

Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

REVISTA ELECTRÓNICA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

*** La violencia obstétrica que padecen las mujeres embarazadas privadas de la libertad.
Por Eduardo Javier Gamarra y Daniel Horacio Giraudi**

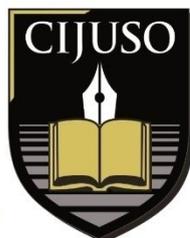
*** Las convenciones matrimoniales y su regulación respecto de niños, niñas y adolescentes.
Por María Magdalena Diez**

*** Derecho alimentario.
Obligación de alimentos a hijo/a mayor con discapacidad.
Cuestiones no previstas en el CCCN.
Por Noelia Malvina Cofrè**

*** Los honorarios de los letrados en las diferentes instancias conciliatorias de consumo: incumbencias perdidas y falta del debido acceso a la justicia.
Por Juan Ignacio Cruz Matteri**

*** Caso Lhaka Honhat vs. Argentina.
Derecho humano y autónomo al [del] ambiente sano.
Por Daniela Belén Velazquez**

*** Algunas reflexiones sobre las tareas de interpretar, subsumir y argumentar.
Por Jorge Oscar Rossi**



Cuadernos de Cijuso

El Saber nos hace mejores

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires

Dirección editorial: Dr. Jorge Oscar Rossi

Edición: Esp. Daniela Belén Velazquez

www.cijuso.org.ar

Año IV - Nº 11 – Diciembre de 2020

La Plata, Provincia de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

~

Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación CiJuSo

Presidente: Dr. Marcelo Fioranelli (Zárate – Campana)

Secretario: Dr. Jorge Omar Frega (Morón)

Tesorero: Dr. Gastón Argeri (Azul)

Prosecretaria: Dra. Adriana Cecilia Coliqueo (Avellaneda-Lanus)

Protesorero: Damián Alcides Pimpinatti (Pergamino)

Vocales: Dr. Eduardo Sreider (Moreno – General Rodríguez) - Dr. Rafael Gentili (Bahía Blanca)

Índice

La violencia obstétrica que padecen las mujeres embarazadas privadas de la libertad.

Por Eduardo Javier Gamarra y Daniel Horacio Giraudi

Pág. 5

Las convenciones matrimoniales y su regulación respecto de niños, niñas y adolescentes.

Por María Magdalena Díez

Pág. 15

Derecho alimentario. Obligación de alimentos a hijo/a mayor con discapacidad. Cuestiones no previstas en el CCCN.

Por Noelia Malvina Cofrè

Pág. 27

Los honorarios de los letrados en las diferentes instancias conciliatorias de consumo: incumbencias perdidas y falta del debido acceso a la justicia.

Por Juan Ignacio Cruz Matteri

Pág. 48

Caso Lhaka Honhat vs. Argentina. Derecho humano y autónomo al [del] ambiente sano.

Por Daniela Belén Velazquez

Pág. 53

Algunas reflexiones sobre las tareas de interpretar, subsumir y argumentar

Por Jorge Oscar Rossi

Pág. 69

La violencia obstétrica que padecen las mujeres embarazadas privadas de la libertad

Por Eduardo Javier Gamarra¹ y Daniel Horacio Giraudi²

Sumario: 1. La ley sobre el Parto Humanizado. - 2. El Marco Legal en nuestro País. - 3. Adhesión de la ley en Argentina. - 4. Derechos de las mujeres embarazadas. - 5. Violencia obstétrica. -6. Mujer embarazada privada de su libertad. Concepto. Violencia obstétrica dentro de la cárcel. Índices. - 7. Las Reglas de Bangkok en Argentina. - 8. Conclusiones. -

1- La ley sobre el Parto Humanizado

Esta iniciativa nació en 2004 gracias a la Asociación Francesa por el Parto Respetado (AFAR) y desde entonces se replica en distintos países con un objetivo principal de visibilizar el modo que se atienden partos en todo el mundo y exigir el cumplimiento de derechos vinculados al nacimiento.

2- Marco Legal en nuestro País.

En la Argentina, existe la ley Nro. 25.929 sancionada y promulgada en 2004, pero finalmente reglamentada por el decreto reglamentario Nro. 2035 en el año 2015, la cual defiende los derechos de las madres, los recién nacidos/as y sus familias al momento del trabajo de parto, pre parto, post parto, donde esta detallado los distintos derechos que deben garantizarse a la mujer, recién nacido/a y su familia.

En nuestro país, el marco legal que ampara el parto respetado, rige tanto para el sistema de salud pública como privada.

Además, la Ley de Protección integral a las Mujeres, Ley Nro. 26485 en su art. 6 inc.e, define a la violencia obstétrica como aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley Nro. 25.929.

3- Adhesión de la ley en Argentina.

¹ Licenciado en Seguridad Pública UNL, Perito Judicial UBP. (estudiante de abogacía, avanzado).

² Abogado, T° XII F° 645 CAM, T°106 F° 950 C.P.A.C.F., T°119 F°910 C.F.A.S.M., litigante en fueros penal, laboral, civil.

La adhesión a la Ley de Parto Respetado por parte del Estado Nacional y Provinciales constituye el primer indicador a considerar al momento de valorar la medida que estos estados han priorizado la protección de los derechos de la mujer y su hijo o hija en el momento de su nacimiento, en particular, en aquellos grupos de mayor vulnerabilidad social.

En la actualidad se registra un progreso en número de provincias que adhieren a la Ley o han sancionado una Ley con un contenido similar. Solo 3 provincias no cuentan de manera explícita un reconocimiento de la importancia de este marco legal (Buenos Aires, Catamarca y Formosa).

La implementación de la ley y el acceso de la población, especialmente de los grupos vulnerables, a servicios que brindan una atención humanizada constituyen los indicadores que mejor reflejan la voluntad y decisión política de los gobiernos a velar por los derechos de la mujer y su hijo o hija en ese momento tan especial en sus vidas.

4- Derechos de las Mujeres Embarazadas.

Como surge de la Ley Nro. 25.929 en su art 2, toda mujer, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto, tiene los siguientes derechos:

- a) A ser informada sobre las distintas intervenciones médicas que pudieren tener lugar durante esos procesos de manera que pueda optar libremente cuando existieren diferentes alternativas.
- b) A ser tratada con respeto, y de modo individual y personalizado que le garantice la intimidad durante todo el proceso asistencial y tenga en consideración sus pautas culturales.
- c) A ser considerada, en su situación respecto del proceso de nacimiento, como persona sana, de modo que se facilite su participación como protagonista de su propio parto.
- d) Al parto natural, respetuoso de los tiempos biológico y psicológico, evitando prácticas invasivas y suministro de medicación que no estén justificados por el estado de salud de la parturienta o de la persona por nacer.
- e) A ser informada sobre la evolución de su parto, el estado de su hijo o hija y, en general, a que se le haga partícipe de las diferentes actuaciones de los profesionales.
- f) A no ser sometida a ningún examen o intervención cuyo propósito sea de investigación,

salvo consentimiento manifestado por escrito bajo protocolo aprobado por el Comité de Bioética.

