de atención, por resultar un servicio esencial—. Se han modificado los circuitos habituales de asistencia, se han comprado celulares a los usuarios que no contaban con ellos y que tenían medios para adquirirlos y se han solicitado y utilizado teléfonos de referentes, familiares y dueños de hogares y pensiones para mantener un contacto fluido.

Asimismo, se han dispuesto teléfonos de guardia, que han sido informados a los usuarios personalmente y con cartelería en la puerta de la curaduría para que puedan comunicarse en cualquier día y horario, como así también se ha establecido una dirección de correo electrónico publicada en la página del Ministerio Público para responder cualquier inquietud de cualquier persona relacionada con nuestro trabajo.

El señor procurador general ha dictado la res. PG 193/2020, adaptando los requisitos de otorgamiento de los subsidios por externación, autorizando la utilización de medios alternativos y remotos para la formulación de los informes sociales, y se han otorgado y/o renovado durante este período más de cuatrocientos cincuenta subsidios previstos en la ley 10.315.

Se ha trabajado conjuntamente con el Ministerio de Desarrollo Social y con las Secretarías de Desarrollo Social municipales para la provisión de alimentos en los casos de mayor necesidad; se ha asegurado la entrega de medicamentos a través del Ministerio de Salud de la provincia en los casos urgentes, a través de la Dirección de Salud Mental.

Se han tomado, asimismo, medidas para comunicar en lenguaje claro y llano los medios de protección para evitar el contagio del virus, y se han establecido tareas concertadas y mancomunadas con las autoridades del Banco de la Provincia de Buenos Aires, que han colaborado muchísimo para la atención de las personas asistidas por las curadurías oficiales en los distintos departamentos judiciales.

Cada uno desde su sitio ha aportado su trabajo, su tiempo y su dedicación, con una especial consideración y en pos del mayor beneficio y satisfacción de las necesidades de quienes se encuentran hoy en una situación de mayor vulnerabilidad.

VI. CONCLUSIÓN

Las personas adultas mayores son las raíces y la memoria de un pueblo. Son un tesoro. Estoy convencida de que resulta necesario fomentar una cultura que revalorice la edad avanzada y que potencie sus posibilidades.

Desde el sistema de curadurías de la provincia de Buenos Aires se trabaja con esa mirada y con ese objetivo, tratando de poner en práctica y de hacer realidad, en la atención de este universo de personas —con los recursos disponibles y en la medida de las posibilidades²⁵—, los postulados de la Ley de Salud Mental y de las convenciones de derechos humanos de las que son particularmente destinatarias: la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Convención Interamericana sobre los Derechos de las Personas Adultas Mayores.

VII. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

DABOVE, María Isolina, “Los derechos de la vejez en tiempos de pandemia”, RDF 95, 40, AR/DOC/1843/2020.

DABOVE, María Isolina, “Autonomía y vulnerabilidad en la vejez. Respuestas judiciales emblemáticas”, Revista de Derecho Privado N° 34 -enero a junio de 2018.

GIRAUDO ESQUIVO, Nicolás y DABOVE, María Isolina, “La protección jurídica de la vivienda en la vejez: desafíos y herramientas” SJA 23/05/2012, p. 35; JA-2012-II.

GOIZUETA, María Perla, “Protección jurídica de la vivienda en la vejez: perspectiva interdisciplinaria”, RDF 95, 115, AR/DOC/1874/2020.

MEDINA, Graciela, “Familia y coronavirus. 10 claves para comprender su relación jurídica”, LA LEY 09/04/2020, 2, LA LEY 2020-B, 527, AR/DOC/1011/2020.

ORTIZ, Diego O., “Violencia familiar hacia personas mayores”, RDF 95, 142, AR/DOC/1879/2020.

SEDA, Juan A., “Internación de personas ancianas por causa de deterioro cognitivo” LA LEY 23/11/2018, 4, LA LEY 2018-F, 214, AR/DOC/2534/2018.

Recepción: 21/9/2020

Aceptación: 20/11/2020

²⁵ Lo expuesto, en atención a la clara dificultad que representa la inmensa cantidad de personas que asiste, que muchas veces impide realizar la atención personalizada con la frecuencia deseable.

FAMILIA Y APOYOS PARA LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

POR JUAN ANTONIO SEDA (*)

Resumen

En las relaciones dentro de la familia existen vínculos de protección y asistencia para las personas en situación de dependencia. Entre ellos, podemos mencionar a las personas con discapacidad intelectual. Estos cuidados personales, a lo largo de toda una vida, constituyen una ardua labor y por ello existen dispositivos profesionales para delegar algunas de estas actividades. Veremos en este artículo que la legislación argentina es difusa y poco clara en el tratamiento del vínculo entre las personas con discapacidad intelectual y sus familiares. De hecho, ni siquiera se usa el término “persona con discapacidad intelectual” en el Código Civil y Comercial. Esta omisión trae algunas ambigüedades en la interpretación de los apoyos.

Palabras clave

Discapacidad, familia, cuidados personales, apoyos.

FAMILY AND SUPPORTS FOR THE PERSON WITH DISABILITIES

Abstract

In relationships within the family there are links of protection and assistance for people in situations of dependency. Among them, we can mention people with intellectual disabilities. This personal care, throughout a lifetime, constitutes an arduous task and therefore there are professional devices to delegate some of these activities. We will see in this article that Argentine legislation is diffuse and unclear in the treatment of the relationship between people with intellectual disabilities and their families. In fact, the term “person with intellectual disability” is not even used in the Civil and Commercial Code. This omission brings some ambiguities in the interpretation of the supports.

(*) Abogado (UBA). Doctor en Derecho (UBA). Profesor adjunto regular de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA). juan.antonio.seda@gmail.com.

Keywords

Disability, family, personal care, supports.

I. INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad constituyen aproximadamente el quince por ciento de la población del planeta, según el relevamiento de la Organización Mundial de la Salud que se publicó hace ya más de una década, bajo el título *Informe mundial sobre la discapacidad* (OMS, 2010). Este conjunto de las personas con discapacidad abarca una gran variabilidad de situaciones, ya sea en cuanto a tipos de deficiencias (físicas, sensoriales, mentales e intelectuales, según la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), como también en relación con el grado, las particularidades y, sobre todo, el entorno.

Uno de los reclamos permanentes de las organizaciones representativas de las personas con discapacidad es que no se equipare mecánicamente esta condición a la patología. También piden que se reconozca la responsabilidad de la sociedad en la tarea de remover barreras. Para no posar exclusivamente la mirada en la deficiencia, la definición de discapacidad que surge de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad la vincula de manera estrecha con las barreras del entorno. Esto hace que la discapacidad constituya una construcción compleja y dinámica, que interrelaciona una deficiencia individual con los obstáculos que la sociedad impone para la efectiva y plena participación de la persona en la vida comunitaria.

Una de las principales obligaciones que emergen de las relaciones de familia es la asistencia para con los demás integrantes del núcleo doméstico. Aquí se analizarán algunos de esos vínculos jurídicos que incluyen a personas con discapacidad, como la tarea de protección y la de brindar cuidados personales. Es necesario entender las dificultades cotidianas que esas tareas representan para los progenitores y para los parientes cercanos. Y que el sistema legal, lamentablemente, no siempre brinda ayuda. Sin embargo, en la República Argentina existe un conjunto normativo específicamente destinado a las personas con discapacidad, que les otorga un estatus jurídico particular. Ya en la reforma constitucional de 1994 se incorporó la atribución al Congreso para sancionar medidas de acción positiva para las personas con discapacidad, entre otros grupos en condición de vulnerabilidad. Veremos más adelante que estas acciones afirmativas pueden derivar específicamente en prestaciones que colaboren o confluyan con las familias para algunas actividades.

Por tratarse de un colectivo tan amplio y diverso, aquí me enfocaré específicamente en esta categorías: la discapacidad intelectual. El motivo de esta elección es que allí están la mayoría de los casos en los cuales se requiere una protección por parte de la familia. En muchos casos, esa clase de apoyos se ex-

tienden a lo largo de toda la vida. La necesidad de estos se incrementa de manera directamente proporcional con las limitaciones mentales o intelectuales de un individuo. La familia se convierte en un apoyo vital para la puesta en práctica de las actividades de la vida diaria, como los cuidados personales y el desarrollo de aprendizajes que promuevan la mayor autonomía posible. Adelantaré aquí que el término “apoyo”, en sentido jurídico, es poco claro en cuanto a su definición y alcance. Es utilizado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y luego pasó al Código Civil y Comercial argentino, en el capítulo que se refiere a los procesos de restricción de la capacidad de ejercicio.

A pesar de la trascendencia a nivel global de la mencionada Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, son muchas las leyes argentinas sancionadas con posterioridad que no utilizan el término “persona con discapacidad”. No es meramente una cuestión terminológica, lo cual sería un problema menor. Las discordancias en las definiciones muestran una falta de armonización, que, a su vez, indican un descuido en esta materia porque las soluciones son ambiguas e imprecisas. Aquí me detendré específicamente en uno de los defectos más graves: la ley argentina no desagrega con claridad los límites entre la responsabilidad familiar y la responsabilidad estatal con respecto a la asistencia de las personas con discapacidad intelectual. Por supuesto que se podría alegar, a modo de respuesta, que hay responsabilidades concurrentes, dependiendo de cada caso. Presentaré aquí un caso de análisis, para mostrar cómo la incertidumbre acerca de la responsabilidad en los cuidados personales conlleva situaciones de angustia e incertidumbre para muchos familiares.

En la República Argentina ya existían muchas normas que reconocían la prioridad de los derechos de las personas con discapacidad. Por ejemplo, la ley 24.901, sancionada en el año 1997, que creó un marco básico de prestaciones para personas con discapacidad. Se trata de una serie de servicios que son solventados económicamente por las obras sociales, las empresas de medicina prepaga o el Programa Federal Incluir Salud, según cuál sea la cobertura con la que cuenta cada individuo. En cuanto a la discapacidad intelectual, se ofrecen prestaciones como los hogares con centro de día, que constituye una opción para que las familias deleguen parcialmente a equipos profesionales los cuidados personales de los integrantes que lo necesiten. La decisión sobre la concurrencia a estos establecimientos, el régimen de visitas y la participación en las decisiones son temas absolutamente ignorados en el Código Civil y Comercial. Tampoco hay reglas claras acerca del deber de asistencia entre parientes cuando uno de ellos es una persona con discapacidad intelectual. En síntesis, no existe armonización de los principios genéricos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad con el Código Civil y Comercial, ni tampoco con las leyes especiales sobre prestaciones.

Es importante destacar que no se trata de un problema de falta de legislación, sino de carencia de precisión en las normas existentes. Ya el estilo de redacción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapaci-

dad es tan amplio y ambiguo que deja abiertas varias incógnitas en cuestiones trascendentes. La incertidumbre es, justamente, lo contrario de lo que se espera de un sistema jurídico claro, transparente y eficaz. Ello se podría solucionar a través de un proceso de armonización legislativa nacional, en la cual se fijen reglas claras que recepten los principios que emanan de aquel tratado internacional de derechos humanos. Eso no sucedió y, lamentablemente, tal falencia trae problemas concretos que actualmente padecemos en la práctica. En varios aspectos del derecho familiar en los cuales se entrecruzan derechos de personas con discapacidad, hay que hacer pasajes de términos, buscar las analogías y dar coherencia a esas prescripciones con otras normas que forman parte del derecho argentino en materia de discapacidad. Esto se puede constatar en materia de matrimonio, adopción, sucesiones, asistencia alimentaria y ejercicio de la capacidad jurídica, entre otras relaciones jurídicas con impacto en la vida familiar. Es necesario reiterar que tales ambigüedades se podrían haber resuelto con una mejor redacción legislativa en el Código Civil y Comercial.

II. UN TEMA RELEGADO EN LA LEGISLACIÓN ARGENTINA

En materia de derechos de las personas con discapacidad, en la República Argentina hay una gran cantidad de leyes protectorias con relación a la salud, la rehabilitación, el empleo, la educación, la recreación, el transporte y muchos otros componentes de la vida. Estas normas generalmente parten de la idea de una desventaja *a priori que requiere, por lo tanto, de una especie de discriminación inversa para permitir una efectiva igualdad de oportunidades. Son las medidas de acción positiva, a las que ya hemos hecho referencia en la introducción. A la gran cantidad de normas que existían, se agregó una fundamental en un plano global: la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que fue aprobada por la República Argentina en el año 2008, a través de la ley 26.378, y que obtuvo rango constitucional, en los términos del inc. 22 del art. 75 de la Constitución Nacional, con la sanción de la ley 27.044. Los tratados internacionales de derechos humanos suelen enfatizar en las garantías que los Estados signatarios deben ofrecer a sus habitantes. La adecuación de esas directrices se debe luego plasmar en la legislación específica. No debe esto confundirse con una “reglamentación”, ya que para nuestro ordenamiento jurídico queda claro que los tratados internacionales de derechos humanos son operativos con su sola aprobación.*

Se requiere dar consistencia a una gran cantidad de prescripciones locales con la norma de origen internacional. ¿Por qué, entonces, el legislador argentino no utilizó los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad para el Código Civil y Comercial? Así, el Título X del Libro Quinto, correspondiente a la porción legítima en las sucesiones, se refiere al “heredero con discapacidad”, pero brinda otra definición distinta a la de la convención. En ese fragmento del código, se le reconoce al causante la posibilidad

de una mejora para el heredero con discapacidad. Es una medida razonable, tomando en cuenta la idea previa de vulnerabilidad, en particular para algunos tipos de discapacidad. En la mejora para este heredero hay un beneficio extra, que pondera la condición de vulnerabilidad en la que se encuentra en muchos casos. Sin embargo, de manera extraña, el legislador brinda aquí una definición de persona con discapacidad que difiere de la que trae la mencionada convención. Son detalles de técnica legislativa, que dan indicios acerca de lo poco que se ha tomado en cuenta aquel tratado internacional.

Es difícil dictaminar de forma concluyente si el Código Civil y Comercial aceptó, o no, de manera integral los principios de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por lo pronto, desconoció su terminología en aspectos importantes. Pero la ley 26.994, que sancionó el Código Civil y Comercial, no es la única que omite la utilización de los términos del referido tratado internacional de derechos humanos. Sucedió lo mismo con la ley 26.657, también conocida como Ley de Salud Mental, que no utiliza el término “discapacidad mental”, sino que brinda una definición operativa sobre los padecimientos mentales. Esto acarrea algunas dificultades de interpretación con respecto a las estadías de larga duración o residencia de las personas con discapacidad intelectual en establecimientos. La utilización de distintas formas de clasificación deja dudas acerca de si aplica o no a la posibilidad de acceder a través del sistema de la seguridad social a algunos servicios como los hogares con centro de día.

Entre los impedimentos para contraer matrimonio, nuestro código tampoco enuncia expresamente la condición de persona con discapacidad mental o intelectual. Se trata de dos situaciones en las cuales podrían eventualmente carecer del necesario discernimiento para celebrar ese acto jurídico. En cambio, se utiliza la antigua fórmula de “la falta permanente o transitoria de salud mental que le impide tener discernimiento para el acto matrimonial”. La crítica a la falta de coherencia en la denominación, sin embargo, no debería opacar el hecho de haber incorporado una buena solución a través de la dispensa judicial. O sea que un juez puede autorizar excepcionalmente la celebración de un matrimonio entre una o ambas personas con discapacidad mental o intelectual, con un procedimiento previo. En este breve trámite se incluye un informe interdisciplinario, que dirima si los contrayentes tienen una noción básica acerca de los alcances y consecuencias del matrimonio. Podríamos decir que se trata de un discernimiento reducido, limitado por las condiciones, pero que finalmente es suficiente a la vista del magistrado, que deberá entrevistarse luego de manera personal con los contrayentes y sus apoyos, para dar elementos de mejor convicción al juzgador.

Claro que tampoco en las prescripciones acerca del régimen patrimonial del matrimonio hay menciones de esta clase de uniones, en las que una parte o ambas no tienen pleno discernimiento para la celebración de actos jurídicos. Si el código no dice nada sobre esto en cuanto a la elección del régimen, se abren

una serie de interrogantes: ¿Se debería asumir que corresponde el régimen residual? ¿Se debería optar por el que más beneficie a la persona con discapacidad intelectual? ¿Y si ambos contrayentes son personas con su capacidad de ejercicio restringida por causa de su discapacidad intelectual? Tampoco se menciona en el Código Civil y Comercial el eventual divorcio en casos de personas con discapacidad mental o intelectual. Como estos, hay muchos otros casos en los cuales el derecho de familia les ha dado la espalda, al menos en el Código Civil y Comercial, a los derechos de las personas con discapacidad.

Otra omisión inexplicable del concepto de persona con discapacidad mental o intelectual es que surge de la Parte General del Libro Primero del Código Civil y Comercial. En la restricción a la capacidad de ejercicio no se mencionan ni una sola vez los términos “discapacidad mental” o “discapacidad intelectual”. Nuevamente, la cuestión terminológica no es el problema principal, sino la falta de precisión en cuanto a los criterios y alcances de las restricciones. Y, principalmente, la forma en que deben señalarse los apoyos, un término totalmente abierto a varias interpretaciones. Si bien no se puede esperar que una norma resuelva un desafío vital tan trascendente, se podría esperar que, al menos, se abordara de manera más consistente en el texto del Código Civil y Comercial.

Las personas con discapacidad que cuentan con apoyos familiares idóneos suelen lograr mejores resultados en cuanto a su autonomía. Esta independencia para las actividades de la vida diaria es diferente en cada caso. Hay un temor arraigado entre los familiares cercanos respecto a lo que le pueda suceder a una persona con discapacidad intelectual cuando ya no cuente con el apoyo que ellos brindan. Como veremos a continuación, esto puede llegar a ser causa de angustia y desesperación. Podemos hallar una vinculación entre la búsqueda de autonomía de la familia para las personas con discapacidad y la posibilidad de delegar algunos de los cuidados personales, a modo de un respiro, para lo que puede representar una tarea ardua, aun cuando se realice con la mejor predisposición.

III. UN CASO DE SOBRECARGA DE TAREAS PARA LA FAMILIA

¿Cuáles son las acciones que se les pueden reclamar a los integrantes de un grupo familiar para el cuidado personal de otros de sus integrantes? ¿Hay límites para la atención a los parientes más vulnerables? ¿Corresponde al sistema legal brindar un resguardo para quienes cuidan a sus seres queridos? Estos interrogantes, en abstracto, no tienen la misma entidad que el análisis de un caso real. Por ese motivo se expondrá a continuación una circunstancia vital, en la que una madre expone en público una situación límite. La labor de las familias en la protección de las personas con discapacidad intelectual no siempre es debidamente reconocida. Esta falta de reconocimiento puede constituir una falta de incentivo para quien desarrolla su vida alrededor de la atención de cuidados personales de otro. El caso al que haré referencia aquí es excepcional, por el

planteo que formula una madre, pero se puede considerar como un indicador representativo del pedido implícito de asistencia que formulan los familiares de las personas con discapacidad intelectual.

Durante el mes de agosto de 2020, se publicaron varias notas periodísticas en diferentes diarios de circulación nacional en la República Argentina, para reproducir una noticia emitida inicialmente a través de un reportaje que concedió una mujer en la provincia de Misiones. Este reportaje fue emitido el día 17/08/2020 a través del Canal 12 de televisión, de la ciudad de Posadas. En esa presentación pública, esta mujer misionera relataba que iba a pedir autorización judicial para realizar la eutanasia para su hijo de 22 años. Fundaba su desesperado ruego en el íntimo propósito de terminar con el sufrimiento del joven y la angustia de ella y de su esposo. El hijo de este matrimonio es un joven con una discapacidad intelectual severa, producto de una parálisis cerebral, que no habla, tiene permanentes convulsiones y tiene tendencia a autolesionarse. Entre lo que se plantea la madre, se destaca una combinación de cansancio personal y una profunda pena por la situación de su hijo. Hace referencia a la necesidad de acompañamiento permanente de su hijo y a que tal cuidado es agotador para ella y para el grupo familiar. La condición de su hijo le impone a esta madre estar atenta a él durante todo el día, para evitar que se autoagreda. Esa realidad la lleva a sentirse víctima de una sobrecarga de tareas.

Por supuesto que la solución que reclama públicamente la madre constituiría un delito y, con buen tino, no fue tomada de manera literal. Inclusive cuando ella hubiera expresado un deseo profundo, el sentido común obliga a interpretar el mensaje con prudencia y en perspectiva. Más que una amenaza, parece emerger como un desesperado llamado de atención y un pedido de apoyo. Para entender mejor la complejidad del debate, sería preferible analizarlo sin prejuicios en las valoraciones morales. Es común que se juzgue a los familiares según su apego a patrones culturales tradicionales, según los cuales eran las mujeres de la familia las que brindaban esos cuidados. Pero no es nada fácil estar en ese lugar, cuando además se sabe que la situación no solamente no mejorará, sino que, por el contrario, se hará cada vez más difícil y durará muchos años. Hace falta un gran temple para asumir un estilo de vida en el cual se mantiene la asistencia sobre un pariente muy cercano, con procesos muy lentos en su rehabilitación. ¿Hasta qué punto se podrá exigir esa tarea?

La queja de esta madre de la provincia de Misiones puede reinterpretarse como un pedido de apoyos externos al núcleo familiar. O sea, un reclamo indirecto para la intervención de profesionales en aquellas tareas que los progenitores puedan delegar. Esta delegación puede ser total o parcial durante el día, según la modalidad de prestación que se elija y se apruebe (no depende solamente de la voluntad de la familia). El sistema sanitario argentino cuenta con instituciones de internación, como los hogares, generalmente también con centro de día. Se trata de instituciones incorporadas en la ley 24.901, que prevé la cobertura de prestaciones en discapacidad a costa del sistema de la seguridad

social. O sea que existen instituciones en las que las familias pueden delegar estas tareas de cuidados personales. Pero, además, este servicio es gratuito para las familias, ya que su costo lo cubren las obras sociales, las empresas de medicina prepaga y de sistemas de beneficios estatales, como el Programa Incluir Salud, que brinda cobertura a las personas con discapacidad que tienen asignada una pensión no contributiva.

Ya hemos dicho que son muchos los progenitores que se preguntan qué será de la vida de sus hijos adultos con una discapacidad intelectual, cuando ellos no estén presentes (vivos) para cuidarlos. Muchas familias llegan a un estado de angustia, por el hecho de pensar en un futuro en el cual no haya nadie para cuidar de ese pariente que no tiene autovalimiento. Se podrían pensar diferentes alternativas para posibles dispositivos jurídicos, a través de una planificación sucesoria que garantice una tranquilidad en cuanto al sustento y la organización de las actividades de la vida diaria del heredero. Sin embargo, ello no es tan sencillo en una economía imprevisible en términos de larga duración, por la constante inestabilidad de las variables y los giros bruscos en las reglas. Queda, entonces, posiblemente como la única solución disponible, la residencia en establecimientos. Si bien esto no es lo mismo que el entorno familiar, es una alternativa para aquellos que no tienen un núcleo familiar que los contenga.

La asignación de cuidados personales en el núcleo familiar a veces refuerza estereotipos tradicionales en la división del trabajo hacia el interior de la unidad doméstica. El mandato moral del cuidado de los más vulnerables en el seno de la familia se asocia con una misión natural. En otros términos, estas tareas suelen recaer en las mujeres del grupo (Zelizer, 2009). Por lo tanto, la evolución en las prácticas sociales pone en crisis lo que un siglo atrás era asumido sin hesitar. Por ello es tan significativo que una reforma al Código Civil y Comercial, que se presenta como una modernización de prácticas sociales, haya omitido este aspecto. Uno de los puntos de tensión que pueden surgir consiste en la potencial negativa de los familiares a continuar con los cuidados personales de uno de los integrantes del grupo. ¿Tienen obligación realmente de hacerlo de por vida? Por un lado, los parientes tienen una obligación alimentaria; pero, por otro lado, eso no significa necesariamente tener que proporcionar esos cuidados personales por sí mismos. Claro que normalmente hay una continuidad en las acciones de cuidados personales, como una derivación espontánea de la responsabilidad parental. Los progenitores no dejan de serlo el día en que sus hijos llegan a la mayoría de edad. En ningún caso en general, mucho menos cuando hay hijos con discapacidad intelectual. Sin embargo, lo que sí existe es un cambio en el vínculo jurídico, que nuestro sistema legal debería atender de manera explícita. A continuación, trataré de exponer algunos de los interrogantes jurídicos que acarrea esta transformación de la responsabilidad parental en una obligación entre parientes.

IV. LOS APOYOS Y EL DEBER DE ASISTENCIA FAMILIAR

Las relaciones familiares son una fuente de derechos y responsabilidades, que tendrán diferentes características y consecuencias, según el lazo que une a dos individuos. Así, por ejemplo, para la ley argentina, la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental se extingue a los veintiún años de edad. Esto puede modificarse y producirse a los dieciocho años, si el alimentado contara con recursos para su propio sostenimiento a partir del inicio de la mayoría de edad. También puede extenderse hasta los veinticinco años para aquellos casos en los cuales el hijo alimentado, ya mayor de edad, estuviera desarrollando un ciclo académico o profesional y ello le impidiera sostenerse por sí mismo. Es lo que el texto del Código Civil y Comercial denomina como “hijo que se capacita”. En síntesis, la obligación alimentaria de los progenitores para con los hijos, entonces, no es de por vida. ¿Qué pasa, entonces, cuando ese hijo es una persona con discapacidad intelectual? ¿Quién atiende a un individuo con un alto grado de dependencia originado en limitaciones cognitivas graves?

Ambos progenitores deben contribuir al sostenimiento de los hijos en común. Inclusive, el progenitor afín también debe alimentos, aunque en este caso en carácter subsidiario, a los hijos de su cónyuge o conviviente. En cualquier caso, cuando los hijos llegan a los veintiún o veinticinco años (según si se siguen capacitando), culmina esa obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental. Entonces, se produce una metamorfosis en la causa de la obligación: se extingue un deber, pero nace otro, un poco más tenue. Aquella obligación derivada de la responsabilidad parental se transforma en una obligación de alimentos entre parientes. Por supuesto que los progenitores no suelen reparar en este cambio de estatus jurídico, más allá de algún trámite que puedan hacer para continuar en el rol de apoyos. Las consultas jurídicas en esta etapa se orientan al trámite del proceso de restricción de la capacidad de ejercicio, ya que no pueden seguir en condición de representantes jurídicos que deriva de la responsabilidad parental. Digamos, a modo de acotación, que también esta situación pudo haber sido prevista por el Código Civil y Comercial, de forma de facilitar la tramitación a los familiares.

La obligación de asistencia familiar entre parientes tiene otros presupuestos; por ejemplo, deberá acreditarse la necesidad del alimentado. Por supuesto que eso no será menester si se brindan de forma voluntaria. Hay que aclarar que no cualquier relación de parentesco produce una obligación alimentaria. Los parientes solamente se deben alimentos entre sí cuando son ascendientes y descendientes, también entre hermanos, ya sea que compartan uno o ambos progenitores. Y siempre corresponderá que los brinde quien está en mejores condiciones o compartiendo, según las posibilidades de cada obligado. El contenido de la obligación alimentaria entre parientes abarca lo que se necesite para subsistencia, habitación, vestuario y asistencia médica, y, sobre todo, no se presume la situación de carencia del alimentado, como sí sucede en los alimen-

tos para el hijo menor de edad. Si bien se trata de una prueba que, en el caso de las personas con discapacidad intelectual, podría resultar menos trabajosa de obtener, no puede presumirse la imposibilidad del alimentado de adquirir los alimentos por sus propios medios.

Es necesario reiterar que la sola condición de ser persona con discapacidad intelectual no conlleva necesariamente que alguien tenga derecho a una cuota alimentaria por parte de sus parientes. Hay personas con discapacidad intelectual que desarrollan su vida de manera autónoma y producen su propio ingreso económico para su sostenimiento. Pero también hay que señalar que el caso de este tipo de discapacidad puede ser el más difícil para algunas acciones de inclusión social. Por ejemplo, se trata del segmento con mayor dificultad para su incorporación al mercado laboral.

Otra cuestión descuidada por el legislador argentino ha sido la posibilidad de delegar los cuidados personales de parientes en relación de alta dependencia. Es un tema ya tratado en la ley 24.901, que crea un sistema de cobertura integral de prestaciones para personas con discapacidad. Y es justamente el caso antes expuesto en este texto, donde una madre se siente agobiada, quizás por no saber que puede obtener recursos para compartir esa tarea con profesionales. El deber de asistencia familiar no implica necesariamente que alguien deba, por sí mismo, desarrollar las acciones que demanden los cuidados personales de un pariente que no tiene autovalimiento. La obligación alimentaria puede ser satisfecha a través de una cuota en dinero, tal como sucede en los casos de progenitores no convivientes, con hijos menores de edad. He aquí el principio básico de la opción de delegar los cuidados personales en profesionales.

En el mismo sentido, otro interrogante práctico asociado es si es obligatorio para los progenitores aceptar la designación como apoyo formal, en el marco de un proceso de restricción de la capacidad de ejercicio de un hijo con discapacidad mental o intelectual. ¿Por qué sería obligatorio para los parientes aceptar tal designación? Podría considerarse como un mandato moral, pero, en términos civiles, tal obligación no surge de ninguna norma y, por lo tanto, no podría ser impuesta judicialmente. Hay que aclarar que, en la enorme mayoría de los casos, las familias no suelen retacear la asistencia a sus integrantes con discapacidad, y que la situación más frecuente es una continuidad parsimoniosa, podríamos decir hasta natural. O sea que, en general, la mayoría de edad no altera de manera negativa el compromiso en cuanto a los cuidados personales de un hijo con discapacidad intelectual. Además, de esa forma, quizás se podría haber aclarado un poco más la noción de apoyos, tan oscura en el Código Civil y Comercial. No solamente hay un problema de falta de precisión en ese término, sino que se usa indistintamente para referirse a acciones y a personas.

Nuestra legislación civil no ha incluido ninguna prescripción que plantee expresamente una prolongación en la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental para personas adultas con discapacidad intelectual. Nos referimos a casos en los cuales un eventual alimentado no tenga posibilidades

reales de ejercer un oficio, debido a su condición. Existen numerosas leyes especiales que reconocen medidas de acción positiva para personas con discapacidad, como cobertura integral de prestaciones en discapacidad, pensiones no contributivas, cupos laborales, pero todas ellas ponen como sujeto obligado al Estado. ¿Por qué está ausente del Código Civil y Comercial la protección a las personas con discapacidad? ¿Se la considera solamente como una obligación del Estado? ¿O se da por sobreentendido que las familias tomarán la tarea con base en normas morales de orden público? En cualquier caso, parece haber un implícito predominio de pautas morales en nuestra legislación civil, asociadas a la piedad y la caridad, antes que a decisiones libres y autónomas.

V. EL PROYECTO DE VIDA COMO ASPIRACIÓN PLURAL

¿Puede pensarse un proyecto de vida en términos individuales cuando se sabe que toda la vida está signada por el cuidado personal para con el hijo con discapacidad intelectual? La biografía de los padres y madres de hijos con discapacidad intelectual queda marcada por esa tarea, cada vez asumida con mayor naturalidad, como producto de la aceptación social de la diferencia. Pero ello no obsta a que se trate de una labor ardua, lo cual ha merecido un tratamiento específico en muchas legislaciones del mundo, con el propósito de brindar apoyos externos. Como ya se indicó, ello se plasma en dispositivos compartidos con otras personas con discapacidad intelectual y con una organización de talleres coordinados por profesionales. Ya el hecho de concurrir o no a un centro de día es una decisión que implica una voluntad plural. En este texto he tratado de mostrar esta situación paradójica, ya que nuestro Código Civil y Comercial ha ignorado esta circunstancia.

La tarea de cuidados personales sobre un hijo adulto con discapacidad intelectual no tiene por qué significar la pérdida de propia subjetividad. Tampoco se puede, ni se debe, negar la subjetividad de la persona con discapacidad intelectual, aunque no pueda desarrollar ciertas formas de pensamiento por limitaciones cognitivas o no pueda dar ciertas expresiones de voluntad, en términos jurídicos. Estas limitaciones afectan a la celebración de actos jurídicos y también a la vida cotidiana, pero ello no implica de ninguna forma perder de vista la subjetividad de ese ser humano. Entonces, se produce una simbiosis en los hechos, que inevitablemente tendrá efectos en el plano jurídico; el núcleo familia conforma una especie de persona jurídica plural. Obviamente que esto acarrea riesgos en cuanto a la probabilidad de opacar personalidades individuales, o bien, en una pendiente resbaladiza, invisibilizar o, directamente, sustituir.

Cuando se menciona la sustitución de la voluntad, es común que se señale a los familiares, casi a modo de denuncia, como quienes clausuran la expresión de la voz genuina y autónoma del integrante del grupo que recibe cuidados personales a causa de su discapacidad intelectual. Se denuncia una especie de sobreprotección tiránica, algo que bien podría denominarse como el “síndrome de

Annie Wilkes”, la cuidadora posesiva en la famosa novela *Misery*, de Stephen King. Pero este estereotipo es falaz y no se corresponde con la realidad cotidiana de las familias. La falta de autonomía de una persona con discapacidad intelectual no deriva de limitaciones creadas por los familiares ni por la sociedad. En primer lugar, es incorrecto referirse a una sustitución de voluntad cuando, en sentido jurídico, no podría existir un acto voluntario lícito sin discernimiento. Pero, además, es absurdo culpar a la familia de intervenir en decisiones de un integrante con limitaciones cognitivas o funcionales. Aquí es donde sería útil contar con una legislación civil que abordara el tema de los apoyos con más claridad y desde la premisa de la necesidad de representación. Confundir la acción de representar con la de sustituir es un error evidente. No se puede negar que existan abusos y situaciones de influencia indebida, pero hay mucha distancia de allí a considerar que los familiares “sustituyen” a la persona con discapacidad cuando la asisten. Aunque salga del clásico molde individualista, en esta composición familiar hay una voz híbrida y plural que incluye a la persona con discapacidad intelectual.

La noción de una voz plural que sintetice la de la persona con discapacidad intelectual y la de su familia no requiere estar cristalizada, ni tampoco constituir un sujeto colectivo, en términos formales. Por el contrario, su interpretación es dinámica y ello significa que habrá situaciones en las cuales puedan bifurcarse y diferir. Como en cualquier grupo familiar. De hecho, las dificultades para estas tareas las tienen todos los progenitores, ya sea de hijos con discapacidad o sin ella. Es injusto recaer con más énfasis en las formas que eligen los progenitores de hijos con discapacidad, para el ejercicio de la responsabilidad parental. Pero debemos insistir en que sería más fácil para las familias si esta situación se hubiera previsto con más claridad en el Código Civil y Comercial.

Este acompañamiento se puede verificar perfectamente en algunos pronunciamientos judiciales en los cuales se les reconoció entidad a los familiares para reclamar una reparación. En “Furlán y familiares contra la República Argentina”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a nuestro país por responsabilidad y planteó la obligación de indemnizar a una persona por haberle provocado una discapacidad. También la indemnización abarcaba a sus familiares. Uno de los conceptos que recorren ese fallo es el daño al proyecto de vida, una noción existencial que se ha generalizado en nuestra doctrina. En materia de discapacidad, habría que analizar si un proyecto de vida queda trunco por el hecho de formar parte de ese colectivo de personas, que precisamente reivindica con orgullo tal condición. Claro que esa clase de pronóstico genérico puede ser blanco de una objeción lógica, y es que la pretensión de una precognición está plagada de una multitud de conjeturas. La enorme cantidad de situaciones que “pudieron haber sido” invalidan lógicamente una certeza contrafáctica (Ayer, 1962). Sin embargo, parece consolidado en los criterios de la jurisprudencia mayoritaria que la discapacidad constituye una situación indeseada.

¿Qué se repara cuando se determina una indemnización para quien sufrió una deficiencia que deriva en discapacidad, como consecuencia de una acción o de una omisión ilícita? No es solamente una indemnización por la frustración de un plan trazado para un hijo, sino también la modificación radical que recae sobre un grupo familiar que debe atender de por vida a una persona en sus acciones más básicas. ¿Cómo ponderar el valor de esos cuidados personales de por vida? ¿Hay consistencia lógica en esta clase de reparaciones o se basan más en criterios de equidad? En cualquier caso, el proyecto de vida no es estrictamente individual, sino que es un deseo construido por toda la familia. La bifurcación entre la condición de damnificado directo o indirecto, en estos casos, puede ser equívoca o muy sutil. Por ejemplo, ante un accidente de parto que se produce por una mala praxis y como consecuencia el bebé nace con una discapacidad intelectual severa, es posible que no se perciba como una víctima, debido a que no cuenta con las herramientas cognitivas para asumir tal condición. No hay en tal caso una percepción acerca de otros posibles destinos. ¿Qué se estaría indemnizando, entonces, como “proyecto de vida”? La frustración a un proyecto vital requiere de la existencia previa de tal intención, al menos en la forma de un esbozo. Lo que se está indemnizando, por lo tanto, es la aspiración que sobre ese destino tenía su grupo familiar. El contexto en que se desarrolla cada ser humano no puede ser ignorado para entender su horizonte de sentido, lo cual obviamente incluye a su núcleo familiar. Así, el proyecto de vida es indispensable para cualquier individuo, en tanto aspiración de acuerdo a sus circunstancias (Ortega y Gasset, 2007).

VI. CIERRE. EL MALESTAR EN LAS FAMILIAS

La autonomía de cada una de las personas con discapacidad intelectual es diferente y varía según el contexto. Además de las habilidades propias, hay que considerar el grado de estimulación ambiental recibida en su medio social, donde impacta muy especialmente la labor de su núcleo familiar. Este rol fundamental de la familia debería ser acompañado desde la legislación argentina, por medio de prescripciones claras en torno a la responsabilidad en los cuidados personales, la protección y la representación durante la vida adulta. Tradicionalmente, se asumió que las mujeres tomaran ese rol de cuidadoras en la casa, ocupándose de los integrantes más vulnerables del grupo familiar. Sin embargo, las transformaciones sociales rumbo a una igualdad en la división sexual del trabajo hicieron que esos estereotipos patriarcales abrieran lugar a la delegación de los cuidados personales en profesionales. Estos cambios no han sido todavía acompañados por una legislación en materia civil que esté a la altura de la nueva realidad. Existe una deuda por parte del Código Civil y Comercial en cuanto a brindar certeza jurídica sobre la naturaleza y los alcances concretos de los apoyos. Se debería incluir una prescripción acerca del vínculo entre los progenito-

res y el hijo adulto con discapacidad intelectual que no puede procurarse por sí el sostenimiento económico.

Existen muchas prescripciones en normas previsionales y también en el sistema de cobertura integral de prestaciones para personas con discapacidad. Los progenitores que cuentan con trabajo registrado o un haber jubilatorio pueden percibir una asignación por hijo con discapacidad de manera permanente. Inclusive, luego del fallecimiento de los progenitores, la persona con discapacidad pasará a percibir la pensión es derivada. O sea que hay una erogación de la Administración Nacional de la Seguridad Social para los hijos con discapacidad, tanto menores como mayores de edad. Este punto es crucial para entender la confluencia o concurrencia entre la obligación familiar y la del resto de la comunidad, a través de prestaciones que otorga el Estado.