- g) A estar acompañada, por una persona de su confianza y elección durante el trabajo de parto, parto y postparto.
- h) A tener a su lado a su hijo o hija durante la permanencia en el establecimiento sanitario, siempre que el recién nacido no requiera de cuidados especiales.
- i) A ser informada, desde el embarazo, sobre los beneficios de la lactancia materna y recibir apoyo para amamantar
- j) A recibir asesoramiento e información sobre los cuidados de sí misma y del niño o niña.
- k) A ser informada específicamente sobre los efectos adversos del tabaco, el alcohol y las drogas sobre el niño o niña y ella misma.

5- Violencia Obstétrica.

En nuestro país la Ley 26.485 contra la libertad reproductiva define en su Art.6 inc. e) la violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la ley.

Asimismo en su Art. 6 d) Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnera el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable.

Asimismo se encuentran vigentes las leyes:

25.929 de “Parto Respetado” de aplicación nacional, para todas las mujeres, en relación con el embarazo, el trabajo de parto, el parto y el postparto.

25.673 “Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable”.

También la Ley 25.929 define la Violencia Obstétrica como la ejercida por el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresado en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales.

De acuerdo con el Decreto Reglamentario de la ley, debe considerarse trato deshumanizado el trato cruel, deshonroso, descalificador, humillante o amenazante ejercido por el personal de salud en el contexto de la atención del embarazo, parto y postparto, ya sea a la mujer o al/la recién nacido/a, así como en la atención del aborto, natural o inducido, sea punible o no.

6. Mujer embarazada privada de la libertad.

6.1 Concepto.

Entendemos por mujer embarazada privada de la libertad al sujeto de derecho en una situación de extrema vulnerabilidad. Frente a diversas formas de violencia entre ellas la violencia obstétrica.

6.2 Violencia obstétrica dentro de las cárceles. Índices.

Con el fin de profundizar en las experiencias de las mujeres que dieron a luz en condición de detenidas, se promovió la conformación de una “Mesa de Trabajo Interinstitucional sobre Violencia Obstétrica hacia Mujeres Privadas de su Libertad”, integrada por representantes de la Defensoría del Pueblo de la Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Defensoría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires.

Vamos a relatar en este artículo, el estudio realizado, donde se acordó un trabajo conjunto y articulado, dirigido a indagar en las vivencias de las mujeres presas durante sus procesos reproductivos, y a realizar recomendaciones para abordar las dificultades que en ese sentido se detecten.

El objetivo del relevamiento se orientó hacia la realización de un informe interinstitucional por medio del cual acceder a un primer diagnóstico acerca de las experiencias de violencia obstétrica atravesadas por las mujeres alojadas en las unidades penitenciarias destinadas a mujeres embarazadas y/o con hijos/as menores de 4 años. Ello, a fin de delinear observaciones y recomendaciones dirigidas a las autoridades penitenciarias y médicas para la protección de los derechos reproductivos de las mujeres detenidas.

El trabajo de campo se realizó en los siguientes establecimientos: el Instituto Correccional de Mujeres - CPF III de Güemes (Salta), el Centro Federal de Detención de Mujeres, Unidad N° 31 de Ezeiza (Buenos Aires), ambas dependientes del Servicio Penitenciario Federal, y la Unidad Penitenciaria N° 33 de Los Hornos, bajo la órbita del Servicio Penitenciario Bonaerense

70.

Dentro de las cárceles, las mujeres están expuestas a agresiones físicas y sexuales que, dependiendo de la severidad del sufrimiento, pueden ser calificadas como tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes.

Un informe de la Procuración Penitenciaria de Argentina da cuenta de que las mujeres recluidas en la Unidad 3 de Ezeiza cuestionan la severidad en el trato, lo que involucra, por ejemplo, la reiteración injustificada de revisiones vejatorias con desvestido total y flexiones incluso a personas de mucha edad, un trato a todas luces degradante. Con relación a estos tratos en la Unidad 31, el 17,9% de las mujeres manifestó haber sufrido violencia física, consistente en golpes, patadas, empujones o contactos sexuales no queridos, ya sea por parte del personal o de otras mujeres.

La requisita a la que son sometidas representa el acto de mayor violencia, humillación y descalificación que se produce dentro de la cárcel.

Dicha situación que se agrava aún más en el caso de mujeres embarazadas en periodo de parto, parto y postparto.

De acuerdo a un trabajo realizado por Defensoría General de la Nación, la Procuración Penitenciaria de la Nación, la Defensoría del Pueblo de la Nación y la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, del que se extrajeron estadísticas de cómo es parir dentro del Sistema Penitenciario.

Según el informe, la gran mayoría de las mujeres encuestadas (el 94%), inició el trabajo de parto en la unidad penitenciaria, y buena parte de ellas –casi el 76%- específicamente en su pabellón de alojamiento, sin intimidad, desprotegidas y en terribles condiciones sanitarias adversas.

Todas las mujeres encuestadas coincidieron que la noche es la peor hora para dar a luz: el 30% indicó haber sido atendida por un/a médico/a de una especialidad distinta a la obstetricia y el 85% manifestó haber experimentado maltrato verbal durante el trabajo de parto.

En el 15% de los casos, las mujeres entrevistadas manifestaron que transcurrió entre media hora y una hora desde que se observó la necesidad de trasladarla al hospital hasta llegar al centro de salud, y en el 9% de los casos este período duró entre una y dos horas, poniéndose en riesgo la salud de las madres y la de sus bebés. Y si bien un 72,7% de las mujeres informaron que

fueron conducidas a los hospitales en ambulancia, el 18% mencionó que fueron transportadas en un camión de traslado y en el 6% de los casos restantes fueron trasladadas en otros móviles (como un patrullero o colectivo de visitas).

En casi la totalidad de los casos abordados en este estudio (97%), las mujeres fueron acompañadas por personal de seguridad y en el 54,5% fueron trasladadas con alguna medida de sujeción como esposas o “pateras” (esposas en las extremidades inferiores). Por otra parte, si bien el derecho a estar acompañada por una persona de confianza debe ser garantizado sin discriminación, no es usual que se informe a las mujeres detenidas sobre ese derecho: gran parte de las encuestadas no sabía que podía hacerlo cumplir. Y de entre quienes solicitaron acompañante (33,3%), en dos tercios de los casos su pedido fue rechazado (63,7%). Aunque los estándares internacionales indican que las medidas de seguridad deberían ser conducentes, razonables y lo menos restrictivas posibles, no deberían afectar el derecho a la intimidad, ni la dignidad de la mujer y el niño, en el 42,4% de los casos las 7 mujeres refirieron no haber tenido privacidad; en el 75,8% de los casos se informó la presencia de personal penitenciario. Y si bien en la totalidad de los casos relevados las mujeres fueron acompañadas por personal penitenciario femenino, en el 79% de ellos también asistieron agentes masculinos.

Hoy en día, el respeto a la llamada hora sagrada (los primeros segundos después del nacimiento) no tiene discusión, sin embargo, en este estudio se destaca una altísima proporción de mujeres a las que se les impidió conocer a sus hijos/as hasta después de 3 horas de ocurrido el nacimiento (21,2% de las encuestadas), infringiendo además la ley N° 25.929, que establece que las mujeres tienen derecho a tener contacto de manera inmediata con sus bebés.

También resultaron llamativos los altos índices de internaciones en neonatología (36,4% de los casos), y por razones que no siempre fueron informados los motivos. Asimismo un 20% de las mujeres fueron discriminadas en los lugares de interacción por su condición de privadas de la libertad. En total para el informe que se describe fueron encuestadas 33 mujeres de los establecimientos carcelarios que se detallan: Instituto Correccional de Mujeres del Complejo Penitenciario Federal III (Güemes, Salta) y el Centro Federal de Detención de Mujeres –Unidad N° 31 ambas dependientes del Servicio Penitenciario Federal (SPF) prima la falta de acceso a la información la falta de acceso a la información respecto del desarrollo del embarazo y el parto obtura también el ejercicio de la autonomía reproductiva, pues impide que las mujeres tomen decisiones y experimenten sus procesos de manera consciente e independiente. Los relatos demostraron que esta variable no resulta un derecho ejercido por las mujeres ni tampoco respetado por los actores penitenciarios y médicos.

Los testimonios también dieron cuenta de formas de trato caracterizadas por la discriminación y la despersonalización, en ocasiones incluso sostenidas en la condición de mujer presa. Muchas entrevistadas señalaron como factor particular de discriminación la presencia del personal penitenciario uniformado durante la atención hospitalaria, lo que las individualiza y las posiciona de manera diferente frente al resto de las mujeres presentes en los establecimientos sanitarios. Dentro del trato dispensado, la práctica más extrema de violencia detectada, tanto obstétrica como institucional, puede encontrarse en la dimensión de vigilancia y seguridad. Es alarmante que en la actualidad se continúen aplicando medidas de sujeción sobre mujeres embarazadas, y más grave aún resulta su utilización durante los procesos de parto y parto.

7. Las Reglas de Bangkok en Argentina

La ley 24.660 de Ejecución de la Pena Privativa de Libertad es la ley que rige al sistema carcelario actualmente. Dentro de su articulado se reconocen derechos a las mujeres privadas de la libertad en circunstancias puntuales como es el caso de la mujer embarazada o en el caso de ser madre de menores hasta la edad de 4 años de edad. Supuestos que revisten de gran importancia para el órgano jurisdiccional destinado a tomar medidas precautorias y necesarias a los fines de hacer cumplir la pena.

La ley le permite a la mujer privada de la libertad mantener a su hijo hasta la edad estipulada de 4 años, dentro de la unidad carcelaria ofreciendo el crecimiento del menor de edad con su madre, a fin de proteger el interés superior del menor de edad.

La ley 24.660 expresa que las internas privadas de la libertad en el cumplimiento efectivo de una condena, que se hallen embarazadas o siendo madres de menores de edad, gozan de la facultad detallada en el art. 195 de dicha ley con la posibilidad de retener a su descendiente hasta la edad de cuatro años dentro de la unidad carcelaria.

Esto lleva a un deber del Estado de diseñar, adoptar e implementar soluciones alternativas a los centros de detención en régimen cerrado a fin de preservar y mantener el vínculo familiar y la protección de la familia, sin imponer un sacrificio a los derechos del menor de edad a través de la privación de libertad.

Mantener al menor de edad en un contexto de encierro junto a su madre siempre y cuando las condiciones sean biológicamente favorables para el menor a fin de evitar el efecto perjudicial para su desarrollo emocional y su bienestar físico. Caso contrario, el sistema jurisdiccional, cuenta con la herramienta legislativa de la ley 26.472 (B.O. Enero 2009)

modificatoria de la ley 24.660, la cual puede disponer en casos especiales, el dictado de la prisión domiciliaria a fin de proteger el interés superior del niño, evaluando y analizando las circunstancias puntuales de cada caso, todo ello en virtud de la permisibilidad que la ley otorga a las mujeres embarazadas y a la madre de un niño menor de cinco años, entre otros supuestos previstos por dicha ley.

Es evidente que el contexto de encierro en las unidades carcelarias viola el interés superior del menor de edad, principio rector en materia de niñez. Dicho contexto vulnera sus derechos, vulnera su salud psicofísica.

Por otro lado teniendo en cuenta las necesidades biológicas de las mujeres privadas de la libertad, la Organización de las Naciones Unidas adoptó reglas destinadas al tratamiento de las internas y medidas no privativas de la libertad para dichas mujeres, las mismas son conocidas internacionalmente como reglas de Bangkok.

Las reglas de Bangkok fueron aprobadas el día 21 de diciembre del año 2010 (R/RES/65/229) por la Asamblea General de las Naciones Unidas(ONU) "Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes". Dichas reglas tienen como objetivo instar a los magistrados y funcionarios a que elaboren sugerencias a fin de mejorar las condiciones y necesidades de las mujeres privadas de la libertad. En ellas se destacan medidas concernientes a las necesidades especiales de la mujer en el sistema penitenciario.

La Republica Argentina ha ratificado los tratados de derechos humanos pertinentes y los ha incorporado expresamente a su Constitución Nacional, el Art. 18 reza: "(...) Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquella exija, hará responsable al juez que la autorice" (Const., 1994).

La regla número 64 de Las Reglas de Bangkok disponen que: "cuando sea posible y apropiado se preferirá imponer sentencias no privativas de la libertad a las embarazadas y las mujeres que tengan hijos a cargo y se estudiará imponer sentencias privativas de la libertad si el delito es grave o violento o si la mujer representa un peligro permanente, pero teniendo presentes los intereses superiores del hijo o los hijos y velando porque se adopten disposiciones apropiadas para el cuidado de estos hijos".

8. Conclusiones

En definitiva, a lo largo del estudio se vio presente en las diferentes etapas del proceso de parto la pugna entre el paradigma de salud y el de seguridad.

Las políticas de seguridad dificultan y limitan el derecho de las mujeres a tener un parto respetuoso de sus derechos. Esta puja se presenta tanto al interior de los establecimientos penitenciarios como en la relación entre el sistema penitenciario y el sistema de salud extramuros.

Los testimonios recabados dieron cuenta de esta pulsión institucional que va a contramano del desarrollo de la autonomía de las mujeres frente a sus procesos reproductivos y la atención de su salud.

Se pone en evidencia la insuficiencia de las políticas sociales y penitenciarias y el generalizado incumplimiento de los estándares internacionales de protección de los derechos humanos de las personas privadas de la libertad, así como la ausencia de perspectiva de género como en la formulación como en la implementación de las mismas.

La situación de las mujeres embarazadas privadas de la libertad en Argentina exhibe muestras claras de la gravedad que enfrenta el régimen penitenciario, ponen en evidencia una situación de máxima preocupación que nos impulsa a debatir sobre un tema tan complejo.

Bibliografía:

- Centro de Estudios Legales y Sociales, Ministerio Público de la Defensa de la Nación y Procuración Penitenciaria de la Nación (2011), Mujeres en prisión: los alcances del castigo, Siglo XXI Editores, Buenos Aires.
- Defensoría General de la Nación (2015), Punción y Maternidad: acceso al arresto domiciliario, Buenos Aires.
- Informe 2014/2015, Monitoreo de políticas públicas y violencia de género, provincia de Buenos Aires.
- Defensoría General de la Nación (2016), Informe presentado ante el Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación
- contra la Mujer, 65º período de sesiones, 24 de octubre – 18 de noviembre 2016
- La situación de los derechos humanos en las cárceles federales de la Argentina, Buenos Aires.
- Organización Mundial de la Salud, Cuidados en el parto normal: una guía práctica, Grupo técnico de trabajo de la OMS. Departamento de Investigación y Salud Reproductiva, 1996.