Hemos visto a lo largo de este artículo que existen normas que brindan recursos también por medio de dispositivos profesionales, por ejemplo, para compartir algunas tareas y para que, así, las familias deleguen labores. Así, los hogares, los centros de día, los centros educativos terapéuticos y otras instituciones que funcionan dentro del marco básico de prestaciones al cual ya hicimos referencia. Hay que aclarar que la actuación profesional puede también abarcar una intervención terapéutica en procesos de rehabilitación. Esta clase de dispositivos técnicos tienen una trayectoria de más de un cuarto de siglo, pero, en muchos casos, no están todavía armonizados correctamente con las normas que rigen el ejercicio de la capacidad jurídica. No se explica cómo, luego de tanto tiempo, el Estado argentino no ha logrado brindar certeza jurídica a las familias de las personas con discapacidad. Podemos ver un ejemplo de esta endeblez normativa, cuando la Administración Nacional de la Seguridad Social requiere, a las personas con discapacidad intelectual que tramitan las pensiones, que inicien un proceso de restricción de la capacidad de ejercicio. Esta clase de inconsistencias debieron solucionarse a través de reglas muy claras, con la sanción del Código Civil y Comercial. Es llamativo que ese ordenamiento no solamente no resuelva esto, sino que ni siquiera mencione los términos de discapacidad mental o intelectual.

La familia ha perdido el monopolio de los cuidados personales. O sea, ha desprendido de la exclusividad, ambas interpretaciones son plausibles. Bien sea la causa o la consecuencia, en casi todo el mundo se han diseñado diferentes sistemas para delegar esos cuidados personales y para desarrollar actividades recreativas y que promuevan las habilidades sociales. No es fácil discernir entre causa y consecuencia, ya que bien podría analizarse el fenómeno inverso: que la oferta de actividades externas es la que incitó a la demanda. Como sea, se trata de alternativas que intentan incorporar a la vida social a las personas con discapacidad intelectual. Aun así, la labor de la familia es principal y requiere de apoyos externos. Por eso, tales dispositivos cuentan con sostenimiento estatal, de manera de aliviar los costos para quienes quieran acudir a tales servicios.

Las múltiples sensaciones que transita la familia durante el cuidado de una persona con discapacidad mental o intelectual a veces son difíciles de asumir y confrontar. Es difícil que alguien haya podido retratar con la sutileza y profundidad de Julio Cortázar la situación de incomodidad y hasta de malestar que pueden sufrir los familiares de las personas con discapacidad. En el cuento *Después del almuerzo*, publicado en el año 1964, el autor propone un juego en el cual la persona con discapacidad intelectual no es nombrada directamente (Cortázar, 1990). En cambio, es referida, por la vergüenza que le causa al joven hermano. Pero su presencia es omnisciente, con relación al hermano y a toda la familia. En un momento del relato, el protagonista duda si abandonar en la vía pública a su hermano. Muestra así una tensión que se resuelve de un modo tan humano que conmueve. De la misma forma, el cuidado cotidiano que brindan los familiares de las personas con discapacidad es digno del mayor respeto, y, por lo tanto, las leyes deberían acompañar ese esfuerzo.

Las circunstancias condicionan al ser humano, y la convivencia con una persona con discapacidad intelectual es un desafío vital que casi siempre es asumido con todo amor y lealtad por toda la familia. Hay reconocimiento retórico de derechos de las personas con discapacidad en nuestra legislación, pero falta un acompañamiento social para el esfuerzo que realizan los progenitores y los parientes más cercanos. Por eso, las familias a veces transitan por una áspera soledad institucional. No olvidemos que muchas aspiraciones individuales quedan en un segundo plano para atender al integrante vulnerable del grupo familiar. Los progenitores, en este recorrido, abandonan o postergan expectativas profesionales, de allí que considero el proyecto de vida como una expectativa compartida. Por todo lo expuesto, y para dar sentido al esfuerzo de los cuidadores, las normas del derecho privado deberían apoyar ese proyecto de vida grupal, brindando certezas en las relaciones jurídicas familiares.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AYER, A. J., "El problema del conocimiento", Eudeba, Buenos Aires, 1962.
- CORTAZAR, Julio, "Después del almuerzo", en *Final de Juego, Sudamericana/Planeta*, Buenos Aires, 1990, 26° ed., ps. 137-148.
- MEDINA, Graciela, "Proceso sucesorio", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.
- Organización Mundial de la Salud, *World Disability Report*, 2010. Disponible en https://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/.
- ORTEGA y GASSET, José, "Historia como Sistema", Biblioteca Nueva, Madrid, 2007.
- RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I.
- SEDA, Juan A., "La capacidad jurídica de personas con discapacidad mental o intelectual", en *SJA*, 18/04/2018, 1, *AP/DOC/1055/2017*.

SEDA, Juan A., “Discapacidad intelectual y reclusión. Una mirada antropológica de la Colonia Montes de Oca”, Editorial Noveduc, Buenos Aires, 2011.

SEDA, Juan A., “Discapacidad y derechos. Impacto de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad”, Jusbaire, Buenos Aires, 2017.

SEDA, Juan A., “Manual de Derecho de Familia”, Jusbaire, Buenos Aires, 2018.

ZELIZER, Viviana, “La negociación de la intimidad”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009.

Recepción: 21/9/2020

Aceptación: 20/11/2020

RELACIONES POLIAFECTIVAS Y PROTECCIÓN DE LA FAMILIA

POR REGINA BEATRIZ TAVARES DA SILVA^(*)

Resumen

Vivimos en tiempos extraños, en los que se habla de poliamor o poliafecto como un avance de la sociedad, en beneficio de la libertad y de la protección de los intereses de las personas involucradas en este tipo de relación. Decimos que estos son tiempos extraños porque este sistema no es más que poligamia y, por lo tanto, nada moderno o avanzado, todo lo contrario, anticuado en el mundo occidental, habiendo sido adoptado en tiempos primitivos y tribales. No se niega que en la parte más pequeña de Asia y en parte de África, por lo tanto, en los países no occidentales, la monogamia como sistema convivencial aún no prevalezca, pero el índice de desarrollo humano de las naciones que todavía adoptan la poligamia y la situación de los niños deben tenerse en cuenta. Es con datos estadísticos que estas ideas descomprimidas de la realidad de países de costumbres similares a las brasileñas serán analizadas en este artículo, que pueden parecer poco comprensivos a primera vista, pero, después de la lectura, se vuelven agradables, porque analizan la realidad social y las consecuencias dañinas del poliafecto.

Palabras clave

Monogamia, poligamia, poliamor, poliafecto, relación poliafectiva, unión simultánea, fidelidad.

^(*) Doctora en Derecho y máster en Derecho Civil por la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo, USP. Postdoctora en Derecho de la Bioética por la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, FDUL. Presidente nacional y fundadora de la Asociación de Derecho De Familia y Sucesiones, ADFAS. Miembro de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas. Socia fundadora y titular del estudio de abogados Regina Beatriz Tavares da Silva Sociedade de Advogados.

POLYAFFECTIVE RELATIONSHIPS AND THE PROTECTION OF THE FAMILY

Abstract

We live in strange times, in which we speak of polyamory or polyaffection as an evolution of the society towards freedom and protection of the interests of people involved in this kind of relationship. We say that these are strange times because this system is nothing but polygamy and, therefore, neither modern nor advanced, but quite the contrary, old-fashioned in the Western world, seeing its adoption in primitive and tribal times. It is not denied that in the smallest part of Asia and in some parts of Africa, hence non-Western countries, monogamy as a system of living still does not prevail. Nonetheless, human development index of nations that still embrace polygamy, as well as the impact of the lack of protection of female gender and children in relationships in which there is one man and several women (polygyny) must be taken into account. These ideas disconnected from the reality of countries with similar practices, such as Brazil, will be analysed by this article based on statistical data, which can seem a bit unpleasant at first glance, but, after its reading, will reveal itself as pleasant once it analyses the social reality and the harmful consequences of polyamory.

Keywords

Monogamy, polygamy, polyamory, polyaffection, polyaffective relationship, simultaneous union, fidelity.

I. CONSIDERACIONES INICIALES

El poliamor tiene un sonido que obnubila la razón y estimula los sentidos. Después de todo, en estas expresiones hay una parte en la que el afecto o el amor estarían presentes. Se dice que estaría presente porque no lo está. El afecto y el amor son sentimientos que siempre deben hacer el bien a las personas, deben importar en la protección de las personas a través de la convivencia. Esto no ocurre, sin embargo, en las relaciones poliafectivas, como se verá en este artículo.

El principio de la monogamia prevaleció en las sociedades occidentales debido a los beneficios que este sistema aporta a las familias, recordando que un principio es una expresión lógica que basa la validez de todas las afirmaciones que conforman el campo del conocimiento en pantalla, o, como enseña Miguel Reale, un jurista catedrático brasileño, son “verdades fundadoras” de un sistema de conocimiento, que son evidentes en la experiencia humana, cuyos efectos positivos ya se han demostrado, incluso en el orden práctico u operativo. Así, el principio es un elemento fundacional, formado por razones éticas, sociológicas, políticas, a veces técnicas, que son inseparables de la planificación de una so-

ciudad, que no solo cumple el papel de cubrir las brechas jurídicas, sino también de basar la legislación ¹.

La monogamia, como principio estructurador del matrimonio y de la unión estable, involucra a dos personas, ya sea de diferentes géneros o del mismo sexo, en una relación afectiva, con efectos legales durante y después de su disolución.

La poligamia involucra a tres o más personas; es la relación entre un hombre y varias mujeres, y la poliandria, muy rara, por cierto, la relación entre una mujer y varios hombres.

Siendo un principio estructurante, obviamente es el “travesañ de hierro” de todo un sistema construido lógicamente en una sociedad determinada; es decir, todas las normas, ya sea familia, sucesión, seguridad social, se aprueban sobre la base del sistema adoptado en ese país en particular.

En memoria de otro inolvidable adocrinador en tierras brasileñas, Washington de Barros Monteiro, los juristas, los que estudian derecho, tienen como misión defender la institución familiar, dondequiera que esté, pero más aún, cuando hay riesgos en su desestructuración y en el consecuente chilulage de sus componentes ².

II. RELACIÓN POLIAFECTIVHIERRO: UNA TRAMPA

La poligamia es la relación afectiva de una persona con varias otras, que puede presentarse en forma de poliginia, que es el estado de un *hombre “casado” simultáneamente con varias mujeres*, o de poliandria, que es el estado de una mujer *“casada” simultáneamente con varios hombres*³.

¿La relación poliafectiva sería algo diferente de la relación polígama o se identificaría con la poligamia?

¿Sería un sistema moderno y avanzado superar el conservadurismo inútil?

Obviamente es lo mismo, bajo el intento, con un manto de amor o afecto, ocultar su significado. Es un eufemismo engañoso, que tiene como objetivo suavizar el contenido de la relación múltiple, esa relación que involucra a más de dos consortes no convivientes.

La relación poliafectiva es la expresión que indica la relación afectiva y sexual de tres o más personas, de una manera consentida. Evidentemente, la poligamia está presente en esta relación. Nada importa la incorporación del afecto a la expresión, porque más de dos personas vivirán en una relación polígama.

¹ REALE, Miguel, “Lições preliminares de Direito”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, 25ª ed., ps. 285-298.

² DE BARROS MONTEIRO, Washington - TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Curso de direito civil: direito de família”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2016, 43ª ed., v. 2, ps. 11-12 y 22.

³ HOUAISS, Antonio - DE SALLES VILLAR, Mauro, “Diccionario Houaiss de la lengua portuguesa”, Ed. Objetivo, Río de Janeiro, 2001, ps. 2249-2251.

La *unión simultánea* es la expresión utilizada para denominar mancebía o concubinato, en la que no hay consentimiento del cónyuge, o sea, hay pareja traicionada, ya que esta relación resulta del incumplimiento del deber de fidelidad, por medio de un tercero, llamado cómplice del adulterio. La plenitud del término, en forma de simultaneidad o paralelismo, de ninguna manera altera la calificación de los involucrados, los popularmente llamados amantes, siendo otra forma de poligamia, que obviamente no tiene el consentimiento del consorte o conviviente traicionado.

No seamos engañados, por lo tanto, consintieron o no, la relación que involucra a más de dos personas es la poligamia.

Sobre la supuesta e inexistente modernidad de la relación poliafectiva, debemos recordar que este tipo de relación, que ni siquiera tiene carácter religioso y límites numéricos o la posibilidad de apoyo debido al poder económico, también se identifica con las tribus primitivas, en las que el grupo familiar no se basaba en relaciones exclusivas, sino más bien en relaciones indiscriminadas entre todos los hombres y todas las mujeres que lo compusieron, hasta el punto, nada más lógico, de que el hijo creciera y no se pudiera establecer el parentesco con el linaje paterno, como se analiza en la obra dirigida por la sabia profesora argentina Alicia García de Solavagione ⁴.

Por lo tanto, aclaramos que no existe modernidad en la relación poliafectiva; lo que hay es un tribalismo primitivo. Recordemos que ser conservador no significa ser anticuado, sino basado en experiencias de larga vida que son beneficiosas para las personas de la familia. Ser moderno o audaz ciertamente no es ser tribal o primitivo.

III. BENEFICIOS DE LA POLIGAMIA

Los siguientes son los estudios científicos de una de las sociedades más antiguas —la Royal Society— cuyo propósito fundamental, reflejado en sus cartas fundacionales de la década de 1660, es reconocer, promover y apoyar la excelencia en la ciencia, y fomentar el desarrollo y su uso en beneficio de la humanidad. Esta sociedad británica ha desempeñado un papel en algunos de los descubrimientos más fundamentales, significativos y transformadores de la historia científica, y los científicos de la Royal Society continúan haciendo contribuciones notables a la ciencia en muchas áreas de investigación.

Entre estos estudios se encuentra *The puzzle of monogamous marriage*, publicado el 5 de marzo de 2012 y escrito por Joseph Henrich (Departamento de Psicología, Universidad de Columbia Británica, Columbia Británica, Canadá y Departamento de Economía, Universidad de Columbia Británica, Columbia

⁴ GARCIA DE SOLAVAGIONE, Alicia (dir.) - BAEZ, José Luis (coord.) - FLORES, Martín Andrés - FRULLA, Mariano y otros, Derecho de Familia, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, p. 9-10.

Británica, Canadá), Robert Boyd (Departamento de Antropología, Universidad de California, Los Ángeles, CA, EE. UU.) y Peter J. Richerson (Departamento de Ciencia Ambiental y Política, Universidad de California Davis, Davis, CA, EE. UU.), que revela de manera científica los daños de la poligamia ⁵.

Según este estudio, los registros antropológicos indican que aproximadamente el 85 por ciento de las sociedades humanas han permitido a los hombres tener más de una esposa (poliginia) en el pasado y que, sin embargo, la monogamia ha prevalecido, extendiéndose por todo el continente europeo y otras partes del mundo occidental y también oriental.

El estudio continúa aclarando que la adopción de la monogamia se debió especialmente a la evolución cultural y a sus efectos beneficiosos en el grupo familiar.

La poligamia fomenta la competencia intrasexual —la competencia entre personas del mismo sexo—, natural en los países donde un hombre puede casarse con varias mujeres, ya que, si hay menos mujeres, la competencia aumenta entre los hombres.

Como resultado de la expansión de los hombres solteros, las tasas de delitos, incluyendo violación, homicidio, lesiones corporales y robos, así como abuso personal, especialmente violencia doméstica, se incrementan.

Al suavizar la competencia para las mujeres, la poligamia aumenta (i) la diferencia de edad entre las parejas, (ii) la fertilidad y (iii) la desigualdad de género.

La transferencia de esfuerzos en inversiones en descendencia a la búsqueda de esposas aumenta la deseducación de las nuevas generaciones y la improductividad económica.

La poligamia aumenta los conflictos intrafamiliares, porque, incluso cuando las mujeres ya han llegado al mercado laboral, la desarmonía entre los componentes femeninos es evidente, lo que lleva a mayores tasas de abandono con menores, muertes accidentales y homicidios infantiles.

Las tasas más altas de autolesiones femeninas también se encuentran en comunidades polígamas.

Estas conclusiones se extraen de la evidencia en las ciencias humanas, según el mismo estudio mencionado anteriormente, con afirmaciones seguras y creíbles, incluso porque es la lógica.

A través de investigaciones cuantitativas y cualitativas, estos estudiosos demuestran los efectos negativos de la poligamia, en lugar de los avances en las culturas monógamas, concluyendo que las sociedades monógamas eran más adecuadas y que, por lo tanto, prevalecieron en la mayoría de los países.

En suma, la poligamia produce los siguientes efectos: i) desigualdad entre hombres y mujeres; ii) una mayor competencia sexual de los hombres por las

⁵ Disponible en <https://royalsocietypublishing.org/doi/full/10.1098/rstb.2011.0290> (consultado el 01/10/2020).

mujeres, lo que genera más conflictos; iii) menos mujeres disponibles, de modo que haya más hombres solteros, que estén más sujetos a la práctica de delitos, lo que aumenta la tasa de criminalidad; iv) aumento del abuso personal y de las tasas de violencia doméstica; v) peores inversiones en niños. Estos factores causan una peor productividad económica.

Entre los beneficios garantizados en las sociedades que se aprovechan de las relaciones monógamas, destacan los siguientes: i) reducción de la desigualdad de género; (ii) reducción de las tasas de criminalidad, incluidos asesinatos, violaciones, robos y fraudes, así como la reducción del abuso personal; iii) transferencia de esfuerzos masculinos de la búsqueda de esposas a la inversión paterna, aumentando la inversión en niños; iv) reducción de los conflictos intrafamiliares, lo que conduce a tasas más bajas de negligencia infantil, abuso, muerte accidental y homicidio. Estos factores aumentan la productividad económica.

Cabe señalar que, según el mismo estudio, no hay casos en los que la relación entre las esposas pueda describirse como armoniosa, y que nada indica que el acceso de las mujeres a los medios de producción pueda mitigar este conflicto.

Es importante recordar que la poligamia se adopta en unas pocas regiones, mientras que la monogamia prevalece en la mayor parte del mundo.

La poligamia se adopta en la mayor parte de África y en la parte más pequeña de Asia. Históricamente, e incluso hoy en día, la mayoría de las culturas que adoptan la poligamia permiten la poliginia (un hombre con dos o más mujeres) y no la poliandria (una mujer con dos o más hombres).

En América del Norte, Central y del Sur, Europa, la mayor parte de Asia y Oceanía, existe monogamia, es decir, el matrimonio y la unión estable solo existen entre dos personas.

Los países polígamos, en su mayor parte, tienen las peores tasas de desarrollo humano ⁶.

Los hombres se sienten legitimados y motivados para controlar a sus consortes, así como a sus hijas y hermanas, lo que resulta en desigualdad entre los géneros masculino y femenino, además de estimular la violencia doméstica.

Hay que reiterar que en las relaciones polígamas los hombres buscan casarse con mujeres más jóvenes, configurando una relación familiar que, por su propia naturaleza, estimula la envidia, la competencia y el conflicto, con casos de esposas envenenándose a la descendencia de otras mujeres. Y aunque el esposo, en principio, también debería tratar a sus esposas, en la práctica inevitablemente favorecerá a una sobre la otra, como se ve en el estudio sobre lienzo ⁷.

⁶ Ranking IDH Global, disponible en <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html> (consultado el 02/09/2020).

⁷ HENRICH, Joseph - BOYD Robert - RICHERSON, Peter J., "El rompecabezas del matrimonio monógamo", disponible en <http://rstb.royalsocietypublishing.org/content/367/1589/657> (consultado el 17/08/2018).