- Organización Mundial de la Salud, Recomendaciones para la conducción del trabajo de parto, 07/2015. Disponible en http://www.who.int/reproductivehealth/publications/maternal_perinatal_health/augmentation-labour/es/.
- Organización Mundial de la Salud, Recomendaciones sobre atención prenatal para una experiencia positiva del embarazo, WHO/RHR/16.12, 2016.
- Relatoría sobre la Violencia contra la Mujer, sus causas y consecuencias, Causas, condiciones y consecuencias de la encarcelación para las Mujeres, A/68/340, 21/08/2013
- "PARÍ COMO CONDENADA" Experiencias de violencia obstétrica de mujeres privadas de la libertad Procuración Penitenciaria de la Nación.
- Litz Elvira, "Derechos de la mujer embarazada". Autor. Año 2003. Publicado en Global hoy 3 y 4. Sección 031. Salud y Derechos.
- "Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de las Reclusas y Medidas no Privativas de la Libertad para las Mujeres Delincuentes". Reglas de Bangkok 2010 (R/RES/65/229) por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

~

Las convenciones matrimoniales y su regulación respecto de niños, niñas y adolescentes.

Por María Magdalena Diez¹

Sumario: I.-Introducción. II. -Aspectos generales respecto de la capacidad. III.-Las convenciones matrimoniales. IV.- La naturaleza jurídica de las convenciones. V.- Breve reseña de la normativa en el Código Civil. VI.- Normativa vigente. VII.- Análisis de los objetos de las convenciones: la normativa. VIII.-Conclusiones finales.

I.-Introducción

Sabido es que, con la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, nos encontramos ante un nuevo ordenamiento jusprivatista, que no significa una ruptura tajante con respecto al Código derogado, sino que por el contrario da continuidad a lo que venía planteándose tanto en doctrina como en jurisprudencia y que había provocado modificaciones que se iban produciendo a través de leyes especiales. A raíz de ello, se fue generando un proceso de descodificación, que concluyó con la sanción de un nuevo código que sistematizó toda esa dispersión normativa. Y aquellos cambios, que devenían necesarios, se plasmaron a través de la introducción de nuevos institutos, de la modificación de algunos otros que ya estaban contemplados, adecuándolos además a todos ellos y al nuevo ordenamiento en su totalidad a Tratados Internacionales que forman parte de nuestro bloque federal constitucional. Sin embargo, tal y como ha quedado redactado el Código Civil y Comercial cabe hacer algunas observaciones.

El objetivo del presente trabajo es analizar la capacidad que se requerirá cuando uno de los futuros contrayentes o ambos sean niños, niñas y/o adolescentes (en adelante NNyA) frente a la posibilidad de celebrar convenciones matrimoniales en la actualidad.

II. -Aspectos generales respecto de la capacidad.

A raíz de los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos que ha venido ratificando nuestro país, y más aun con la sabida reforma de la Constitución Nacional del año '94 que les otorgó a varios de ellos jerarquía constitucional, se dio gran preponderancia

¹ Abogada U.B.A . Auxiliar Docente de Derecho de Familia y Sucesiones de la Universidad de Buenos Aires. Colaboradora Permanente de la Revista de Actualidad en Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial, dirigida por el Dr. Diego Oscar Ortiz, Ediciones Jurídicas. Miembro de la International Society Family Law.

a la doctrina internacional de derechos humanos y consecuentemente, un gran impulso hacia el respeto de la autonomía personal como exigencia de la dignidad humana.

En relación a la capacidad de ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes, son abundantes las normas que a ello se refieren, siendo el instrumento principal la Convención Internacional sobre de los Derechos del Niño del año 1.989, que implicó un cambio de paradigma que dio lugar al sistema de protección integral de NNyA, , como así también lo consagró en el orden interno la ley nacional de protección integral 26.061 del 2005, la ley provincial 13.298, la ley 11 de C.A.BA , entre otras, que fueron sentando bases y principios como el interés superior del niño y su capacidad progresiva , y que continuaron receptándose en diversas normas como por ejemplo, la ley 26.579 de mayoría de edad y la ley de identidad de género 26.743 entre otras, incluso mucho antes de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, y que el legislador debió plasmar inexorablemente en el último eslabón legislativo. Afirma Famá que: "El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC) se hace eco del modelo de protección integral de derechos y, por ende, recoge sus reglas estructurales; entre ellas, la concepción jurídica de la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal y social. En este contexto, el CCyC. Reconoce la capacidad progresiva de NNyA dejando atrás la categoría binaria de capacidad/ incapacidad emergente del Código Civil, y reformulando los roles tradicionalmente asumidos por los sujetos "pasivos" de las relaciones que vinculan al niño en el ejercicio de sus derechos: los progenitores (y en su ausencia, otros responsables) y el Estado² .

Son varias las normas que constatan esta tendencia a la autonomía progresiva y que ponen en evidencia como va cediendo el esquema tradicional de representación.

Empero, en el código sancionado por la ley 26.994, actualmente vigente, sigue predominando una gran tensión entre la autonomía y la protección en materia de normas atinentes a los niños, en la que es posible verificar que si bien se avanza cada vez más a una mayor autonomía, la misma no es de la magnitud que se hubiera esperado, sobre todo en cuestiones patrimoniales como es el caso de las convenciones matrimoniales y respecto de las cuales nuestro ordenamiento jurídico ha sido bastante conservador.

III.-Las convenciones matrimoniales

² FAMÁ, María Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", LA LEY 20/10/2015, 1, AR/DOC/3698/2015

Cabe recordar que las convenciones matrimoniales no son un instituto nuevo, pues fueron contempladas en el Código Civil de Vélez, pero no se hallaban en el Libro Primero De las Personas, donde se regulaban las relaciones de familia, sino en el Libro Segundo de los Derechos personales en las relaciones civiles, Sección Tercera De las Obligaciones que Nacen de los Contratos.

Si bien celebramos la correcta metodología de introducirlas al régimen patrimonial del matrimonio dentro del Libro Segundo de las relaciones de familia, título II del régimen patrimonial del matrimonio, la redacción del CCyCN en cuanto a la capacidad en general y a la requerida en particular para la celebración de estas convenciones por niños, niñas y adolescentes, resulta ambigua lo que lleva a distintas interpretaciones posibles.

A lo largo del CCyCN encontramos normas tanto patrimoniales como extrapatrimoniales que tienden a una mayor autonomía de los NNyA. Algunos ejemplos de ello son: el artículo 26, que le permite al menor ejercer por sí actos que le son permitidos por el ordenamiento cuando cuenta con edad y madurez suficiente y que incluso lo consideran adulto a partir de los 16 años para las decisiones atinentes al cuidado de su cuerpo; el artículo 30 que habilita el ejercicio de la profesión al menor que tiene título habilitante y administrar lo adquirido con el producto de la profesión; el artículo 64 según el cual la persona con edad y grado de madurez suficiente puede solicitar la adición del apellido del otro progenitor, el artículo 109 que establece que el adolescente puede actuar por sí con asistencia letrada cuando haya conflicto de intereses con su representante, el art. 595 que establece el consentimiento del niño de 10 años en la adopción; el artículo 617 inc. d) que exige el consentimiento del pretense adoptado cuando menor tenga 10 años en el juicio de adopción; o el artículo 680 cuando establece que el adolescente no necesita autorización para reconocer hijos; el art. 681 ;el art. 684: los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana se presumen celebrados con el consentimiento de los progenitores; el art 686 inc. a) los hijos tienen la administración de los bienes adquiridos mediante trabajo, empleo, profesión o industria aunque convivan con los padres; el art. 1922: las personas menores de edad pueden adquirir la posesión a partir de los 10 años; entre otros.