La cuestión destacada en estos casos es que la igualdad dentro del matrimonio y la familia se pasa por alto en las relaciones de poligamia. La realidad es que el sistema polígamo perpetúa la desigualdad de género, y esta desigualdad termina afectando a las mujeres, ya que inevitablemente genera su subordinación a los hombres y mayores tasas de violencia doméstica.

Y la violencia doméstica no es solo maltrato físico. Como gran doctrinaria argentina, Graciela Medina conceptualiza: la violencia doméstica o familiar es la resultante de la “acción u omisión directa o indirecta, a través de la cual se vulnera el sufrimiento físico, psicológico, sexual o moral sobre cualquiera de los miembros que componen el grupo familiar”⁸.

Michèle Tertilt, en su artículo “Poligamia, los derechos de las mujeres y desarrollo”, también hace una comparación entre los índices que muestran cómo la desigualdad de género es más pronunciada en las sociedades polígamas frente a las monógamas. El marcado índice de analfabetismo y la menor participación política de las mujeres son también características más llamativas en los países polígamos ⁹.

El intento de atribuir a las relaciones poliafectivas la naturaleza de una entidad familiar va acompañado de la idea de que el hijo de uno de los miembros de este tipo de relación se puede registrar como hijo de todos ellos. El propósito de involucrar la procreación e insertar a un niño en una supuesta familia polígama e inexistente irrespeta la norma constitucional contenida en el art. 227, *caput*, que asigna a la familia, a la sociedad y al Estado el deber de garantizar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la dignidad y el respeto, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.

Aquí hay una observación sobre el Provimento n. 63 del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), de 14.11.2017, que permitió el registro de la paternidad socioafectiva y la maternidad, revisado por el Provimento CNJ n. 83 de 14.08.2019, por el cual se modificó el art. 14 de la disposición anterior, para establecer en dos párrafos: 1º “Solo se hace la inclusión de un ascendente socioafectivo, ya sea por el lado paterno o materno”, y 2º “La inclusión de más de un ascendente socioafectivo deberá tramitar por la vía judicial”. Así, estas disposiciones solo se encuentran con las relaciones en las que el niño está registrado a nombre de una sola mujer soltera y puede registrarse, frente a la paternidad o la maternidad

⁸ MEDINA, Graciela, “Violencia de género y violencia doméstica”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013, p. 291.

⁹ TERTILT, Michèle, “Poligamia, Derechos de la Mujer y Desarrollo”, Revista de la Asociación Económica Europea, 2006, p. 525, disponible en <https://www.jstor.org/stable/40005118> (consultado el 04/07/2018). En su investigación, Tertilt, basada en índices de desarrollo de género, en una escala de 0 a 1, muestra un promedio de 0,5 en los países monógamos frente a 0,22 en los países polígamos.

socioafectiva, en nombre de su pareja, ya que este, según el *Provimento*, prohíbe la existencia de más de dos padres o dos madres ¹⁰.

La protección de la familia solo puede producirse a través de la protección de la dignidad de sus miembros, debiendo la legislación y la jurisprudencia, así como la doctrina, tener el sentido indispensable de responsabilidad en la regulación e interpretación de las normas sobre las relaciones familiares, bajo pena de desestructurar este núcleo esencial de la sociedad.

Además, la dignidad de la persona humana, como fundamento de la República Federativa del Brasil (Constitución Federal, art. 1º, III) no es un concepto puramente individual, que cada uno establece a su manera o como deseo.

En suma, la relación poliafectiva no puede adoptarse en Brasil, porque viola las disposiciones del art. 226, *caput* de la Constitución Federal, por la cual el Estado tiene el deber especial de proteger a la familia.

Si hoy Brasil, junto con tantos otros países, tiene un conjunto de normas y leyes que rigen el matrimonio moderno, al cual equivale una unión estable en Brasil, que es el resultado de un largo desarrollo social y cultural, legitimar la poligamia sería dar un gran paso atrás en esta evolución.

IV. LA DISPOSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA MONOGAMIA Y LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA INTERPRETADA EN LOS TRIBUNALES SUPERIORES

A pesar de la igualación casi total de la unión estable con el matrimonio en efectos jurídicos, por el Código Civil en disolución en vida (arts. 1723 a 1726) y por el Supremo Tribunal Federal (STF) en disolución por muerte (RE-646.721-RS y RE-878.694-MG), siendo esto innegablemente el estatus de las normas y su interpretación en Brasil ¹¹, hay quienes dudan del principio de monogamia en entidades familiares formadas por unión convivencial.

El absurdo de esta duda se ve, en primer lugar, en la disposición constitucional de la monogamia en unión estable, según el art. 226, apartado 3: “A los efectos de la protección del Estado, la unión estable entre el hombre y la mujer es reconocida como una entidad familiar, y la ley debe facilitar su conversión al matrimonio”, una norma que pone al hombre y a la mujer en singular, con su

¹⁰ Disponible en <https://atos.cnj.jus.br/atos/detalhar/2975> (consultado el 03/09/2020).

¹¹ Se dice casi total porque la libertad testamentaria se conservó en la unión estable, y los compañeros o convivientes no fueron incluidos en la lista de herederos necesarios del art. 1845 del Código Civil, gracias a la labor de ADFAS como *amicus curiae*. La tesis de *repercusión general establecida en los recursos extraordinarios* citados fue la siguiente: “Es inconstitucional distinguir los regímenes sucesorios entre cónyuges y parejas previsto en el art. 1790 del CC/2002, y debe aplicarse el régimen del art. 1829 del CC/2002, tanto en los casos de matrimonio como en los de unión estable”. Y, según la decisión de los embargos declarativos, la tesis defendida por ADFAS fue aceptada, en una sesión virtual del 19/10/2018 al 25/10/2018: “La repercusión general reconocida se refiere únicamente a la aplicabilidad del art. 1829 del Código Civil a las uniones estables.”

expansión a las relaciones homosexuales por parte de la Corte Suprema, como veremos a continuación.

Rosa Nery señala que dar un estatus de unión estable a una relación paralela significaría romper la monogamia e institucionalizar una situación *contra legem*, y que, por lo tanto, la jurisprudencia de los tribunales “tiene una gran responsabilidad en estos casos, porque, más grave que las situaciones personales, que la jurisprudencia puede, caso por caso, resolver, es la cultura de la poligamia que puede resultar aún más sectario y contrario a la igualdad de los cónyuges y a la civilidad”¹².

En vista de la norma constitucional, no hay duda sobre la monogamia como regla, además de principios, en la unión estable.

¡La falta de un sentido lógico de la defensa del poliafecto o poligamia consentida y no consentida es evidente! No hay manera de atribuir derechos familiares y otros derechos afines a los llamados “trisaes” o a la “mancebia” con el uso de las normas de la unión estable. Estas relaciones no constituyen una unión estable en el orden constitucional brasileño.

Si se toma o no el “neoconstitucionalismo”, que no está en la pantalla en este artículo, no hay manera de mantener que la poligamia consentida o no consentida puede equipararse a una relación familiar, con los efectos de una entidad familiar.

Se repite que la Constitución Federal solo atribuye a dos personas, en relación parecida con el matrimonio, la naturaleza de una entidad familiar.

Por cierto, el principio de igualdad se basa en la igualdad de trato para situaciones similares y en el uso de discrimen para regular situaciones fácticas que presentan peculiaridades que justifican un trato desigual 13.

La idea de que lo que no está prohibido no ayuda a los defensores del poliamor o poliafecto, ya que es la Constitución Federal la que establece, seguida de la legislación ordinaria, como se cita a continuación, la monogamia como requisito de unión estable.

¹² NERY, Rosa Maria de Andrade, “Instituições de Direito Civil: Família”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, v. 5, p. 287.

¹³ SARLET, Ingo Wolfgang - MARINONI, Luiz Guilherme - MITIDIERO, Daniel, “Curso de direito constitucional”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2017, 6ª ed. La igualdad formal, como postulado de racionalidad práctica y universal, que exige que todos en la misma situación reciban el mismo trato (por lo tanto, entendido como igualdad de la aplicación de la ley), ha llegado a ser complementado por la llamada igualdad material (...). La igualdad en un sentido material significa la prohibición del trato arbitrario, es decir, la prohibición del uso, con el fin de establecer relaciones de igualdad y desigualdad, de criterios intrínsecamente injustos y violar la dignidad de la persona humana, de modo que la igualdad, ya en la segunda fase de su comprensión en el ámbito jurídico-constitucional, funcione como requisito de criterios justos para ciertos tratos desiguales.

En este contexto, es artificiosa la idea de que la interpretación según la Constitución puede apoyar la atribución de efectos familiares a la relación poliafektiva, ya que la poligamia es descaradamente inconstitucional ¹⁴.

Por lo tanto, la legislación infraconstitucional se basa en la monogamia, mediante la atribución de efectos jurídicos a la unión estable.

Así, el Código Civil brasileño (art. 1723, *caput*) establece los requisitos de la unión estable, entre los que se encuentra la monogamia, ya que destaca su formación entre dos personas. Cabe señalar que, para que haya una unión estable, con uno de los compañeros que tiene el estado civil de casados, es un requisito esencial que no haya comunión de vidas en su matrimonio, es decir, que exista una separación de facto entre la persona casada y su cónyuge (art. 1723, apart. 1º). Los deberes de fidelidad y respeto se establecen en una unión estable (art. 1724), siendo la lealtad el mismo concepto de fidelidad en el matrimonio. La mancebia, llamada concubina en la legislación brasileña actual, es una relación que no está clasificada como una unión estable y no genera efectos familiares (art. 1727) ^{15 16}.

Por lo tanto, en el derecho de la seguridad social, que busca sus conceptos en el derecho de familia en términos de pensión de defunción, las prestaciones solo pueden atribuirse a aquellos que viven en una unión estable o están casados, y no a los que viven en mancebia, tanto en el sistema general de seguridad social como en el régimen especial de los servidores públicos ¹⁷. Así, la ley 8213/1991, que es la Ley General de la Seguridad Social (art. 16), y el Régimen Jurídico de los Servidores Públicos de la ley 8112/90 (art. 217) ¹⁸ enumeran a

¹⁴ BONAVIDES, Paulo, “Curso de Direito Constitucional”, Ed. Malheiros, São Paulo, 2017, 32ª ed. La interpretación según la Constitución tiene un aspecto negativo y un aspecto positivo. De hecho, dada por la dimensión opuesta, hay que temer que el método engendra un artificio o subterfugio que pueda hacer que prevalezcan incólumes en el ordenamiento constitucional normas inconstitucionales, aflojando así las precauciones y la vigilancia del legislador contra la emisión de dichas normas. Sin embargo, es necesario que el intérprete no se aparte de este principio establecido por el Tribunal Constitucional de Austria de que “una ley, en caso de duda, nunca debe darle una interpretación que pueda hacerla parecer inconstitucional.

¹⁵ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Comentários ao art. 1723”, en TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.), Código Civil comentado, Ed. Saraiva, São Paulo, 2016, 10ª ed., ps. 1804-1808.

¹⁶ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Curso de Direito Civil”, Ed. Almedina, São Paulo, en prensa, v. 2: Direito de Família.

¹⁷ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Pensão previdenciária para amantes e a jurisprudência do STF e do STJ”, en ConJur, disponible en <https://www.conjur.com.br/2018-mai-30/regina-beatriz-pensao-amantes-jurisprudencia-stf-stj> (consultado el 17/08/2020).

¹⁸ Ley 8213/1991, art. 16: Son beneficiarios del Sistema General de Seguridad Social, como dependientes del asegurado: I - el cónyuge, el conviviente, la conviviente... 3 Un conviviente se considera una persona que, sin estar casada, mantiene una unión estable con el asegurado, de conformidad con el párr. 3º del art. 226 de la Constitución Federal. Ley 8112/90, art. 217: Son beneficiarios de pensiones: I - el cónyuge (...) III - el conviviente que demuestra una unión estable como entidad familiar. GOZZO, Débora - NOMURA SANTIAGO, Maria Carolina, “Reconhecimento de uniões paralelas para fins previdenciários deve ser exceção”, disponible en <http://adfas.org.br/2018/02/23/reconhecimento-de-unioes-paralelas-para-fins-previdenciarios-de->

los beneficiarios de la pensión de defunción, entre los que se encuentran los convivientes, además de los cónyuges (art. 217). Si este no fuera el caso, un contribuyente en cualquiera de los regímenes de seguridad social, general o especial, podría asignar su pensión de muerte a su vecino, tal vez a un ahijado religioso, o incluso a un sirviente doméstico necesitado.

El Supremo Tribunal Federal (STF) y el Superior Tribunal de Justicia (STJ) tienen jurisprudencia uniforme sobre la ausencia de derechos en la extinción en la vida y *post mortem del concubinato, es decir, mancebia*.

La Corte Suprema, en ADPF 132 y ADI 4277, calificó la unión homosexual monógama como una unión estable, como se ve claramente en todos los votos emitidos allí. Además, aclárase que el uso de la expresión homosexual no conlleva ningún prejuicio y que no se utiliza en el sentido de la enfermedad, sino más bien de la relación entre dos personas del mismo sexo. No utilizamos la expresión “relación homoafectiva” porque es fantasiosa, ya que los homosexuales, el que también ocurre entre los heterosexuales, no siempre tienen afecto ¹⁹.

ve-ser-excecao/ (consultado el 25/08/2020). TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Felicidade em adultério com dinheiro público”, disponible en <http://adfas.org.br/2018/03/05/felicidade-em-adulterio-com-dinheiro-publico/> (consultado el 25/08/2018).

¹⁹ De conformidad con el voto del Relator, ministro Carlos Ayres Britto, la unión entre dos personas del mismo sexo debe considerarse una unión estable, bajo el mando constitucional y la legislación infraconstitucional sobre la unión heterosexual: “Cuando el cierto —data venia de opinión divergente— es extraer del sistema de mandos de la Constitución las sentencias encadenadas que hemos verbalizado previamente, ahora cerradas con la propuesta de que la sintonía entre parejas hetero afectivas y pares homo afectivos solo obtiene plenitud de significado si proviene del mismo derecho subjetivo a la formación de una familia autónoma (...) De lo que doy al art. 1723 la interpretación del Código Civil de acuerdo con la Constitución para excluir cualquier significado que impida el reconocimiento de la unión continua, pública y duradera entre personas del mismo sexo como una ‘entidad familiar’, entendida como un sinónimo perfecto de ‘familia’. Reconocimiento que debe hacerse de acuerdo con las mismas reglas y con iguales consecuencias de la unión estable heteroafectiva” (destacamos). Como se indica en el voto de la ministra Carmen Lucia, en el mismo fallo: “Es necesario reconocer, en Brasil, la legitimidad de la unión entre personas del mismo sexo, como entidad familiar, siempre que cumplió con los requisitos para la constitución de la unión estable entre el hombre y la mujer y que los mismos derechos y deberes de los compañeros en las uniones estables se extienden a los compañeros en las uniones entre personas del mismo sexo” (destacamos). De acuerdo con el voto del ministro Ricardo Lewandowski, en el mismo fallo: “... una vez reconocida la unión homoafectiva como entidad familiar son aplicables a ella las reglas del instituto que está más cerca de ella, es decir, la unión estable heterosexual, pero solo en los aspectos en los que son similares...” (destacamos). En el voto del ministro Gilmar Mendes, en el mismo juicio: “... por lo tanto, en ese momento, me limito a reconocer la existencia de la unión entre personas del mismo sexo (...) y, sobre la base de la teoría del pensamiento de lo posible, determinar la aplicación de un modelo de protección similar —en este caso, lo que se ocupa de una unión estable— en lo que sea apropiado, de conformidad con el razonamiento aquí presentado, sin pronunciarse sobre otros acontecimientos...” (destacamos). Según el voto del ministro Cezar Peluso, en el mismo juicio: “...Y debe ser llenado, de acuerdo con las reglas tradicionales, mediante la aplicación de la analogía, básicamente ante la semejanza —no la igualdad— de la similitud fáctica entre ambas entidades en las que estamos pensando: la unión estable entre el hombre y la mujer y la unión entre personas del mismo sexo. Y esta similitud entre ambas situaciones es lo que me autoriza a decir que el consiguiente vacío tiene que ser llenado por algunas normas en la solución de la pregunta planteada” (destacamos).

A lo largo de la década actual, la jurisprudencia del STF y del STJ rechaza la atribución de derechos a concubinos, o amantes, o participantes de la mancebia.

Comenzamos con el caso que llegó a ser muy citado por aquellos que dicen que hay “jurisprudencia” en Brasil sobre la mancebia como familia. En las referencias a este caso se encuentra otra demostración del engaño, dada la omisión constante en cuanto a su solución final. Este es el caso de “Joana Paixão” y “Waldemar do Divino Amor”. Si los tribunales de jurisdicción menor concedieron cualquier derecho a la concubina, esto no importa a la luz del fallo dictado en última instancia, en ese caso, por el Tribunal Supremo. Otros numerosos fallos del Tribunal Superior de Justicia reconocen uniformemente que la relación concubinaria o mancebia no es una relación familiar, y, por lo tanto, no le han atribuido los efectos del derecho de familia y de la Ley de Sucesión ^{20 21}.

²⁰ Compañero y concubina - distinción. Dado que la ley es una verdadera ciencia, es imposible confundir institutos, expresiones y palabras, bajo pena de la babel prevaler. Unión Estable - Protección del Estado. La protección del Estado a la unión estable solo llega a situaciones legítimas y en ellas no se incluye la concubinaria (...) El mantenimiento de la relación con el autor se hizo al margen y diría que incluso a través de la discrepancia del matrimonio existente y el orden jurídico-constitucional (...) en la previsión es excepcional la protección del Estado cuando hay un impedimento para el matrimonio en relación con los miembros de la unión, y si uno de ellos está casado, este estado civil ya no es un obstáculo cuando se verifica la separación de hecho. La regla es el resultado del texto constitucional (...) Se percibe que hubo una fuerte participación, proyectada en el tiempo —37 años— de él saliendo numerosa prole —nueve hijos— pero que no hubo efectos legales antes de la ilegitimidad, dado que el matrimonio con el que Valdemar había contraído nupcias y tuvo once hijos se mantuvo (...) En este caso, se vislumbró una unión estable, cuando, de hecho, se verificaba concubinato simple, como se prevé pedagógicamente en el art. 1727 del Código Civil (...) Concubinato no es igual a la unión estable mencionada en el texto constitucional (...) He infringido por el Tribunal de origen el párr. 3º del art. 226 de la Constitución Federal, por lo que conozco y juzgo procedente el recurso... (STF, RE 397.762/BA, 1ª Turma, Rel. Min. Marco Aurelio, j. 03/06/2008).