Así también, y dada la condición de vulnerabilidad en el que se encuentran todos los NNyA, encontramos normas de protección; pues tal como afirma Laferriere, *es un principio básico e inveterado del derecho civil que las limitaciones a la capacidad de ejercicio están puestas "para protección" de la persona incapaz y en su beneficio. La tendencia a la autonomía no puede ignorar que las personas son particularmente vulnerables y que en atención a ello hay*

que disponer medidas adecuadas de ayuda para que puedan ejercer sus derechos ³. Entre ellas podemos mencionar: el artículo 23 según el cual toda persona goza de capacidad de ejercicio, excepto las limitaciones expresamente previstas en el código y en sentencia judicial; el art. 24 inc. b) son incapaces de ejercicio las personas que no cuentan con edad y grado de madurez suficiente; el art. 26 primer párrafo; el art. 27 la persona emancipada goza de plena capacidad con las limitaciones del Código, el art. 28 que prohíbe la realización de determinados actos a la persona emancipada; el art. 644 referido a la responsabilidad parental de los progenitores adolescentes; entre otras.

No obstante ello, al tratar las convenciones matrimoniales el CCyCN, no contiene normas expresas en cuanto la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para celebrar dichas convenciones, por lo tanto, será cuestión de interpretar armónicamente las normas contempladas a lo largo de todo el ordenamiento - las cuales no están exentas de contradicciones-, de recurrir a los tratados sobre derechos humanos, a los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento conforme lo establece el art 2 .

Finalmente, dependerá también de la postura que el intérprete tome en cuanto a si la regla imperante entre niños, niñas y adolescentes es la capacidad o la incapacidad, para establecer si pueden o no realizarlas, puesto que parte de la doctrina sostiene que respecto de niños niñas y adolescentes la regla es la capacidad y la excepción la incapacidad. En este sentido, Famà sostiene: "Una lectura apresurada y aislada de la norma nos llevaría a afirmar que en los mismos términos que los propuestos por la ley 17.711 se mantiene la regla de incapacidad de las personas menores de edad en el ejercicio de sus derechos, con excepción de aquellos actos que la ley expresamente autorice a realizar si cuentan con edad y grado de madurez suficiente. Sin embargo, un examen integral y una interpretación armónica de todo el ordenamiento en clave convencional nos lleva a la conclusión inversa: son tantas las excepciones a esta regla a lo largo del articulado del Código que el principio no puede ser otro que la capacidad, siendo la incapacidad o, mejor dicho, la restricción de la capacidad, la excepción a la regla cuando se verifica que NNYA carecen de madurez suficiente para decidir en forma autónoma⁴". En sentido contrario, parte de la doctrina sostiene, que la regla imperante es la incapacidad y la excepción la capacidad. Tal fue el despacho en mayoría de las

³ LAFERRIERE, Jorge N." La capacidad de ejercicio en el nuevo Código Civil y Comercial: entre la autonomía y la protección" Publicado en: DFyP 2017 (mayo), 11/05/2017

⁴ FAMÁ, María Victoria, "Capacidad progresiva de niñas, niños y adolescentes en el Código Civil y Comercial", LA LEY 20/10/2015, 1, AR/DOC/3698/2015

IV.- La naturaleza jurídica de las convenciones

Claro está, que para realizar una interpretación armónica e integral es preciso determinar la naturaleza del acto que pretende celebrarse. Mazzinghi, sostiene que las convenciones matrimoniales tienen carácter contractual, y más allá de las disposiciones legales que restringen su contenido, su naturaleza jurídica y su esencia están vinculadas a las estipulaciones de índole y de base contractual.

Si partimos de la definición que hace el art. 957 del Código Civil y Comercial sobre los contratos en general, -"el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para... regular...relaciones jurídicas patrimoniales"-, parece bastante claro que las convenciones matrimoniales, destinadas a clarificar y a intervenir, -con las limitaciones de la ley-, en la definición del régimen patrimonial del matrimonio, pueden caracterizarse como contratos.

Podría objetarse que las partes no están autorizadas a crear un régimen de bienes específico, o a modificar las pautas de los definidos por la ley. Si bien esto es cierto, los futuros cónyuges -o los cónyuges- que deciden celebrar una convención matrimonial, están expresando una voluntad común orientada a regular, -en la medida de lo posible-, sus relaciones patrimoniales, enunciando los bienes y las deudas, realizándose, en su caso, donaciones, y optando por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en el Código.

Estas notas constituyen un fundamento suficiente como para sostener la índole contractual de las convenciones matrimoniales, y justifican la aplicación de los principios y de las normas generales que rigen en la materia⁶.

En igual sentido Peracca afirma que: "Las convenciones matrimoniales pueden conceptualizarse como el contrato que celebran los cónyuges o los futuros contrayentes, con el fin de regular cuestiones inherentes a sus relaciones económicas, conforme las disposiciones

⁵ Despacho A (Mayoría) En materia de menores de edad la regla es la incapacidad de ejercicio y la excepción, la capacidad de ejercicio. Ossola, Palmero, Saux, Reyna, Carlván, Chaipero, Plovanich, Valente, Muñiz, Lafferriere, Giavarino, Balmaceda, Mazzinghi, Jorge, Mazzinghi, Gabriel, Castro, Montaldo, Gonzalez, Cossio, Escudero, Zerdan, Ibáñez, Abasolo, Isuquiza, Hess, Louge Emiliozzi, Borda, Rappoport Arnolfo, Diego, Rapoport, Daniela, Gonzalía, Sierz, Palacios, Peralta Mariscal, Palacios Amanda. <http://jndcbahiaablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/10/CONCLUSIONES-01.pdf>

⁶ Mazzinghi, Jorge A.M. " Las convenciones matrimoniales" Publicado en: RCCyC 2015, Cita Online: AR/DOC/4259/2015

del derecho positivo vigente⁷.

Por lo tanto, si sostenemos al igual que los autores, que las convenciones matrimoniales contratos, en los cuales las partes regulan las relaciones patrimoniales entre los futuros cónyuges y las de éstos con los terceros, en lo que respecta a la capacidad, se requerirá que las partes tengan capacidad para contratar para poder celebrarlas.

V.- Breve reseña de la normativa en el Código Civil.

En el Código Civil derogado, el artículo 1.217, establecía que antes de la celebración del matrimonio los esposos podían hacer convenciones que tuvieran como objeto: a) la designación de los bienes que cada uno llevaba al matrimonio y b) las donaciones que un futuro cónyuge le hiciera al otro (estos eran los únicos dos objetos posibles de los cuatro que establecía el código en su redacción original, conforme a las modificaciones que introdujeron la ley 17.711 y la ley 26.618).

Con respecto a los menores, el artículo 1.222 del CC, establecía que el menor que con arreglo a las leyes podía casarse, podía también celebrar convenciones matrimoniales sobre los objetos del artículo 1.217 concurriendo a su otorgamiento las personas de cuyo previo consentimiento se necesitaba para contraer matrimonio.