²¹ “La relación concubinaria mantenida simultáneamente con el matrimonio no puede ser reconocida como una unión estable cuando no existe una separación de facto o legal del cónyuge”. (STJ, 3ª Turma, REsp n. 1628.701/BA; Rel. ministro Ricardo Villas Boas Cueva; 07/11/2017): “... Por regla general, el reconocimiento de la existencia y disolución de concubinato impuro, aunque duradero, no genera el deber de proporcionar alimentos a la concubina, porque la familia es un bien a preservar a cualquier precio...” (STJ, REsp 1.185.337/RS, ministro Joao Otávio de Noronha, j. 17/03/2015). “Una sociedad que presenta la monogamia como elemento estructural no puede mitigar el deber de fidelidad, que integra el concepto de lealtad y respeto mutuo, con el fin de insertar relaciones afectivas paralelas dentro del derecho de familia (...) 6. Al analizar las cuestiones que presentan paralelismo afectivo, el juez, atento a las peculiaridades poli afectivas presentadas en cada caso, decide sobre la base de la dignidad de la persona humana, la solidaridad, el afecto, la búsqueda de la felicidad, la libertad, la igualdad, así como con mayor atención a la primacía de la monogamia, con los pies atascados en el principio de la ética. 7. En caso de que la demandante no haya podido demostrar, de conformidad con la legislación vigente, la existencia de una unión estable con el demandado, pero puede, en su propio caso, alegar, en su propio procedimiento, reconocer una posible sociedad de facto entre ellos...” (STJ, REsp 1348458/MG, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrighi, j. 05/08/2014). “La jurisprudencia do STJ e do STF es sólida al no reconocer como unión estable la relación concubinaria no eventual, simultánea al matrimonio, cuando no se demuestra la separación de hecho o de la ley de la pareja casada. (...). Estar casado es un impedimento para el reconocimiento de una unión estable. Tal obstáculo solo puede ser eliminado si hay separación de hecho o legal. Incluso si la existencia de una relación no eventual, con

un vínculo afectivo y duradero, y con el objetivo de establecer lazos familiares, esta situación no está protegida por el sistema legal si hay un matrimonio de hecho con él (...) Por lo tanto, se decidió que si hay una relación concubinaria, simultánea al matrimonio, se supone que el matrimonio no se ha disuelto y prevalecen los intereses de las mujeres casadas, sin reconocer la unión estable”. (STJ, REsp 1.096.539/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 03/27/2012). “... Inicialmente, es necesario afirmar que es indiscutible que E. P. P. y A. L.V. mantuvieron una relación concubinaria durante 31 años, desde 1971, hasta la muerte del de cujus, en 2002, y que dio lugar al nacimiento de dos hijos... Sin embargo, la jurisprudencia actual de este Tribunal ha afirmado que la relación concubinaria simultánea con el matrimonio en la que efectivamente permanece la vida común entre marido y mujer, no genera el derecho a la indemnización, debido a la incompatibilidad del reconocimiento de una unión estable de uno de los cónyuges en relación con la tercera persona...” (STJ, Resp 874.443/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, j. 24/08/2010). “... Por lo que respecta al fondo del litigio, la Corte Superior consideró que el reconocimiento de uniones estables paralelas es inadmisibles. Por lo tanto, si una relación afectiva de convivencia se caracteriza como una unión estable, la otra concomitante, a lo sumo, puede enmarcarse como concubina”. (STJ, AgRg en Ag 1130816, 3ª Turma, Rel. Min. Vasco Della Giustina, j. 27/08/2010). “... Más con razón, la distinción entre el matrimonio y la unión estable, por una parte, y concubina, por otra, se mantuvo más pronunciada con la validez del actual Código Civil, en vista de la separación expresa hecha en el art. 1727, que, tras enumerar las garantías de los convivientes en unión estable, silencia en relación con la concubina (...) Si el Código Civil quisiera asignar algún derecho patrimonial a la concubina, por lo que lo habría hecho, y como la Constitución Federal también es silenciosa, realmente no hay reconocimiento de derecho de propiedad a la concubina, dejar que mantenga más a mayor escala que el cónyuge. (...). De hecho, desde cualquier ángulo que se analiza el problema, la concesión de indemnizaciones en estas hipótesis prueba con la lógica jurídica misma adoptada por el Código Civil de 2002, protegiendo la propiedad familiar, ya que la familia es la base de la sociedad y recibe una protección especial del Estado (art. 226 CF/88), y la ley no puede contener el germen de la destrucción de la propia familia...” (STJ, REsp 988.090/MS, 4ª Turma, Rel. Min. Luis Felipe Salomão, j. 02/02/2010). Los arts. 2º, II y 7º de la ley 9278 de 1996 y el art. 1694 del Código Civil de 2002 establecieron una nueva fuente de adquisición del derecho a la manutención: la unión estable. Por lo tanto, tales disposiciones jurídicas no se aplican al caso del asunto, porque se refieren a una relación concubinaria, establecida, por tanto, paralelamente al matrimonio (STJ, AgRg en el Ag 670.502/RJ, 3ª Turma, Rel. Min. Ari Pargendler, j. 19/06/2008) (...) En la dirección de la Corte Suprema, la norma prohibitiva es prohibir la designación de concubina como beneficiario del seguro, con la finalidad basada en la necesaria protección del matrimonio, una institución que debe preservarse y que debe elevarse a la condición de prevalencia, cuando se opone a los institutos que son retorcidos con el propósito constitucional. La unión estable, también reconocida como entidad familiar, por el párr. 3º del art. 226 de la CF/88, ha garantizado la protección y la concubina, paralela a ambos institutos jurídicos —el matrimonio y la unión estable— se enfrenta a obstáculos a la generación de efectos derivados de ella...” (STJ, REsp 1.047.538/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 04/11/2008). “En el caso ahora en juicio, el fallecido mantuvo una relación concubinaria con la recurrente durante 16 años mientras permanecía casado con el solicitante, desde 1958 hasta su muerte, sin indicios de separación de facto. Por lo tanto, el Tribunal de origen no podría haber reconocido la existencia de una unión estable entre el difunto y la recurrida precisamente porque se basaba en un impedimento matrimonial pre y coexistente, en absoluta concomitancia con el juzgado colacionado (...) Las pruebas, por lo tanto, atestiguan la simultaneidad de las relaciones maritales y concubinarias, que impone la prevalencia de los intereses del solicitante, cuyo matrimonio no ha sido disuelto, a los supuestos derechos subjetivos perseguidos por la concubina, ya que existe, bajo el prisma del Derecho de Familia, la prerrogativa de la controversia a la distribución de los bienes dejados por los fallecidos (...) no hay manera de conferir la condición de unión estable la relación concubinaria concurrente con el matrimonio válido...” (STJ, REsp 931.155/RS, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 07/08/2007). “... De hecho, no hay manera de admitir la coexistencia de un matrimonio en las circunstancias ahora expuestas (sin separación de hecho) con una unión estable, bajo pena de permitir la bigamia, ya que es posible convertir la unión estable en matrimonio...” (STJ, REsp 684.407/RS, 4ª Turma, Rel. Min. Jorge Scartezzini, DJ de 27/06/2005).

Si los tribunales federales, en algunas sentencias, concedieron derechos de seguridad social a las concubinas, compartiendo con la viuda la pensión de personas fallecidas, como la dictada el 05/17/2018, por la 4ª Turma del Tribunal Regional Federal de la 5ª Región (TRF5 - Apelación n. 0802803-23.2016.4.05.8200), que comprende los estados de Alagoas, Ceará, Paraíba, Pernambuco, Rio Grande do Norte y Sergipe, es decir, la región noreste de Brasil, esta decisión es recurrible al Superior Tribunal de Justicia y al Supremo Tribunal Federal. Cabe señalar que todas las decisiones de los tribunales federales que fueron recurridas resultaron reformadas en la instancia superior, en repudio a las relaciones concubinarias como uniones familiares. Y no podría ser de otra manera, debido a la legislación vigente en nuestro país, mencionada anteriormente, incluso en el ámbito de la seguridad social ²².

²² “... el reconocimiento de la falta de base jurídica para el reparto de la pensión entre viudas y presuntos convivientes se basa en la imposibilidad legal de concomitancia de estas dos situaciones... basado en la distinción entre los institutos de unión estable y concubinato, que es inadmitido al sistema brasileño de seguridad social.” (STF, MS 33.555-DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, j. 06/10/2015). “... Pensión de muerte. El impedimento para el matrimonio impide la constitución de una unión estable y, en consecuencia, elimina el derecho a prorratar el beneficio entre el compañero y la viuda, excepto cuando se demuestre la separación de facto de las parejas casadas...” (STJ, 1ª Turma, AgRg en el Recurso Especial n. 1.418.167-CE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho 03/24/2015). “... no existe una relación estable, sino concubinaria, ya que la institución de pensiones mantuvo las dos relaciones durante un largo periodo de tiempo al mismo tiempo, como se expone en la sentencia recurrida, lo que hace imposible que el demandado reciba una pensión a raíz de la jurisprudencia del tribunal”. (STJ, 2ª Turma, AgRg en Recurso Especial n. 329,879-PE, Rel. Min. Humberto Martins, 15/08/2013). “Concubinato adulterino. Relación competitiva con el matrimonio (...) 1. La jurisprudencia de esta Corte prestigia la comprensión de que la existencia de impedimento para el matrimonio, por uno de los componentes de la pareja, perturba a la constitución de la unión estable”. (STJ, 5ª Turma, AgRg en Recurso Especial n. 1.267,832-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 13/12/2011). “Pensión (...) simultaneidad de la relación. Matrimonial y concubinato Unión estable. Imposibilidad. 1. La existencia de un impedimento legal para el matrimonio, por parte de uno de los llamados compañeros, obstaculiza la constitución de una unión estable, incluso con fines de seguridad social”. (STJ, 5ª Turma, AgRg en Edcl en Recurso Especial n. 1,059,029-RS, Rel. Min. Adilson Vieira Macabu, 15/02/2011). “... En una relación afectiva entre el hombre y la mujer, necesariamente monógama, constitutiva de la familia, además de un deber legal, la fidelidad es un requisito natural (...) Así, una sociedad que presenta la monogamia como elemento estructural no puede mitigar el deber de fidelidad —que integra el concepto de lealtad— para insertar relaciones paralelas y, en consecuencia, afectivas injustas dentro del derecho de familia (...) El art. 1727 de la CC/02 regulaba, en su ámbito de aplicación, las relaciones afectivas no ocasionales en las que se hacen obstáculos al matrimonio, de modo que las relaciones paralelas al matrimonio o a la unión estable solo pueden constituir concubina pre y coexistente...” (STJ, REsp 1.157.273/RN, 3ª Turma, Rel. Min. Nancy Andrichi, j. 18/05/2010). “... la sentencia consternó a la opinión de este Tribunal Superior de Justicia de que la protección conferida por el Estado a la unión estable no llega a situaciones ilegítimas, como el concubinato (...) Además, confirmando este entendimiento, el Tribunal Supremo ha dictaminado que la concubina no se inserta en el contexto de una entidad familiar, porque no se asemeja al significado de unión estable previsto en el texto constitucional. Ante esta situación, no hay manera de atribuir a la relación extramatrimonial que se cuida en la especie, incluso en el caso de una relación de larga data, la protección conferida al matrimonio y ampliada al instituto de unión estable, con el fin de permitir la concesión de prestaciones de seguridad social” (STJ, Resp 1.142.584/SC, 6ª Turma, Rel. Min. Haroldo Rodrigues, j. 01/12/2009). “Ley del Seguro Social. Pensión de muerte. Unión estable. Concubina. Concomitancia. Impedimento. Reconocimiento. Imposibilidad. 1. La jurisprudencia de la Corte Suprema afirmaba que la existencia de un impedimento para el

En dos recursos extraordinarios pendientes en el Supremo Tribunal Federal, en repercusión general - RE-1045273/SE, relatoría del Ministro Alexandre de Moraes, y RE-883168/SC, relatoría del Ministro Luiz Fux —cuyos temas, respectivamente, son el número 529: *Posibilidad de reconocimiento jurídico de unión estable y relación homoafectiva concomitante, con la consiguiente división de pensiones de fallecimiento*, y número 526: *Posibilidad de concubinato a largo plazo generando efectos en la seguridad social*—, se pretende discutir el tema de los derechos de la seguridad social. Hasta la fecha de publicación de este artículo, estos dos recursos extraordinarios no han sido juzgados, aunque el 25 de septiembre de 2019 el Tribunal Supremo (STF) inició el juicio extraordinario (RE 1.045.273/SE)²³, tras la manifestación del Ministerio Público (PGR) por su desprovimiento, debido a la fidelidad, que se trata de un deber matrimonial y de unión estable, que conduce al concepto de exclusividad, que no puede pasarse por alto bajo pena de subversión de los valores que estructuran la estabilidad del matrimonio en el contexto occidental y la pérdida de credibilidad de la entidad familiar como base de la sociedad; también destacó la PGR que la duración de una relación paralela no interfiere con la imposibilidad de conferir efectos a la seguridad social, observando así la igualdad de la unión estable con el matrimonio. La Asociación de Derecho de Familia y Sucesión (ADFAS) participa como *amicus curiae* en este recurso extraordinario de repercusión general, con la presentación de peticiones y sustentación oral, defendiendo el reconocimiento de efectos jurídicos únicamente a una relación, no ajustando la división de pensión de seguridad social entre el viudo y el amante del fallecido. Esto se debe al principio estructurante de la unión estable, así como del matrimonio, la monogamia, de conformidad con el art. 226, párr. 3º de la Constitución Federal y con la tesis firmada por el Supremo Tribunal en el fallo de la ADPF 132 y en ADI 4277, el 05/05/2011, cuando reconoció la unión homosexual estable. Una relación paralela no puede ser vista como una entidad familiar en el concepto constitucional e infraconstitucional de unión estable. El paralelismo es equivalente a la bigamia —dos relaciones concomitantes— no solo en el matrimonio, sino también en una unión estable, de modo que una relación paralela no puede ser reconocida como una entidad familiar y producir

matrimonio por parte de uno de los supuestos compañeros agree a la constitución de una unión estable, incluso con fines de seguridad social. 2. Por lo tanto, parece inviable reconocer el derecho a la percepción de la pensión de muerte en competencia con la viuda, dado que el de cujus, en el momento de la muerte, seguía casado con la recurrente”. (STJ, Resp n. 1.114.490-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 19/11/2009).

²³ Votaron por el improvimiento del RE n. 1.045.273/SE y el reconocimiento de que no corresponde a nuestro ordenamiento jurídico asignar efectos jurídicos en las relaciones paralelas, y solo la relación que tiene carácter de entidad familiar produce estos efectos, el relator, el ministro Alexandre de Moraes y también los ministros Ricardo Lewandowski y Gilmar Mendes. Por otro lado, votaron a favor de dividir la pensión entre viudo y el amante del difunto compañero los ministros Luiz Edson Fachin, Luís Roberto Barroso, Rosa Weber, Carmen Lucía y Marco Aurélio Mello.

efectos en la seguridad social, que se basan en los conceptos del derecho de familia en la concesión de la pensión *post mortem*²⁴.

Es necesario tener en cuenta el riesgo extremo que puede causar el reconocimiento, por parte del Supremo Tribunal, de una unión estable, con análisis de la situación fáctica del caso y de las pruebas, así como la divergencia abierta al comienzo del juzgado de dicho Recurso Extraordinario, en una tesis en forma de repercusión general, que, por lo tanto, se aplicará a los demás casos, son idénticas, son solo similares. La asignación de una prestación de seguridad social abre la puerta, por no decir que derrumba la puerta, para que otros derechos se atribuyan a relaciones paralelas, como los derechos de familia y los derechos de herencia. La ley de seguridad social tiene que dialogar con el derecho de familia; después de todo, se basan en los conceptos de esta rama de derecho las prestaciones de seguridad social que se atribuyen *post mortem*. No parece apropiado reconocer como familia un hecho en el que no se cumplen los requisitos de unión estable, que, como entidad familiar, es la base de la sociedad. Además, la buena fe no se presume en una relación putativa cuando se trata de bigamia, y mucho menos se puede presumir la ignorancia de la relación de unión estable, o la buena fe de aquellos que mantienen una relación paralela prolongada.

V. EL JUICIO DEL CONSEJO NACIONAL DE JUSTICIA (CNJ)

En vista de la redacción en dos Escribanías de Escrituras Públicas de “uniones poliafectivas” como uniones estables y con los efectos respectivos de las entidades familiares, ADFAS hizo una Solicitud de Medidas (“Pedido de Providências”) al Consejo Nacional de Justicia (CNJ), para que fuesen prohibidas esas escrituras, marcadas por la ilegalidad²⁵.

En dos Escrituras conocidas, las partes declararon la relación polígama con la naturaleza de una entidad familiar y con el imperio de la unión estable y los respectivos efectos jurídicos de carácter personal, como el deber de asistencia, el deber de lealtad y de carácter patrimonial, incluido el régimen de comunión parcial de bienes en los artículos previstos en el Código Civil para el matrimonio (arts. 1658 a 1666). También en los efectos de la muerte, se pretendía equiparar la relación poliafectiva con la unión estable, como se observó en la cita del Código Civil que se refería a la unión estable (art. 1790). También se

²⁴ El juicio de RE n. 1.045.273/SE continuará debido a la solicitud de vista del ministro Dias Toffoli. Por lo tanto, todavía hay 3 votos para que el Tribunal Supremo decida sobre la existencia o no del derecho de un amante a compartir la pensión por muerte con el viudo o el hijo de una persona fallecida, el voto del presidente de la Corte Suprema, el ministro Dias Toffoli, y los votos de los ministros Luiz Fux y Celso de Mello, que conforman el Pleno. *¿*. TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Relações paralelas em pauta no STF”, disponible en <http://adfas.org.br/2019/09/26/relacoes-paralelas-em-pauta-no-stf/> (consultado el 28/08/2020).

²⁵ Solicitud de Medidas (Pedido de Providências) CNJ n. 0001459-08.2016.2.00.0000.

pretendía lograr, a través de estas escrituras y de la declaración de dependencia mutua, efectos ante terceros, tanto entidades públicas como privadas ²⁶.

La solicitud de providencias de ADFAS fue concedida liminarmente el 13/04/2016 por la entonces corregidora nacional, ministra Nancy Andrichi, quien recomendó a todas las Escribanías que no escribieran estas escrituras hasta el juicio del proceso.

El corregidor y relator del caso, el ministro Joao Otávio de Noronha, en la sesión del 24/04/18, votó a favor del pedido de ADFAS, es decir, prohibiendo la celebración de estas escrituras, porque buscaban declarar efectos ilegales.

Con 13 miembros con derecho a voto, por 12 votos a 1, el CNJ, después de realizar otra sesión el 22/05/2018 y la última sesión del 26/06/2018, concedió la solicitud de ADFAS para prohibir a las Escribanías celebrar escrituras públicas de relaciones poliafectivas como uniones estables ²⁷.

²⁶ En la Solicitud de Medidas CNJ n. 0001459-08.2016.2.00.0000, se añadieron dos certificados de escrituras públicas declarativas de unión poliafectiva como uniones estables, uno elaborado el 13/02/2012, en la Ciudad de Tupã/SP, por la escribana Cláudia do Nascimento Domingues, y otro, el 28/03/2016, en el Distrito de San Vicente/SP, por la misma escribana. Los dos certificados añadidos al caso, que eran los únicos obtenidos en ese momento, se refieren a las relaciones entre un hombre y dos mujeres. También se informó de la redacción de otra escritura pública, entre tres mujeres, elaborada por la notario Fernanda de Freitas Leitão, del 15 Tabelionato de Notas de la Ciudad de Rio de Janeiro/RJ.

²⁷ El siguiente es la ementa de fallo CNJ, disponible el 29 de junio de 2018 y publicado el 2/07/2018: PEDIDO DE PROVIDENCIAS. UNIÓN ESTABLE POLIAFFECTIVA. ENTIDAD FAMILIAR. RECONOCIMIENTO. IMPOSIBILIDADE. FAMILIA. CATEGORIA SOCIO-CULTURAL. MADUREZ SOCIAL DE LA UNIÓN POLIAFFECTIVE COMO FAMILIA. DECLARACIONES DE VOLUNTAD. INCAPACIDAD PARA CREAR UN ENTORNO SOCIAL. MONOGAMIA. ELEMENTO ESTRUCTURAL DE LA SOCIEDAD. ESCRITURA PÚBLICA DECLARATORIA DE LA UNIÓN POLIAFFECTIVE. LABRANZA. PROHIBICIÓN. 1. La Constitución Federal de 1988 garantiza a la familia la protección especial del Estado, incluidas sus diferentes formas y arreglos y el respeto de la diversidad de las constituciones familiares, sin jerarquizarlas. 2. La familia es un fenómeno social y cultural con aspectos antropológicos, sociales y jurídicos que reflejan la sociedad de su tiempo y lugar. Formas de unión afectiva conyugal —ambos “matrimonializados” en cuanto a “no matrimonializado”— son productos sociales y culturales, porque son reconocidos como una institución familiar de acuerdo con las normas y costumbres de la sociedad en la que se insertan. 3. El cambio jurídico y social comienza en el mundo de los hechos y se incorpora gradualmente por la ley, ya que el cambio cultural surge primero y el cambio legislativo llega más tarde, regulando los derechos derivados de las nuevas conformaciones sociales derivadas de las costumbres. 4. La relación “poliamorosa” está configurada por la relación múltiple y simultánea de tres o más personas y es un tema prácticamente ausente de la vida social, poco debatido en la comunidad jurídica y con dificultades de definición clara debido al gran número de posibles experiencias para las relaciones. 5. A pesar de la falta de sistematización de los conceptos, de unión poli afectiva” —descrito en las Escrituras públicas como “modelo de unión afectiva múltiple, conjunta y simultánea”— parece ser una especie de género “poliamor”. 6. Los grupos familiares reconocidos en Brasil son los incorporados a las costumbres y experiencia de las vivencias brasileñas y la pretensión social de la “poli afectividad” asuntos para el tratamiento legal de la supuesta familia “poli afectiva”. 7. La diversidad de experiencias y la falta de madurez del debate poli afectividad como instituto de entidades familiares en la etapa actual de la sociedad y el entendimiento jurisprudencial. Las uniones formadas por más de dos cónyuges sufren una fuerte repulsión social y los pocos casos existentes en el país no reflejan la posición de la sociedad sobre el tema; en consecuencia, la situación no representa un cambio social cualificado para cambiar el mundo jurídico. 8. La sociedad brasileña no ha incorporado la

La votación del corregidor nacional y relator de la Solicitud de Medidas (Pedido de Providências), el ministro Joao Otávio de Noronha, dejó claro, incluso en sus manifestaciones verbales puestas a disposición en vídeo ²⁸, que la voluntad de las partes declaradas en escritura pública debe ser conforme con el ordenamiento jurídico; después de todo, corresponde al notario formalizar “legalmente” la voluntad de las partes. Los actos escriturales tienen que respetar las normas legales, concluyó el ministro Noronha, y si la Constitución no prohíbe explícitamente el “poliamor” o la poligamia, lo prohíbe el sistema legal, que está claramente basado en la monogamia. Si la ley no regula el “poliafecto” como una relación familiar, es porque no reconoce la validez de la escritura pública de “poliafectividad” como una unión estable. Estas fueron las manifestaciones del ministro João Otávio de Noronha, quien subrayó, finalmente, que, si no se prestara atención al sistema jurídico, se ignoraría la normalización de las relaciones familiares, lo que equivaldría a “romper la Constitución y el Código Civil”²⁹.

Después de todo, no es la existencia de un hecho de la vida real lo que le da protección legal. La intermediación entre el llamado hecho de la vida y el hecho jurídico se hace por la norma jurídica, que ³⁰ “adjetiva los hechos del mundo, dándoles una característica que los convierte en una especie distinta entre los demás hechos - el hecho jurídico”, como explica Bernardes de Mello ³¹. Recordando Pontes de Miranda: “Los elementos del soporte fáctico son presupuestos del hecho jurídico; el hecho jurídico es lo que entra en el mundo jurídico, a través de la incidencia de la norma jurídica sobre el apoyo. Solo de los hechos jurídicos proviene la eficacia legal”. Y, además: “Para que los hechos sean legales, es necesario que las normas jurídicas —es decir, las normas

“unión poli afectiva” como una forma de constitución familiar, que hace difícil otorgar estatus tan importante a este tipo de relación... 11. La sociedad brasileña tiene la monogamia como elemento estructural y los tribunales repelen las relaciones que presentan paralelismo afectivo, lo que limita la autonomía de la voluntad de las partes y limita la redacción de escrituras públicas que tienen como objeto de unión “poli afectiva”. 12. El hecho de que los declarantes afirmen su compromiso entre sí ante el notario no produce una nueva modalidad familiar y la posesión de escrituras públicas no genera efectos del Derecho de Familia para los involucrados. 13. Solicitud de recurso confirmada.

²⁸ ADFAS, “O julgamento completo, em vídeo, do pedido da adfas ao CNJ para a vedação de escrituras de poliamor como união estável”, disponible en <http://adfas.org.br/2018/06/27/julgamento-do-pedido-da-adfas-ao-cnj/> (consultado el 17/08/2020).

²⁹ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “CNJ decide que cartórios não podem declarar relações poliafetivas como uniões familiares”, disponible en <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cnj-decide-que-cartorios-nao-podem-declarar-relacoes-poliafetivas-como-unioes-familiares/> (consultado el 17/08/2020).

³⁰ CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco, “Tratado de Direito Privado: pessoa físicas e jurídica”, Ed. RT, São Paulo, 2012, t. I (act. por MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo y FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar). p. 148.

³¹ BERNARDES DE MELLO, Marcos, “Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2013, 12ª ed., p. 39.

abstractas— impacten en ellas, vayan y encuentren los hechos, coloreándolos, haciéndolos ‘jurídicos’”³².

Los apoyos técnicos de las normas jurídicas contenidas en el art. 226, párr. 3º de la Constitución Federal y en el art. 1723 del Código Civil son evidentes: imponen el carácter monógamo de las uniones estables.

De estas disposiciones jurídicas se concluye que el soporte técnico de la norma jurídica, al intervenir, da origen al hecho jurídico de la unión estable, que se compone de los siguientes elementos: a) relación afectiva entre dos personas; b) convivencia pública, continua y duradera, y c) constitución de la familia.

Habiendo hecho estas consideraciones, es evidente que la unión polígama no entró en el mundo jurídico, no equiparando al hecho jurídico de la unión estable.

Es evidente que la relación afectiva entre tres personas o más, en la poligamia consentida o no consentida, no está respaldada por el soporte técnico normativo de la unión estable, lo que significa que, para el mundo del derecho, y con respecto al derecho de familia y al derecho de sucesión, así como en otras ramas del derecho basadas en las normas del derecho de familia, como el derecho de la seguridad social, tales hechos no son compatibles con la norma legal³³.

Por lo tanto, el hecho de la *unión poliafectiva* y el hecho de la unión simultánea no existen como una unión estable y no pueden producir los efectos respectivos.

VI. MANCEBIA COMO UNIÓN ESTABLE EN PROYECTOS DE LEY INCONSTITUCIONALES

Todas las ideas que pretenden atribuir a la poligamia consentida la naturaleza de la familia se destinan concomitantemente a la atribución de efectos familiares a la poligamia no consentida, es decir, a la mancebia, a la que la ley, en el art. 1727 del Código Civil, llama concubinato. O, para aquellos que prefieren lo contrario, recurren al tribalismo primitivo.

La atribución de efectos familiares, como el derecho a la pensión alimenticia y a la indemnización por la ruptura de la relación extramatrimonial, fue propuesto por el proyecto de ley del Senado (PLS) 470/2013, que se llamó el Estatuto de las Familias, que, en la fecha de la última revisión de este artículo, se encuentra archivado, pero que estaba destinado a reemplazar todo el Libro del Derecho de Familia del Código Civil, con propuestas como esta para atribuir,

³² CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco, “Tratado de Direito Privado...”, ob. cit., ps. 65 y 148.

³³ La autonomía del Derecho de la seguridad social no elimina la necesidad de considerar que el ordenamiento jurídico es cohesivo, y la conciliación entre las distintas ramas del derecho es inevitable, bajo la pena de instalar un conflicto perjudicial para el mantenimiento de dicho sistema.

a la relación que compite con el matrimonio, los derechos típicos de la unión estable (art. 14, párrafo único). Para explicar esta supuesta forma de familia, se dijo que el afecto lo justificaría todo, partiendo de premisas individualistas para transformar este sentimiento en un principio jurídico básico del derecho de familia. Esto es lo que propone PLS 470/2013 (art. 5º, IV). En la poligamia no consentida, se afirmaba que la cesión de derechos a los amantes tiene por objeto proteger a estas personas, es decir, que estaba destinada a proteger a quienes cometen un acto ilícito, que irrespetan, como cómplices del adulterio, el ordenamiento jurídico que contiene, además del deber de fidelidad a los cónyuges y a los convivientes, establecido en el Código Civil, los arts. 1566, I y 1724, el principio de *neminem laedere*, tal como se establece en el art. 186 de la misma ley. Una locura sería dar derecho a lo que lesiona a otra persona y le causa daño; quien acepta mantener una relación competitiva con el matrimonio o con una unión estable debe indemnizar y no ser indemnizado.

Como si el amante o la amante, que es cómplice en el acto civil de adulterio, pudiera tener derechos de asistencia iguales a los derivados de la relación lícita del matrimonio o de la unión estable, y también pudiera ser compensado por el daño moral que la amante o el amante le causó. La ilegalidad de una relación simultánea con el matrimonio o con la unión estable es destacada por Carlos Alberto Garbi en los siguientes términos: "... si bien es correcto que no hay relación jurídica establecida entre los cónyuges y tercero que pudiera hacer incidir el deber de fidelidad y sus consecuencias, es correcto que del hecho no se haga alejar la responsabilidad civil subjetiva, aquiliana, por dolo o culpa, propia del tercero cómplice y admitta en las externalidades del contrato, cuando hay un daño injusto"³⁴. Así pues, es en la regla general de la responsabilidad civil extracontractual en la que se basa la innegable ilegalidad del concubinato adulterino.

En este contexto, aún más chocante es la propuesta del proyecto de ley (PL) 3369/2015, de autoría legislativa del diputado Orlando Silva (PCdoB/SP) y de la relatoría del diputado Tulio Gadelha (PDT/PE) - "Estatuto de las familias del siglo XXI". Este PL de la Cámara de Diputados contiene solo tres artículos; sin embargo, estas disposiciones, de aprobarse, causarían la demolición de todas las normas de derecho de familia del Código Civil brasileño. Con la intención de redefinir la noción de la institución familiar, la propuesta de su art. 2º era la siguiente: "Todas las formas de unión entre dos o más personas que con este fin se constituyan y que se basan en el amor, en la socio afectividad, independientemente de la consanguinidad, género, orientación sexual, nacionalidad, credo o raza, incluidos sus hijos o personas que así sean consideradas".

Además de la poligamia de los "trisales" o de más personas, que podemos llamar "poligamia consentida" porque se acordaría entre todos, la poligamia

³⁴ GARBI, Carlos Alberto, "Infidelidad, responsabilidad civil y teoría del tercero cómplice", en MEDINA, Graciela et al., *Revista de Derecho de Daños: daños en el derecho de familia I*, 2019-2, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, ps. 163-173.

de los “amantes”, que llamamos “poligamia no consentida” porque no tiene el acuerdo del consorte traicionado, tendría, según esos proyectos de ley, la configuración familiar.

Afortunadamente, la repulsión de la sociedad por estos proyectos de ley fue tan grande que el primero permanece archivado en el Senado y el segundo fue eliminado del orden del día en el Comité de Derechos Humanos y Minorías de la Cámara de los Diputados ³⁵.

VII. CONCLUSIONES

En la familia, célula básica o centro de protección de la persona, se debe priorizar la seguridad jurídica, el principal valor del sistema legal, de acuerdo con el propósito del derecho, que es organizar la vida en la sociedad.

Por lo tanto, el derecho de familia y sucesión tiene la función de organizar la sociedad familiar y no puede limitarse a intereses individuales.

La familia no puede dejarse al frente de las normas jurídicas del orden público, que permiten “que las soluciones de los problemas sean armónicas, ya que armónicas y cohesivas es el sistema de derecho de familia”, lo que es acentuado por la reconocida doctrinadora brasileña, Rosa Maria de Andrade Nery ³⁶.

Mabel Rivero de Arhancet y Beatriz Ramos, destacadas maestras en Uruguay, destacan que “el conjunto de normas y principios que forman el sistema no puede contener desacuerdos en sí mismo”. Estas dos profesoras señalan que la familia es el núcleo esencial de una nación porque sus funciones son múltiples, ya sea en cuanto a los miembros que la componen, o en cuanto a la sociedad en su conjunto ³⁷.

La falsa modernidad del sistema abierto tiene como objetivo el desenganche de la familia del derecho, como si cualquier tipo de relación pudiera ser familiar, como si la mera motivación afectiva, con el desapego de las normas legales, fuera suficiente para la constitución de una familia. Relación poliamorosa, poliafecto, relación poliamorosa o poliafectiva, todo esto es tribal o primitivo, como se ve en el trabajo dirigido por la destacada maestra argentina Alicia García de Solavagione ³⁸.

Las relaciones poliafectivas, en forma de poliamor o de poligamia —no importa la denominación o el eufemismo, porque siempre involucra a tres, cua-

³⁵ TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Direitos para amantes propostos no PL Estatuto das Famílias do século XXI estão em pauta no STF”, disponible en <http://adfas.org.br/2019/09/19/beneficios-previdenciarios-para-amantes/> (consultado el 28/08/2020).

³⁶ NERY, Rosa Maria de Andrade, “Manual de Direito Civil: família”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013, p. 50.

³⁷ DE BARROS MONTEIRO, Washington - TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Curso de direito civil: direito de família”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2016, 43ª ed., v. 2, ps. 11-12 y 22.

³⁸ GARCIA DE SOLAVAGIONE, Alicia (dir.) - BAEZ, José Luis (coord.) - FLORES, Martín Andrés - FRULLA, Mariano y otros, “Derecho de Familia”, ob. cit.

tro o más personas— son desiguales, como se ve en este artículo. Obviamente, siempre habrá una predilección en un “ser que desea” —denominación de algunos incautos y supuestos psicoanalistas— para actividades sexuales, para diálogos intelectuales, para fiestas o cualquier otra actividad. ¿Y sería el hombre que siempre sería elegido por alguna divinidad para elegir a su favorita? Dado que la poliginia, es decir, la relación formada por un hombre y varias mujeres, prepondera, ¿cómo se tomarían en serio los avances realizados con el feminismo? En cualquier caso, todos los involucrados en un género dado servirían como un instrumento para el jefe de la “tribu”, uno de los miembros de tal “arreglo familiar”, ya que lo que es dominante (o deseoso) finalmente mandará, lo que se demostró en este artículo.

Por cierto, la expresión “arreglo” que se ha utilizado para nombrar relaciones amorosas con más de dos personas bien denota el concepto de esas relaciones. “Arreglo” tiene el siguiente significado: “acuerdo entre las personas para dañar o engañar a los demás, conchavo, colusión”, es decir, la combinación hecha para dañar a alguien, esto solo denota cuál es el concepto que tiene este tipo de relación ³⁹.

El amor con experiencia no es mero placer sexual que se puede compartir con más de una persona; consiste en la entrega completa de uno de los cónyuges o compañeros a su consorte, para lograr un proyecto de vida en común. Recordemos que la poligamia genera mayores tasas de violencia doméstica, que no solo es física, sino también moral, no olvidando las enseñanzas de la relevante doctrinaria argentina Graciela Medina ⁴⁰.

Eso sin mencionar la también evidente violación de la dignidad de los niños criados en las relaciones dispuestas de este modo. ¿Cómo podrían crecer y fortalecer su educación entre sus compañeros en la escuela y en otras actividades, si, al ser indagados acerca de su familia, tuvieran que responder: “tengo un padre y dos o tres madres”? La respuesta es obvia y no requiere comentarios.

Y la Constitución Federal, acompañada por el Código Civil y toda la legislación infraconstitucional, adopta la monogamia, por todas las razones expuestas en este artículo, que es la interpretación de los tribunales brasileños, de manera uniforme, por las instancias superiores.

No será la Corte Suprema la que pueda, como divinidad separada de los dictados constitucionales y los anhelos sociales, modificar la Ley Mayor de Brasil a su talante.

³⁹ HOUAISS, Antonio - DE SALLES VILLAR, Mauro, “Diccionario Houaiss de la lengua portuguesa”, Ed. Objetivo, Río de Janeiro, 2001, p. 296.

⁴⁰ MEDINA, Graciela, “Violencia...”, ob. cit.

VIII. BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA

- ADFAS, “O julgamento completo, em vídeo, do pedido da adfas ao CNJ para a vedação de escrituras de poliamor como união estável”, disponible en <http://adfas.org.br/2018/06/27/julgamento-do-pedido-da-adfas-ao-cnj/> (consultado el 17/08/2020).
- BERNARDES DE MELLO, Marcos, “Teoria do Fato Jurídico: Plano da Validade”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2013, 12ª ed.
- BONAVIDES, Paulo, “Curso de Direito Constitucional”, Ed. Malheiros, São Paulo, 2017, 32ª ed.
- CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA, Francisco, “Tratado de Direito Privado: pessoa físicas e jurídica”, Ed. RT, São Paulo, 2012, t. I (act. por MARTINS-COSTA, Judith; HAICAL, Gustavo y FERREIRA DA SILVA, Jorge Cesar).
- DA SILVA MARTINS, Ives Gandra, “Derecho y familia”, Ed. Noeses, São Paulo, 2014, ps. 1-17.
- DABUS MALUF, Carlos Alberto, “Curso de Derecho de Familia”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2018, 3ª ed.
- DE ARHANCET, Mabel Rivero - CABANELLAS, Beatriz Ramos, “Derecho de Familia Personal”, Fundación de Cultura Universitaria, Uruguay, 2014, 4ª ed.
- DE AZEVEDO, Antônio Junqueira, “Negócio Jurídico: existência, validade e eficácia. De acordo com o novo Código Civil (Lei n. 10.406, de 10-1-2002)”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2002, 4ª ed. actual.
- DE BARROS MONTEIRO, Washington - TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “Curso de direito civil: direito de familia”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2016, 43ª ed., v. 2.
- DIP, Ricardo, “Prudência Notarial”, Ed. Quinta, São Paulo, 2012.
- GARBI, Carlos Alberto, “Infidelidad, responsabilidad civil y teoría del tercero cómplice”, en MEDINA, Graciela et al., *Revista de Derecho de Daños: daños en el derecho de familia I*, 2019-2, Ed. Rubinzal, Buenos Aires, ps. 163-173.
- GARCIA DE SOLAVAGIONE, Alicia (dir.) - BAEZ, José Luis (coord.) - FLORES, Martín Andrés - FRULLA, Mariano y otros, “Derecho de Familia”, Ed. Advocatus, Córdoba, 2016, ps. 9-10.
- GOZZO, Débora - NOMURA SANTIAGO, Maria Carolina, “Reconhecimento de uniões paralelas para fins previdenciários deve ser exceção”, disponible en <http://adfas.org.br/2018/02/23/reconhecimento-de-unioes-paralelas-para-fins-previdenciarios-deve-ser-excecao/> (consultado el 25/08/2020).
- GOZZO, Debora - SANTIAGO, Maria Carolina Nomura, “Reconhecimento de uniões paralelas para fins previdenciários deve ser exceção”, disponible en <http://adfas.org.br/2018/02/23/reconhecimento-de-unioes-paralelas-para-fins-previdenciarios-deve-ser-excecao/>. (consultado el 25/08/2020).