VI.- Normativa vigente.

El código Civil y Comercial de la Nación, en el artículo 446 del CCyC, establece que antes de la celebración del matrimonio los futuros cónyuges pueden hacer convenciones que tengan únicamente los objetos siguientes: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; b) la enunciación de las deudas; c) las donaciones que se hagan entre ellos y c) la opción que hagan por alguno de los regímenes patrimoniales previstos en este Código.

Sin entrar en detalle respecto de la ampliación de objetos que pueden ser introducidos por las partes en la convención, la capacidad requerida para realizar dichas convenciones conforme lo mencionáramos al comienzo del trabajo, en principio es la que el código exige para contratar (consecuencia lógica de la naturaleza jurídica del acto) es decir, alcanzar la mayoría de edad (ya que al no haberlo regulado de manera expresa se aplican las reglas

⁷ Código Civil y Comercial Comentado. Herrera Marisa- Caramelo Gustavo- Picasso Sebastián, Tomo II, Infojus, 2015.

generales de la capacidad para contratar) y que además es la edad requerida para contraer matrimonio.

Con respecto a la celebración del matrimonio, hay que agregar que, si el futuro contrayente tiene entre 16 y 18 años, podrá contraer matrimonio con autorización de sus representantes legales y si tiene entre 13 y 16 años, se requerirá dispensa judicial de acuerdo a lo establecido en el artículo 404 CCyC.

Cabe destacar que, asimismo, deberán solicitar la dispensa judicial aquellos menores que hayan alcanzado los 16 años y que no fueron autorizados por sus representantes legales a contraer matrimonio.

No obstante, la posibilidad de contraer matrimonio en el caso de los menores de 18 años, los mismos al no haber alcanzado la mayoría de edad no podrían realizar convenciones matrimoniales, ya que como quedó dicho, no es más que la celebración de un contrato, y si bien el matrimonio emancipa al menor no debemos pasar por alto una de las principales características de las convenciones, esto es, que son previas al matrimonio, razón por la cual, el menor no se halla emancipado hasta luego de celebrado el matrimonio, y aun cuando adquiera la plena capacidad por dicha celebración, lo hace con las limitaciones que prevé el código.

Tanto es así, que, al menor emancipado por matrimonio, el artículo 28 le prohíbe la realización de determinados actos. De hecho, el inciso b) le prohíbe celebrar contrato de donación de bienes que hubiera recibido a título gratuito. Menos aún, podrá realizarlo en una convención previa al matrimonio.

Ahora bien, sin embargo, el artículo 450 del CCyC, establece que **las personas menores de edad autorizadas judicialmente para casarse** no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial ni ejercer la opción prevista en el artículo 446 inc. d), es decir optar por el régimen de separación de bienes.

En este caso entonces, de haber sido autorizados judicialmente a casarse, los menores podrían realizar convenciones matrimoniales, pero únicamente respecto de dos objetos: a) la enunciación los bienes llevados al matrimonio y b) de la enunciación las deudas, introduciendo así una excepción a la regla general.

Las personas menores de edad, aunque hayan celebrado matrimonio, y en consecuencia se emancipen, muestran ciertas diferencias jurídicas con las personas mayores

de edad en las relaciones conyugales patrimoniales en miras a su protección, y ellas son: 1) no pueden hacer donaciones en la convención matrimonial, y 2) no pueden optar por el régimen de separación de bienes⁸

Como mencionamos al principio, las convenciones son previas al matrimonio, por lo tanto, el solo hecho de estar autorizados a contraer matrimonio no significa ni que estén emancipados, ni que tengan capacidad para contratar y consecuentemente para celebrar un contrato como lo es la convención matrimonial. Aunque resulta lógico que si se encuentran autorizados a celebrar matrimonio deberían poder regular los efectos del mismo ya que lo más trascendente es cuanto efectos jurídicos es la celebración del matrimonio y a partir del cual nacen deberes y obligaciones mucho más amplios que los que resultan de la convención matrimonial que son estrictamente patrimoniales.

Otra interpretación posible, es que todos los niños, niñas y adolescentes autorizados a contraer matrimonio pueden celebrar convenciones matrimoniales y que únicamente los que hayan requerido autorización judicial solo puedan celebrarlas respecto de los objetos previstos en los incisos del art. 446 a saber: a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio y b) la enunciación de las deudas". Ya que, si entendemos que la regla es la capacidad, sin lugar a dudas los NNA autorizados a casarse tienen capacidad para celebrarlas. En este mismo sentido sostiene Gozáini: "...partiendo de la base que la capacidad no es un atributo sino un derecho y que, por tanto, la incapacidad es una excepción. Vale decir que solo se puede limitar la capacidad con causas y decisiones plenamente justificadas⁹.

VII.- Análisis de los objetos de las convenciones: la normativa

A diferencia de lo que sucede en un régimen jurídico como el francés o el brasileño que ofrecen modalidades "abiertas" en los que los regímenes son versátiles, pueden adaptarse o incluso elegirse otros diferentes a los que regulan sus respectivos códigos, el derecho argentino se restringe invariablemente al régimen de comunidad o de separación y solamente según son regulados en el código¹⁰.

⁸ Ricardo Luis Lorenzetti, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo III, pag. 26, Rubinzal Culzoni Editores

⁹ Gozáini A. Osvaldo, Legitimación, capacidad y representación en juicio, Rubinzal Culzoni, pag 362.

¹⁰ Basset Úrsula, "La convención matrimonial" Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley , 06/07/2016

Como resultado de haber adoptado una modalidad “cerrada” en torno a los objetos de las convenciones matrimoniales, en el que las partes no pueden incluir otras cuestiones que no sean las enumeradas en el art. 446 del CCyCN, nos centraremos en los incisos c) las donaciones que se hagan entre ellos; y d) la opción que hagan por algunos de los regímenes patrimoniales previstos en este Código; que son los que mayores controversias podrían presentar. Los incisos a) la designación y avalúo de los bienes que cada uno lleva al matrimonio; y b) la enunciación de las deudas; no son los más relevantes ya que tanto en el entendimiento de que los NNyA no tienen capacidad para celebrar la convención, o que por el contrario sí la tienen, de no haber procedido a enunciar los bienes y las deudas de cada uno de los contrayentes antes de celebrar el matrimonio, será posible determinar el carácter de los bienes y la responsabilidad frente a esas deudas por vía indirecta, ya sea porque podrá surgir de la documental en qué momento fueron adquiridos determinados bienes como así también cuando fueron contraídas las deudas y sobre quien pesa la responsabilidad ante la exigibilidad de las mismas (salvo algunas excepciones, claro está, como en el caso de bienes no registrables o de los que no se pueda demostrar la adquisición de los mismos con fondos propios o con anterioridad al matrimonio).