- HENRICH, Joseph - BOYD Robert - RICHERSON, Peter J., “El rompecabezas del matrimonio monógamo”, disponible en <http://rstb.royalsocietypublishing.org/content/367/1589/657> (consultado el 17/08/2018).
- HOUAISS, Antonio - DE SALLES VILLAR, Mauro, “Diccionario Houaiss de la lengua portuguesa”, Ed. Objetivo, Río de Janeiro, 2001.
- KÜMPEL, Vitor Frederico - MODINA FERRARI, Carla, “Tratado Notarial y Registral”, Ed. YK, São Paulo, 2017, vol. II.
- MEDINA, Graciela, “Violencia de género y violencia doméstica”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2013.
- NERY, Rosa Maria de Andrade, “Instituições de Direito Civil: Família”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2015, v. 5.
- “Manual de Direito Civil: família”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2013.
- Ranking IDH Global 2014, disponible en <http://www.br.undp.org/content/brazil/pt/home/idh0/rankings/idh-global.html> (consultado el 04/08/2018).
- REALE, Miguel, “Lições preliminares de Direito”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2001, 25ª ed.
- Sagrado Corán, versión portuguesa directamente del árabe por Samir El Hayek, Ed. Tangará, São Paulo, 1975, disponible en <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/alcorao.pdf> (consultado el 04/08/2020).
- SARLET, Ingo Wolfgang - MARINONI, Luiz Guilherme - MITIDIERO, Daniel, “Curso de direito constitucional”, Ed. Saraiva, São Paulo, 2017, 6ª ed.
- TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz, “A ilusão criada por escrituras que dão efeitos de união estável ao poliamor”, disponible en <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/a-ilusao-criada-por-escrituras-que-dao-efeitos-de-uniao-estavel-ao-poliamor> (consultado el 17/08/2020).
- “Basta de engodo! O casamento e a união estável são monogâmicos”, disponible en <https://www.conjur.com.br/2018-jul-05/regina-beatriz-casamento-uniao-estavel-sao-monogamicos> (consultado el 17/08/2018).
- “Brasil: o país do ‘ménage à trois’”, disponible en <http://adfas.org.br/2018/03/05/felicidade-em-adulterio-com-dinheiro-publico/> (consultado el 25/08/2020).
- “CNJ decide que cartórios não podem declarar relações poliafetivas como uniões familiares”, disponible en <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/cnj-decide-que-cartorios-nao-podem-declarar-relacoes-poliafetivas-como-unioes-familiares/> (consultado el 17/08/2020).
- “Comentários ao art. 1723”, en TAVARES DA SILVA, Regina Beatriz (coord.), Código Civil comentado, Ed. Saraiva, São Paulo, 2016, 10ª ed.
- “Decisão do CNJ sobre relações poliafetivas respeita o Estado laico e democrático de direito”, disponible en <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/decisao-do-cnj-sobre-relacoes-poliafetivas-respeita-o-estado-laico-e-democratico-de-direito/> (consultado el 17/08/2020).

- “Direitos para amantes propostos no PL Estatuto das Famílias do século XXI estão em pauta no STF”, disponible en <http://adfas.org.br/2019/09/19/beneficios-previdenciarios-para-amantes/> (consultado el 28/08/2020).
 - “Felicidade em adultério com dinheiro público”, disponible en <http://adfas.org.br/2018/03/05/felicidade-em-adulterio-com-dinheiro-publico/> (consultado el 25/08/2018).
 - “Laicidade, laicismo e separação”, en DIP, Ricardo - GONÇALVES FERNANDES, André (coord.), Laicismo e Laicidade no Direito, Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2017.
 - “Pensão previdenciária para amantes e a jurisprudência do STF e do STJ”, en ConJur, disponible en <https://www.conjur.com.br/2018-mai-30/regina-beatriz-pensao-amantes-jurisprudencia-stf-stj> (consultado el 17/08/2020).
 - “Relações paralelas em pauta no STF”, disponible en <http://adfas.org.br/2019/09/26/relacoes-paralelas-em-pauta-no-stf/> (consultado el 28/08/2020).
- TERTILT, Michèle, “Polygyny, Women's Rights, and Development”, en *Journal of the European Economic Association*, 2006, p. 525, disponible en <https://www.jstor.org/stable/40005118> (consultado el 04/07/2018).

Recepción: 21/09/2020

Aceptación: 20/11/2020

RESEÑAS BIBLIOGRÁFICAS

CINE Y DERECHO DE FAMILIA (2020, 400 PS.) GRACIELA MEDINA - CRISTIÁN LEPIN MOLINA (DIRS.) BUENOS AIRES, 2020, ED. RUBINZAL CULZONI.

ISBN 978-987-30-1499-4 (*)

POR GRACIELA MEDINA

El libro de *Cine y derecho de familia*, publicado por la editorial Rubinzal Culzoni Editores en el año 2020, dirigido por los Dres. Graciela Medina y Cristian Lepin Molina, ha sido escrito por distintos académicos de diferentes países, quienes analizan un tema relacionado con el derecho de familia, a partir de una película.

La obra se propone analizar films que permitan conocer e interpretar mejor el derecho de familia.

Para hacerlo, los autores se podrían valer de cualquier arte, porque el derecho está presente en todos ellos, pero parten de la premisa de que el cine proporciona mejores posibilidades de comprender el derecho que las otras artes visuales. Así, una pintura cubista, por ejemplo, puede chocar con el rechazo por incomprensión de un público no iniciado. Pero una escena de Chaplin penetra directamente en el entendimiento y en el estado de ánimo de cualquiera que la presencie, despertando la emoción o la reflexión de manera espontánea ¹.

(*) Cine y Derecho, por Graciela Medina; Distintas familias, los mismos derechos a través del cine de animación, por José Ramón Narváez Hernández; Tanguy, por Graciela Medina; Mi nombre es Sam, por Graciela Medina; Dífret, por Julio César Rivera; Decálogo 7. Una saga sobre la identidad familiar y su robo, por Úrsula C. Basset; ReMoved: partes 1 y 2, por Leopoldo Eduardo André; Vida privada, por Gabriel R. Juan; A pesar de todo, por Gabriel Roller; The children act, por Mirzia Bianca; Un camino a casa, por Mabel Rivero de Arhancet; La sonrisa de la Mona Lisa, por María Linacero de la Fuente; La boda de Muriel, por Carlos Villagrasa Alcaide; De tal padre, tal hijo, por María Leoba Castañeda Rivas; Los chicos están bien, por Enrique Varsi Rospigliosi y Marianna Chaves; Arráncame la vida. Juego de poder intrafamiliar: Apariencias legales y sociales, por Eddy Chávez Huanca; Evelyn, por Ana María Álvarez-Tabío Albo y Leonardo B. Pérez Gallardo; Tomboy, por Isaac Ravetllat Ballesté; Antes de partir, por Ruperto Pinochet Olave; Los hijos de la calle, por Gabriel Muñoz Bonacic; Preciosa, por Alex Zúñiga Tejos y Francisco Gómez Muñoz; Perfectos desconocidos, por Alfredo Ferrante; La chica danesa, por Maricruz Gómez de la Torre Vargas; Custodia compartida, por Cristián Lepin Molina.

¹ ECO, Umberto, "La estrategia de la ilusión", traducción de Edgardo Oviedo, Editorial Lumen — Ediciones de la Flor, Buenos Aires, 1994, 5ª edición argentina, p. 291.

El derecho, como la literatura y el cine, son disciplinas narrativas, y, por eso, el carácter retórico y argumentativo del derecho, su lenguaje, sus razones, se pueden explicar mejor gracias a la literatura, el teatro y el cine.

Los autores han elegido el cine para acercarse a la comprensión del derecho de las familias porque consideran que, en el área más sensible del derecho, las posibilidades de visualización del tema que brinda el séptimo arte permiten penetrar con más agudeza en la comprensión, el entendimiento y el discernimiento de sus sutiles conflictos.

Hoy se puede afirmar que el cine es más que una forma de entretenimiento, ya que constituye un formidable medio para la comunicación de las ideas y un instrumento eficaz para aprender derecho.

Es por ello que varias escuelas de derecho incluyen, como parte de su currículum, un curso de Derecho y Cine; al mismo tiempo que los profesores de derecho recurren al cine en sus clases “tradicionales” para enseñar sus materias, lo que ha dado lugar a una gran bibliografía sobre el tema.

El cine en el derecho, si bien se inicia en los Estados Unidos de Norteamérica, se extiende a todos los continentes. Advertimos que en China se imparten cursos de *Film and Law*, así como en Francia se realizan festivales dirigidos al tratamiento del cine y del derecho.

Concretamente, a fines del 2018 se realizó en Francia un festival sobre Cine y Derecho de las Mujeres. Durante el festival se proyectaron 10 films que se interrogan sobre el lugar de las mujeres en el mundo y sobre las desigualdades de género.

En Iberoamérica se funda la Red Iberoamericana de Cine y Derecho en el Instituto de Investigaciones Jurisprudenciales y de Promoción y Difusión de la Ética Judicial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, mediante el acto donde se efectuaron dos sesiones de Cine y Ética Judicial, exhibiéndose, en la primera, la película *A la hora señalada* o *Solo ante el peligro* (*High Noon*), y, en la segunda, se impartió una conferencia sobre esta y se realizó un debate dirigido por el académico peruano Eddy Chávez Huanca, especialista en cine judicial.

Como vemos, el cine constituye una herramienta eficaz y eficiente para enseñar y aprender el derecho, que está siendo muy utilizada no solo en los países anglosajones, sino en los países latinos, como lo advertimos en la profusa doctrina española y en la incipiente doctrina latinoamericana, que el libro *Cine y derecho de familia* viene a completar.

El esquema propuesto por los directores, y seguido por todos los autores, deja atrás el tradicional análisis doctrinario, exegético o jurisprudencial, para dar paso al análisis de una obra de arte audiovisual, que serviría esta vez como sustento de nuestro análisis jurídico, y, a la vez, funcionará como caso para ser resuelto o debatido por los alumnos.

Cada autor elaboró una ficha técnica de la película, seleccionó una frase representativa, hizo una introducción y un resumen (breve) de la película, jus-

tificó su elección y realizó el análisis jurídico de aquella. Finalizando con unas interesantes conclusiones, algunas preguntas para la reflexión y la bibliografía que sirvió de base para cada comentario o capítulo.

Es así como se estructura esta obra, de una riqueza poco habitual en la literatura jurídica, en que 24 películas son analizadas por 23 académicos de un nivel excepcional, de países como Argentina, Italia, España, México, Uruguay, Cuba, Brasil, Perú y Chile.

El libro contiene, en primer lugar, dos artículos: uno de autoría de la Dra. Medina, que analiza la relación entre el cine y el derecho, las ventajas del cine como herramienta pedagógica, la metodología y la condiciones para preparar un curso de Cine y Derecho. Luego, se incorpora un excelente trabajo titulado “Distintas familias, los mismos derechos a través del cine de animación”, escrito por el Dr. José Ramón Narváez, director académico de la Red Iberoamericana de Cine y Derecho.

En segundo lugar, se encuentran los capítulos en que se analizan las películas seleccionadas, que son las siguientes: *Tangy y Mi nombre es Sam* (Dra. Graciela Medina, Universidad de Buenos Aires); *Drifet* (Dr. Julio Cesar Rivera, Universidad de Buenos Aires); *Todo sobre mi madre* (Dra. Aída Kemelmajer, Universidad Nacional de Cuyo); *Decálogo 7* (Dr. Úrsula Basset, Universidad Católica Argentina); *Removed parte 1 y 2* (Dr. Leopoldo André, Universidad de Mendoza); *Vida privada* (Dr. Gabriel Juan, Universidad de Cuyo); *A pesar de todo* (Dr. Gabriel Rolleri, Universidad de Buenos Aires); *The Children Act* (Dra. Mirzia Bianca, Universidad de la Sapienza de Roma); *Un camino a casa* (Dr. Mabel Rivero de Arhancet, Universidad de la República); *La sonrisa de la Mona Lisa* (Dra. María Linacero de la Fuente, Universidad Complutense de Madrid); *La boda de Muriel* (Dr. Carlos Villagrasa, Universidad de Barcelona); *De tal padre, tal hijo* (María Leoba Castañeda, Universidad Nacional Autónoma de México); *Los chicos están bien* (Dr. Enrique Varsi, Universidad de Lima y de San Marcos, y Mg. Marianna Chaves, Universidad de Coimbra); *Arráncame la vida* (Mg. Eddy Chávez, Universidad Continental de Huancayo); *Evelyn* (Dr. Leonardo Pérez Gallardo y Dra. Ana María Álvarez-Tabío, Universidad de La Habana); *Tomboy* (Dr. Isaac Ravellat, Universidad de Talca); *Antes de partir* (Dr. Ruperto Piniocet, Universidad de Talca); *Los hijos de la calle* (Mg. Gabriel Muñoz, Universidad de Talca); *Perfectos desconocidos* (Dr. Alfredo Ferrante, Universidad Alberto Hurtado); *La chica danesa* (Dra. Maricruz Gómez de la Torre, Universidad de Chile), y *Custodia compartida* (Dr. Cristián Lepin Molina, Universidad de Chile).

Después de lo señalado, quedan claras las virtudes de esta obra, un verdadero tratado moderno de derecho de familia, por lo que solo falta señalar que no cabe ninguna duda de que servirá de guía y de obra de consulta obligada para académicos, estudiantes, operadores jurídicos, e incluso para acercar a las personas que no tienen ninguna relación con la profesión del derecho.

TRATADO DE LA FAMILIA, DIRECTOR: MARCOS M. CÓRDOBA;
COORDINADORA: FLORENCIA INÉS CÓRDOBA, EDITORIAL
LA LEY, BUENOS AIRES, 2020, 2 VOLÚMENES

POR GRACIELA MEDINA

Marcos Córdoba es, sin lugar a dudas, un gran director de orquestas jurídicas, algo que le permite lograr que una sumatoria de artículos se conviertan en un tratado.

En efecto, un director de orquesta dirige, unifica, ensaya, guía, interpreta, se responsabiliza, lidera y expresa la música de la orquesta, y logra que una serie de músicos que tocan diferentes instrumentos no suenen como interpretaciones aisladas de virtuosos, sino que confluyan armónicamente en una obra que impresiona por su unicidad y por su armonía, es decir, una sinfonía.

Y, en este sentido, el doctor Marcos Córdoba es un gran director de orquestas legales, que dirige y unifica las expresiones de eximios juristas, convirtiéndolas en una obra armónica que trasciende las sumatorias de expresiones individuales.

Siguiendo con la comparación, podemos decir que, al asumir la responsabilidad del equipo, el director de orquesta es el que imprime su carácter a la interpretación, es el representante de esta, así como el responsable de velar por una conjunción interpretativa dentro de la orquesta.

El director de orquesta, por otro lado, no solo dirige en una audición o un concierto, sino que es el encargado, tal y como lo es un director de escena de una obra de teatro, de organizar y planear los ensayos. Y, del mismo modo, es quien elige el repertorio y el orden en el que este será tocado.

Y estas funciones son las que ha asumido Marcos Córdoba en la obra *Tratado de la familia*. Así es: Marcos eligió el repertorio de lo que se escribiría, organizó y planeó las contribuciones y el orden en que serían expuestas y, en definitiva, le imprimió su carácter al tratado.

Y llegado este punto nos tenemos que preguntar: ¿qué carácter tiene la obra? Y nos adelantamos a decir que tiene las fortalezas que definen a su director.

Y, en orden a enumerar sus caracteres, podemos afirmar que el tratado es:

- trascendente para el académico;- federal;

- interdisciplinario;
- moderno;
- práctico para el abogado;
- útil para el estudiante.

Marcos Córdoba es un académico que ha trascendido nuestras fronteras y ha demostrado la importancia que tiene el derecho comparado para la aplicación y la formación del derecho patrio, y la obra que él dirige mantiene el espíritu comparatista del director, al incluir en su seno artículos de los más destacados profesores, extranjeros de la familia romanista.

La trascendencia académica de la obra queda de relieve desde el comienzo del tratado, que empieza con un artículo de la distinguida Marina D'Amato, profesora de la Universidad de Roma, quien también colabora y enseña en muchas universidades extranjeras, como Paris V René Descartes y Paris VIII Vincennes, quien nos introduce en el tratado con consideraciones previas sobre "Sociología de la educación y la infancia". Marina D'Amato no es una profesora extranjera más, es una revolucionaria, ya que fue responsable de la introducción de la enseñanza de la sociología de los niños en Italia y es también la responsable de la introducción de la obra.

Realza la trascendencia académica del libro la contribución del profesor Carlos Martínez de Aguirre, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza, que fue presidente de la International Academy for the Study of the Jurisprudence of the Family, quien escribe al inicio de la obra sobre la "Estabilidad familiar, la autonomía personal y la vulnerabilidad social, con datos y reflexiones sola estabilidad familiar y el divorcio", cuya validez, importancia y aplicación en nuestro país son indiscutibles.

Corona el alcance transnacional el aporte de Guido Alpa, profesor de la Universidad de La Sapienza, quien, entre sus muchas designaciones, suma la de haber sido nombrado profesor *honoris causa* de la Universidad de Buenos Aires en el año 2008, cuando Marcos Córdoba era vicedirector de la Carrera de posgrado de la Facultad de Derecho de la UBA. El trabajo del maestro Guido Alpa es relativo al "Papel del abogado en los métodos alternativos de resolución de conflictos "la desjurisdiccionalización", tema esencial en el ejercicio profesional del abogado de familia, actual destinado a componer conflictos evitando, en lo posible, los litigios.

1. Interdisciplinario

El segundo carácter que tenemos que destacar en esta obra es su interdisciplinariedad, que surge clara no solo porque hay un artículo específico del juez Dutto sobre el tema, sino porque contribuyen a ampliar los horizontes de la obra especialistas de diferentes áreas de las ciencias en general y de las

ciencias jurídicas en particular, como el aporte de la socióloga italiana Marina D'Amato, el psiquiatra José Milamariane, quien se refiere al “Acogimiento y contención afectiva de los niños, la transmisión de la ley y el legado de valores”. La presencia, en la obra, del artículo sobre legado de valores es un ejemplo para nuestros estudiantes, para que asuman y comprendan que estos son tiempos del conocimiento y de la ciencia, de valores y de compromiso, de juicio crítico y reflexivo necesariamente opuestos a los modelos corrientes del hombre masa de José Ortega y Gasset; del hombre mediocre de José Ingenieros; del hombre feliz de Aldous Huxley; del hombre *light*, de Enrique Rojas.

Entre los aportes de otras disciplinas de las ciencias, es necesario destacar el artículo del arquitecto Moreno sobre el “Diseño arquitectónico y la unidad familiar”, quien nos explica sobre la evolución del concepto de vivienda, las posibilidades técnicas y la articulación con la familia, de imprescindible lectura para dimensionar en su justa medida el tema de la vivienda familiar.

La interdisciplinariedad no viene dada en la obra por los aportes de especialistas de distintas áreas, sino que a ellos suman las contribuciones que unen el derecho de familia con distintas áreas del derecho privado.

En este sentido, el especialista del derecho comercial Daniel Vítolo nos habla de la “Empresa familiar, con sus luces y sombras”.

El decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, profesor en obligaciones Dr. Alberto Bueres, desarrolla el difícil tema de la “Responsabilidad de los padres y de los hijos menores”.

El profesor de derecho penal Bunge Campos nos enriquece con la “Influencia de la familia en el ámbito penal”, al igual que lo hace el expresidente de la Argentina, hoy lamentablemente fallecido Dr. Fernando de La Rúa.

2. *Federal*

El tercer carácter esencial del *Tratado de familia es ser federal*, y ello es un reflejo de Marcos Córdoba, quien ostenta esa virtud, quizás porque es un abogado que recorre y conoce el país. Prueba de ello es que se desempeña no solo en la Capital Federal y en la provincia de Buenos Aires, sino también en Río Negro, Corrientes, San Juan, Mendoza, Entre Ríos, Tucumán y Salta.

Y la obra tiene aportes de abogados de todos los extremos del país, no solo de quienes residen en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; entre los artículos de los profesores del interior del país se destacan tanto los de los profesores santafesinos Dres. Magin Ferrer, Esteban Gutiérrez Della Fontana y Ricardo Dutto como los de los profesores entrerrianos María Magdalena Galli Fiant y Rodolfo C. Jauregui, así como también la contribución del profesor y exjuez de la Corte de Buenos Aires Dr. Pettigiani, y de prestigiosas docentes de Córdoba la Docta.