a) La donación en el régimen anterior y el actual

Con respecto de la posibilidad de realizar donaciones, la norma es clara en cuanto a que queda vedada a todos los menores. En aquellos que hayan sido autorizados judicialmente a contraer matrimonio, el artículo 450 así lo prevé. Esto concuerda con lo establecido en el artículo 28 del CCyC que prohíbe a la persona menor de edad emancipada hacer donaciones de los bienes recibidos a título gratuito pero tal y como está regulado en el Código actual, esta imposibilidad de realizar donaciones aun en el caso de haber sido autorizado judicialmente a casarse, implica un retroceso, una restricción que antes no existía, ya que como fuera señalado en el apartado V, el art 1.222 CC., permitía al menor realizar convenciones del art. 1217, estableciendo como único recaudo que concurra al otorgamiento del acto la persona que había dado el consentimiento para que el menor se case.

b) La imposibilidad de elegir el régimen patrimonial de separación de bienes

Con respecto a la imposibilidad que regiría en general a todos los menores, de elegir el régimen de separación de bienes y quedar sometidos supletoriamente al régimen de comunidad, desde el punto de vista de la capacidad, es también una regresividad de derechos , ya que si tenemos en cuenta por ejemplo, que el artículo 30 de CCyC establece que toda persona menor de edad que ha obtenido un título habilitante para ejercer una profesión, tiene

la libre administración y disposición de los bienes que adquiere con el producto de esa profesión, es incongruente que no pueda decidir qué régimen patrimonial lo va a regir durante el matrimonio. Además, se le restringe indirectamente la plena administración y disposición de sus bienes por el solo hecho de contraer matrimonio, como si el hecho de contraer nupcias fuera una causal de restricción de la capacidad en si misma.

VIII.-Conclusiones finales.

En el caso de las convenciones matrimoniales del artículo 450, parecería a primera vista que estamos frente a una ampliación de derechos, ya que habilitaría a NNyA a poder celebrarlas limitándola a dos objetos posibles: la designación y avalúo de los bienes y la enunciación de las deudas. Que en comparación con el código de Vélez no es tal, sobre todo si tenemos en cuenta que lo mas novedoso de este instituto es la posibilidad de optar por el régimen de separación de bienes.

Sin embargo, como contrapartida se les restringe la posibilidad de realizar donaciones, que sí podía realizar conforme el código derogado en miras de la protección de los NNyA, como así también se les restringe la posibilidad de optar por algunos de los regímenes patrimoniales que establece el código.

Esto, podría verse como un avance, siempre y cuando se entienda que los menores que hayan o no necesitado autorización judicial para casarse puedan celebrar convenciones. Puesto que de lo contrario el retroceso será aún mayor.

Es menester destacar también la desigualdad que se genera entre aquellos menores que fueron autorizados judicialmente a contraer matrimonio y los que han sido autorizados por sus representantes. En el caso de los menores que fueron autorizados judicialmente la solución la contempla la norma de manera expresa, pero respecto de los demás casos la situación queda librada a la interpretación.

Sin pretensión de agotar las soluciones posibles a esta cuestión, una de ellas hubiera sido una norma expresa, que permitiera al menor realizar las convenciones, en consonancia con instrumentos internacionales de derechos humanos que tiñen a nuestro ordenamiento interno y nos imponen dar una mayor autonomía a la persona. Sobre todo, para la realización de una convención matrimonial, que no debemos olvidar que su eficacia esta sometida a la condición suspensiva de que efectivamente celebre el matrimonio.

Otra de las soluciones , sería la posibilidad de que los menores que fueron autorizados

a contraer matrimonio (independientemente de que haya sido por sus representantes o vía judicial) puedan realizar convenciones matrimoniales respecto de cualquiera de los cuatro objetos posibles que enumera el artículo 446 del CCyC, con el recaudo de que concurra al acto las personas de cuyo consentimiento previo se necesitaba para contraer matrimonio, tal y como estaba plasmado en el Código de Vélez, ya que de todas formas será más avanzado que la norma actual.

En última instancia, incluso se podría haber establecido la posibilidad de que los menores realizaran convenciones matrimoniales y que en todo caso quedaran sujetas a homologación judicial en cuyo caso las mismas serían evaluadas no solo por el juez, que tiene el deber de oír al niño y a sus representantes, sino también por el Defensor de Menores e incapaces conforme la intervención complementaria que le otorga el art. 101 CCyC a fin de controlar la legalidad de los actos que de manera directa o indirecta inciden sobre los niños, niñas y adolescentes.

En este orden de ideas, no solo no se han regulado las convenciones matrimoniales cuando los contrayentes son NNyA, sino que tampoco se han establecido expresamente nulidades del acto jurídico en caso de haber sido celebrado el acto (más allá de que quede alcanzado por las normas generales). También hubiera sido acertado establecer como protección la nulidad de las convenciones en determinadas circunstancias, ya que como hemos visto la doctrina no es pacífica en cuanto a la capacidad, dando lugar a que, llegado el caso de haberlas celebrado, con posterioridad se pueda cuestionar la validez de las mismas.

Estas soluciones sí las brinda el ordenamiento jurídico para el ejercicio de derechos extrapatrimoniales como en el caso del matrimonio. No solo establece el impedimento matrimonial para el caso de tener menos de 18 años en el art. 403, sino que también contempla la autorización de sus representantes legales y/o la dispensa judicial para el caso de que el menor quiera casarse a pesar de no tener la edad que exige la norma conforme el art. 404. Incluso va más allá y en el caso de que los NNyA hubieran contraído nupcias en contraposición con lo normado, el art. 425 establece la nulidad relativa del acto como sanción.

En materia patrimonial, el legislador ha establecido una mayor protección, en contraposición a la autonomía ganada en otros aspectos.

El niño como sujeto activo y autónomo tiene derecho a una protección especial, pero su interés superior entendido como la máxima satisfacción y simultánea de sus derechos debe prevalecer sobre cualquier circunstancia.

Una norma que establezca un mecanismo para que el menor pueda ejercer un derecho no implica desprotegerlo sino respetar su autonomía y considerarlo un sujeto titular de derechos con capacidad de ejercerlos por sí mismos de acuerdo a su edad y grado de madurez.

Como se dijo al principio encontramos diversas normas que se orientan tanto a una mayor autonomía como a la protección de los menores pero, si afirmamos que la sanción del CCyCN marca un hito histórico, que deja atrás el paradigma tutelar y que viene a constatar esa tendencia a una mayor autonomía de la voluntad, las normas motivadas para la protección de determinados sujetos de derecho, no deberían traer aparejada necesariamente una restricción en el ejercicio de los derechos sino por el contrario, debería establecer un mecanismo para superar esa incapacidad de ejercicio. De lo contrario, corremos el riesgo de que con la mera invocación de una supuesta protección retrocedamos a normas paternalistas que creemos superadas y en lugar de dotar de contenido jurídico al interés superior del niño acabemos por vaciarlo.

Como lo ha sostenido la jurisprudencia, las incapacidades de hecho se instituyen en el interés mismo de la persona, pero dicha finalidad no se cumple si no se gradúa la protección, en función de las particularidades propias del caso. En definitiva, es tan pernicioso para el sujeto tutelarlo más allá de lo necesario -dado que con tal criterio se le cercenaría incluso la posibilidad de realizar actos que lo benefician-, como protegerlo insuficientemente.

~

Derecho alimentario. Obligación de alimentos a hijo/a mayor con discapacidad. Cuestiones no previstas en el CCCN.