3. *Moderno*

El cuarto carácter a destacar del *Tratado de la familia* es ser una obra moderna que adecua su terminología a la evolución que ha tenido el derecho privado. Así, la excelente contribución de la prestigiosa profesora Úrsula Basset, secretaria de la Academia Iberoamericana de Derecho de Familia y de las Personas, se refiere a la ineficacia del matrimonio y no a la nulidad, como se hacía anteriormente.

Y su modernidad se destaca porque agota todos los temas que están en la agenda actual del derecho de familia, como lo es la violencia familiar, la filiación por voluntad procreacional, que desarrolla con soltura y fineza Mara Magdalena Galli Fiant, y los alimentos, que trata y analiza con la profundidad y la experticia que lo caracterizan el profesor y especialista Osvaldo Pitrau.

Así como también la enseñanza en valores y el rol del abogado ante el conflicto.

4. *Útil para el estudiante*

El quinto carácter a destacar es que el tratado es útil para el estudiante porque responde al programa de cátedra de Marcos Córdoba y se adapta al de cualquier facultad de Derecho que quiera dar una formación integral a sus alumnos.

5. *Práctica para el profesional*

La obra es, sin lugar a dudas, práctica para el abogado que requiere de un tratado que va a permanecer en el tiempo por su trascendencia. Además, le es útil por su visión generalista y por su amplitud temática, aspectos que lo transforman en un libro donde quien ejerce la profesión de juez o de abogado va a encontrar respuesta de expertos en la materia que requiera.

Para concluir, quiero señalar que esta obra es un aporte significativo para el conocimiento y comprensión del derecho familia, que hoy más que nunca tiene repercusión y trascendencia para la sociedad toda, motivo por el cual estoy convencida de su utilidad tanto para los estudiantes que requieran aprenderlo como para los profesionales de las diferentes disciplinas y ciencias que se unen para estudiarlo y aplicarlo.

PAUTAS PARA LA PRESENTACIÓN DE ORIGINALES

La *Revista Jurídica de Buenos Aires*, fundada en 1957 bajo la dirección del Dr. Ignacio Winizky, es una publicación bianual de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires que contiene trabajos de doctrina de juristas del medio local y del extranjero. En los últimos años se ha adoptado la modalidad de publicar números temáticos, bajo la dirección de un/a coordinador/a, que concentran trabajos sobre una determinada área de estudio, sistematizándolos de modo tal que el/la lector/a pueda acceder a distintas visiones al respecto.

Los trabajos presentados para su publicación deben ser originales, inéditos y no pueden postularse simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Además, deben contener aportes de singular relevancia para la disciplina. Las colaboraciones pueden ser artículos, ensayos o reseñas de libros, referidos a temas jurídicos o afines. Se recibirán textos redactados en español, portugués o inglés, o bien traducciones de trabajos escritos en lenguas extranjeras.

PROCESO DE EVALUACIÓN

Los textos recibidos serán sometidos a evaluación por pares nacionales e internacionales especialistas en la temática, en parte externos a la entidad editora, bajo la modalidad de referato doble ciego: anonimato de autores y examinadores durante el proceso de evaluación.

El proceso de evaluación consta de tres fases:

1. La Dirección y el Consejo Editorial seleccionarán, de acuerdo con los objetivos de la Revista, aquellos trabajos que resultan relevantes y oportunos para ser sometidos a evaluación y para su posible publicación.

2. Los trabajos escogidos serán enviados (bajo anonimato de los/as autores/as) a un/a evaluador/a externo/a experto/a en la temática. Desde la fecha de recepción, el/la evaluador/a tendrá 30 (treinta) días para evaluar el trabajo y devolverlo junto a su dictamen.

Los posibles resultados de la evaluación por pares son:

- a) Se recomienda su publicación.
- b) Se sugieren revisiones o modificaciones para su eventual publicación posterior.
- c) No se recomienda su publicación.

3. Los/as autores/as de los trabajos propuestos recibirán información, de parte de la entidad editora, acerca de los resultados del proceso de evaluación. Los/as autores/as que deban realizar modificaciones las realizarán dentro del lapso fijado por la Dirección de la Revista, quien remitirá al/a la evaluador/a correspondiente el texto modificado para su aceptación o rechazo. Una vez que se devuelva la evaluación a la Dirección, se comunicará a los/as autores/as la decisión respecto de la publicación.

REQUISITOS Y ENVÍO

1. La entrega de los artículos para el primer número de cada año se realiza en diciembre del año anterior, mientras que la de los artículos destinados al segundo número se realiza en mayo del año en curso. Todos los artículos deben tener relación con la temática específica propuesta para cada número de la *Revista*.

2. Cada número deberá contener una presentación por parte del/de la coordinador/a.

3. Los artículos deben tener como mínimo 6000 palabras y como máximo 10000, sin incluir la bibliografía.

4. Los originales deberán cumplir los requisitos aquí enumerados y observar las pautas de estilo y cualquier consulta que surja deberá remitirse a la Dirección de la Revista o al Departamento de Publicaciones.

5. Los trabajos se presentarán ante la Dirección de la Revista a través del/de la coordinador/a por correo electrónico. El archivo deberá contener, respecto de cada trabajo, los siguientes datos: nombre del artículo, nombre del/de los autor/es, fecha de finalización del documento y fecha de entrega. Los archivos deben estar en una versión actualizada de formato Word, preferentemente en sus últimas versiones.

6. Junto al artículo, los/as autores/as deberán aportar un resumen biográfico que incluya: nombre/s y apellido/s completo/s, profesión, cargo actual, afiliación institucional (con indicación del país y la ciudad donde se radica la institución), nacionalidad, teléfono, dirección postal y electrónica. Cada trabajo que se publique incluirá, al menos, una dirección de e-mail de alguna/o de sus autores/as.

PAUTAS DE ESTILO

1. El texto debe presentarse en tamaño de página A4, con márgenes superior e inferior de 2,5 cm, derecho e izquierdo de 3 cm. Debe emplearse fuente Times New Roman, tamaño 12. El interlineado debe ser simple y cada párrafo

tendrá una sangría de primera línea de 1 cm. No deben emplearse espacios adicionales antes o después de los párrafos. En las notas a pie de página se colocará sangría de primera línea de 1 cm, se empleará Times New Roman, tamaño 10 y el interlineado será también simple. El texto y las notas deben estar justificados.

2. El **título** del trabajo deberá expresarse en el idioma del artículo, en mayúscula y centrado.

3. Si el artículo presentado es una traducción, esto deberá indicarse en la primera nota al pie con formato símbolo *, a continuación del título, de acuerdo con la siguiente estructura y completando los datos señalados en el modelo:

* Publicado originalmente como <título en inglés> en <fuente de donde fue extraído el artículo original>. Traducción al español realizada por <nombre y apellido del/de la traductor/traductora, cargo o profesión, lugar donde estudia o trabaja>.

4. El nombre del autor debe ubicarse debajo del título del artículo, seguido de “Por”, alineado a la derecha y en mayúscula. Allí debe incluirse una nota a pie con formato símbolo * (o ** en caso de contar con la nota del caso del punto 3) donde debe consignarse el cargo o profesión del/de la autor/a y una breve referencia académica indicando cargo docente (si corresponde) e institución. Asimismo, pueden incluirse agradecimientos del/de la autor/a.

5. A continuación debe incluirse un **resumen** del trabajo que no exceda de 250 palabras (en notas y trabajos breves bastará con 100 palabras) y un **listado de cinco palabras clave**. Los títulos “Resumen:” y “Palabras clave:” serán en negrita y su texto en cursiva y ambos con sangría de primera línea de 1 cm. Deberán expresarse en el idioma del artículo.

6. Inmediatamente después, debe colocarse la traducción al inglés del título del artículo en mayúscula, centrado y debajo de este el resumen traducido al inglés (Abstract) junto con las palabras clave (Keywords) con similar pauta de estilo.

7. Las fuentes empleadas deberán especificarse correctamente mediante el empleo de **referencias bibliográficas**, así como en el **listado de bibliografía**. Deberán seguirse las siguientes indicaciones:

7.1. Las citas directas que superen (aproximadamente) los 330 caracteres se escribirán en párrafo aparte, separadas por un espaciado superior y uno inferior del cuerpo, sin interlineado, en tipografía redonda (sin comillas ni cursivas), justificadas y con sangría de 2.5 cm, izquierda y derecha. Las citas directas con menos de 330 caracteres, en cambio, respetarán el formato del cuerpo del texto, consignándose entre comillas y en tipografía redonda.

7.2. Se deberán incluir a pie de página las notas y referencias bibliográficas. Estas deberán realizarse de la siguiente manera: los apellidos del/de la

autor/a irá en mayúscula, el nombre en minúscula, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido de la ciudad de publicación (en castellano), la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Si se trata de un artículo, el título irá entre comillas y el nombre de la revista en cursiva. Si se trata del capítulo de un libro colectivo, el título irá en comillas, seguido del apellido y nombre de las/os editores/as del volumen, los títulos de libros irán en cursiva sin comillas, seguido del lugar de publicación, la editorial, el año de publicación y el número de la/s página/s en ese orden. Los textos provenientes de páginas web deberán indicar luego del título la indicación de la procedencia y la fecha de última consulta.

A modo de ejemplo:

Libros

FOUCAULT, Michel, *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Artículos de Revistas

MUÑOZ BRAVO, Tomás, “Política migratoria en Argentina como respuesta a las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, N° 119, México, UNAM, mayo-agosto de 2014, pp. 87-116.

Capítulos de libros

BOTHE, Michael, “The WHO Request”, en BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Material de internet

ZEGVELD, Liesbeth, “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, disponible en <<http://www.cicr.org>> (consultado el 4/2/2007).

7.3. Al final del documento se incluirá un listado de bibliografía, incluyendo todas las fuentes consultadas para la elaboración del trabajo presentado, conforme a las pautas de estilo mencionadas.

8. Elementos complementarios:

8.1. Las tablas y figuras deben incluirse en las páginas del texto y numerarse consecutivamente (figura 1, cuadro 1, etc.). Deben estar acompañadas por la fuente y el título. Los archivos originales en formato Microsoft Excel o en

programas de gráficos deberán enviarse adicionalmente en un archivo digital separado.

8.2. Las fotografías e imágenes deberán cumplir con los requisitos de numeración, fuente y título mencionados. Deberán tener una resolución superior o igual a 300 dpi. Cuando no fueran obra del/de la autor/a del artículo, se requiere que se envíen acompañadas por la autorización de reproducción del titular de los derechos de dichas imágenes.

8.3. En el caso que sea necesario, los elementos complementarios que integran el documento serán entregados en el soporte y tipo de archivo que sea acordado oportunamente con la Dirección de la Revista.

9. Los títulos y subtítulos del texto deben respetar la siguiente jerarquía:

TÍTULO GENERAL (Mayúscula y centrado)

Por NOMBRE AUTOR

Resumen:

Palabras clave:

TÍTULO GENERAL EN INGLÉS (Mayúscula y centrado)

Abstract:

Keywords:

INTRODUCCIÓN (Mayúscula y centrado)

1. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

1.1. Subtítulo (cursiva, sin sangría y en minúscula)

1.1.1. Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)

1.1.2. Título (cursiva, sin sangría y en minúscula)

2. TÍTULO (Capítulo) (Mayúscula y centrado)

CONCLUSIONES (Si hubiera, mayúscula, centrado)

BIBLIOGRAFÍA (Mayúscula, centrado)

DERECHOS DE PUBLICACIÓN

El envío de un trabajo para su publicación implica, por parte de su autor/a, la autorización para su reproducción (salvo expresa renuncia), por cualquier medio, soporte y en el momento en el que se considere conveniente por la Revista. Los originales entregados no serán devueltos.

Los/as autores/as, al postular un trabajo para su publicación, ceden todos los derechos de distribución y difusión de los contenidos de los mismos al Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho (UBA). La recepción de un trabajo para su evaluación no implica asumir un compromiso de publicación.

Para enviar trabajos, realizar consultas sobre las pautas de estilo o acercar sus dudas, puede contactarnos a: dpublica@derecho.uba.ar

GUIDELINES FOR THE SUBMISSION OF ARTICLES

The “Revista Jurídica de Buenos Aires”, created in 1957 under the direction of Dr. Ignacio Winizky, is a biannual publication of the School of Law of the University of Buenos Aires, which comprises the works of national and foreign scholars. In the last years, each issue —under the direction of different coordinators — has focused on specific subject areas, collecting relevant articles and systematizing them, thus allowing the reader to be familiarised with diverse views.

Works submitted for publication must be original, previously unpublished and not under consideration for publication elsewhere. In addition, they should make a particularly relevant contribution. Articles, essays and book reviews on legal and related issues are welcome. They may be written in Spanish, Portuguese or English. Translations are also considered.

EVALUATION PROCESS

All works will be subject to double blind peer review conducted by national and international experts in each subject, some of them acting as external reviewers. Authors and reviewers remain anonymous during the evaluation process.

The evaluation process has three stages:

1. The Director and Editorial Board will decide, in accordance with the journal’s objectives, which articles are relevant and appropriate for evaluation and possible publication.
2. The selected articles will be sent — preserving the author’s anonymity — to an external reviewer with expertise in the subject. Since the reception of the article, the reviewer will have 30 (thirty) days to evaluate it and communicate his/her opinion.

The possible results of the peer reviewing process are:

- a) Recommendation of publication.
 - b) Suggestion of revisions or modifications for possible publication.
 - c) Recommendation of rejection.
3. The author/s of the articles will receive information from the editors on the results of the evaluation process. Those authors who are required to revise

or modify the submitted text must comply with the time frame established by the Director of the journal, who will send the modified article to the peer reviewer for its acceptance or rejection. Once the peer reviewer has provided his/her opinion to the Director, the final decision will be informed to the author/s.

REQUIREMENTS AND SUBMISSION

1. The submission of articles to be published in each year's first issue of the journal will take place in December of the previous year. The submission of articles to be published in the second issue will take place in May. All works must be related to the specific subject area of each issue.

2. Each issue will have a presentation by its coordinator.

3. Articles must have between 6,000 and 10,000 words, without including bibliography.

4. Manuscripts must comply with this list of requirements and with the style guidelines. Any inquiry can be addressed to the Director of the journal or to the Department of Publications.

5. Articles must be submitted to the journal's Director via email to the issue's coordinator. The document must contain the following information: title, author/s' name, date of completion and date of submission. It is recommendable to use the latest versions of Microsoft Word.

6. Along with the manuscript, the author/s must also submit a **short bio** including: name, surname, profession, current position, institutional affiliation (including city and country of the institution), nationality, telephone, address and email. All published works will include the email address of at least one of the authors.

STYLE GUIDELINES

1. The page size of the document must be A4, with top and bottom margins 2,5 cm and side margins 3 cm. Times New Roman font, size 12 must be used. Single line spacing must be used, and the first line in each paragraph shall have 1 cm indentation. No additional space before or after each paragraph should be included. Footnotes shall also have 1 cm indentation in the first line, employing Times New Roman, size 10, and single line spacing. The text and footnotes must be justified.

2. The article's **title** must be in the language employed in the article, in capital letters and centred.

3. If the submission is a translation, it must be indicated in the first footnote using the symbol * after the title, and the following structure must be employed, completing the relevant information:

*Originally published as <title in the original language> in <source of the original piece>. Translation into Spanish/English/Portuguese by <name and surname of the translator, profession or current position, institutional affiliation>.

4. The author/s' name should be centred under the title of the article, after the word "By", aligned to the right and in capital letters. A footnote should be placed there, using the symbol * (or ** in case the piece also includes the footnote mentioned in guideline 3), which must include the author/s' current position or profession and a brief academic reference, including current academic position (if any) and institutional affiliation. Acknowledgments may be included there.

5. Afterwards, an **abstract** of no more than 250 words (in the case of short articles, abstracts can be of 100 words) and **five keywords** must be included. The titles "Abstract" and "Keywords" must be in **bold** and the text of the sections in *italics*. Both sections must use 1 cm indentation in the first line. They shall be in the language employed in the article.

6. Immediately after, the piece shall include a translation into Spanish of the article's title, in capital letters and centred. Underneath, the abstract and the keywords should be translated into Spanish, employing the same style guidelines as in the original language.

7. The sources employed for the article must be correctly included in **bibliographical references** and in the **list of bibliography**. The following indications are to be followed:

7.1. Direct Quotations that are 330 characters or more must be included in a new paragraph, separated by double space from the previous and following text of the main body. It shall use single line spacing, be written in normal font (without quotation marks nor italics), justified, and with 2.5 cm left and right indentation. Direct quotations under 330 characters will have the same format as the main body, with quotations marks and without italics.

7.2. Notes and bibliographical references must be included as footnotes. Bibliographical references must include, in the following order: surname of the author/s in capital letters, name in lower case letters, book titles in italics without quotation marks, city of publication (in Spanish), editorial house, year of publication, page number/s. If it is an article, the title will be between quotation marks and the name of the journal in italics. If it is a book by multiple authors, the title of the chapter will be between quotation marks, followed by surname and name of the volume's editors, book title using italics without quotation marks, followed by city of publication, editorial house, year of publication, and

page number/s. When citing articles from websites, the domain and date of last access shall be included after the title.

For example:

Books

FOUCAULT, Michel. *Securité, territoire, population*, París, Seuil/Gallimard, 2004, p. 199.

Articles in Journal

MUÑOZ BRAVO, Tomás “Política migratoria en Argentina como respuesta a Las crisis económicas y a procesos de integración regional” en *Revista de Relaciones Internacionales de la UNAM*, num. 119, México, UNAM, may.-aug. 2014, pp. 87-116.

Book Chapters

BOTHE, Michael. “The WHO Request”, in BOISSON DE CHAZOURNES, Laurence y SANDS, Philippe (eds.), *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, pp. 103-111.

Websites

ZEGVELD, Liesbeth. “The Inter-American Commission on Human Rights and International Humanitarian Law: A Comment on the Tablada Case”, available at <<http://www.cicr.org>> (last access 4-02-2007).

7.3. At the end of the document, a list of bibliography shall be included, listing all sources consulted for the drafting of the article, in accordance with the aforementioned style guidelines.

8. Additional elements:

8.1. Tables and figures must be included within the text and be consecutively numbered (figure 1, chart 1, etc.). They must be accompanied by their source and title. Original files in Microsoft Excel format or graphics programs should also be sent as separate digital files.

8.2. Photographs and images must comply with the same requirements and have a resolution of 300 dpi or higher. When they do not belong to the author of the article, an authorization for its reproduction by the rights holder is required.

8.3. If necessary, additional elements which are a part of the document will be submitted in the format agreed upon with the Director of the journal.

9. Titles and subtitles must respect the following format:

TITLE (Capital letters and centred)

By NAME OF AUTHOR/S

Abstract:

Keywords:

TITLE IN SPANISH (Capital letters and centred)

Resumen:

Palabras clave:

INTRODUCTION (Capital letters and centred)

1. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.1. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

1.1.2. Heading (italics, no indentation, lower case letters)

2. TITLE (Chapter) (Capital letters and centred)

CONCLUSIONS (If any, in capital letters and centred)

BIBLIOGRAPHY (Capital letters and centred)

PUBLICATION RIGHTS

The submission of a manuscript for publication entails the author/s' authorization to reproduce it in any media or form, whenever the journal considers it appropriate, except in the case of express withdrawal.

By submitting an article for publication, the author/s assign/s all the rights of distribution and public display of its contents to the Department of Publications of the School of Law of the University of Buenos Aires. The reception of a manuscript does not entail any publication commitment.

For further information, inquiries and to submit manuscripts, please contact us: dpublica@derecho.uba.ar.

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de mayo de 2021
en los talleres gráficos de “La Ley” S.A.E. e I. - Bernardino Rivadavia 130 Avellaneda -
Provincia de Buenos Aires - República Argentina