Por Noelia Malvina Cofrè¹

Sumario: I. Introducción. II. El derecho alimentario en nuestro derecho – Código Civil y Comercial de la Nación. III. Obligación de alimentos a hijo/a mayor con discapacidad – Situación no prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación. Propuesta a favor del hijo/a mayor con discapacidad. IV. Personas especialmente protegidas por la Constitución Nacional – La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. V. Discapacidad y familia, pandemia, COVID-19, ASPO, DISPO - Impacto en las relaciones de familias de personas con discapacidad. VI. Jurisprudencia argentina. VII. La situación en el derecho comparado: América del Sur y Europa. VIII. Pronunciamientos internacionales. IX. Breves palabras de cierre. X. Bibliografía – Jurisprudencia – Doctrina.

I. Introducción.

A partir de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, ocurrida el 01 de Agosto del año 2015 mediante Ley Nº 26.994, se introducen algunas modificaciones en materia de derecho de familia, en particular a los derechos y deberes de asistencia y contribución de los cónyuges (matrimonio), convivientes (uniones convivenciales), parentesco y progenitores.

Como excede el presente trabajo desarrollarlos a todos en su verdadera dimensión, me dedicaré a abordar específicamente las regulaciones que introdujo la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación en materia de alimentos derivados de la responsabilidad parental, como entra en juego la responsabilidad solidaria y la pluriresponsabilidad, y que sucede en los casos de hijos e hijas mayores con discapacidad.

Haremos un recorrido por el marco normativo vigente en materia de familia, discapacidad y alimentos a la luz de la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, por la Constitución Nacional donde las personas con discapacidad son especialmente protegidas y por los instrumentos internacionales que gozan de jerarquía constitucional.

Evaluaremos que sucede en materia de familia, discapacidad y alimentos en el derecho comparado en América del Sur y en Europa, aunque sin pasar por alto la Pandemia, Covid-19 y

¹ Abogada y Docente de Grado y Posgrado en Discapacidad y Derechos (UBA), Docente Fundación Cijuso “Amparos en Salud y Discapacidad” y “Salud Mental y Derechos Humanos”, Especialista en Discapacidad y Derechos (UBA), Maestrando en Derecho de Familia (UP), Integrante de Proyecto de Investigación UbaCyt “Los Derechos sucesorios de las personas con discapacidad” (UBA).

su impacto en las relaciones de familias de personas con discapacidad en particular en nuestro Estado, Argentina, observando que dice la jurisprudencia al respecto.

Palabras clave: Familia, Discapacidad, Alimentos, Responsabilidad Parental, Hijo e Hija Mayor con Discapacidad, Grupos Vulnerables, Pluriresponsabilidad, Pandemia.

II. El derecho alimentario en nuestro derecho – Código Civil y Comercial de la Nación.

Con la reforma del Código Civil y Comercial de la Nación, el derecho alimentario familiar aparece de diversas formas. El deber y obligación alimentario derivado de los distintos institutos jurídicos, entre los que podemos distinguir, alimentos derivados del matrimonio, alimentos derivados del divorcio, alimentos entre convivientes, alimentos entre parientes y alimentos derivados de la responsabilidad parental. El Derecho alimentario es un deber y obligación, siendo ésta última de ejecución permanente o de duración, ya que se prolonga en el tiempo. Las prestaciones alimentarias se van devengando día a día aunque en la práctica del litigio se tome como base el devengado mensual para darle una mayor certeza jurídica (Pitrau, 2015). La distinción entre aquellas categorías mencionadas, en primer lugar es conceptual y en segundo lugar tiene implicancias en la práctica jurídica con diversos escenarios posibles y conflictos latentes.

En los alimentos derivados del parentesco el nuevo Código Civil y Comercial no ha cambiado las reglas generales en cuanto a los parientes obligados (art. 537 ascendientes y descendientes, hermanos bilaterales y unilaterales), y a la configuración de la asistencia o contribución que aunque no la menciona expresamente se entiende como principio rector en la materia añadiendo el principio de solidaridad familiar que aunque tampoco este explícito se desprende de la interpretación de que aquellos parientes obligados que se encuentren en mejores condiciones deberán proporcionar alimentos. Se han incorporado algunas normas para asegurar la obligación alimentaria así como sancionar su incumplimiento que son aplicables a partir de la entrada en vigencia del nuevo Código. Esto generó algunos conflictos latentes en torno a la aplicabilidad o no de la norma en la temporalidad entre el Código anterior y el actual.

Tampoco en el caso de alimentos derivados del matrimonio se han producido cambios ya que la obligación alimentaria básica entre los conyugues conserva la misma estructura, manteniéndose entre ellos el deber de asistencia (art 431 a 434) y el deber de contribución (art. 455 y art 461). Merece un breve análisis el art 455 y 461, en primer lugar el artículo 455 menciona en la sección 3ª “Disposiciones comunes a todos los regímenes” el deber de

contribución de los cónyuges a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos, extendiéndose esta obligación a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que convive con ellos. Resulta en primer lugar llamativo esta norma no esté mencionada explícitamente en los “Derechos y deberes de los progenitores” y si lo esté en “Disposiciones comunes a todos los regímenes” y en segundo lugar deja imprevistas dos cuestiones que involucran a los denominados grupos vulnerables, el caso del hijo con incapacidad previsto en el art. 32 parte in fine y el caso de hijo mayor con discapacidad que carece de laboro y/o autonomía suficiente para procurarse por sí mismo alimentos. Estas dos situaciones son imprevistas en esta reforma, y que se dan asiduamente en tribunales y en las familias de personas con discapacidad, motivo por el cual entiendo deberían ser contempladas en un proyecto de reforma futura. En otro orden, podemos mencionar que la norma reconoce explícitamente ahora lo que ya venía receptándose en la doctrina y la jurisprudencia, es decir, la obligación alimentaria de los separados de hecho.

Una novedad que trajo este Código Civil y Comercial de la Nación concierne a los profundos cambios en materia de alimentos derivados del divorcio, ya que prácticamente modificó sustancialmente el régimen jurídico. Se ha suprimido el divorcio causado, en consecuencia ya no existe culpabilidad en esta materia, se incorporó el divorcio por presentación unilateral/unipersonal y continua el divorcio por presentación conjunta. En la jurisprudencia y doctrina se ha generado en este caso debates donde se suscitaban conflictos latentes por la aplicabilidad del Código anterior o el actual. Podría pensarse que los alimentos fijados a favor del cónyuge inocente de la separación o divorcio constituyen un derecho adquirido y que, en virtud de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, forman parte del derecho constitucional de propiedad; por ende, no podrían ser afectados por la entrada en vigencia del nuevo Código, ya que los derechos amparados por garantías constitucionales constituyen una excepción a la aplicación inmediata de la ley (Medina, 2015). Por su parte, en la jurisprudencia siguiendo esta línea de pensamiento e incorporando además otras nociones como principio de solidaridad familiar, principio pro homine y el principio de favor debilis encontramos un fallo de la Dra. María Victoria Famà, Jueza del Juzgado de Familia N° 92, Tigre².

² (24) Fallo Juzg. De Familia N° 92, Tigre, "M. L., N. E. v. D. B. E. A. s/ alimentos", 14/9/2015. (eDial.com - AA923E). Este fallo afirma que "la regla genérica que impone el efecto inmediato de la ley, al igual que la excepción de retroactividad, encuentran un límite en el propio art. 7º del CCiv.yCom., cual es la no afección de derechos amparados por garantías constitucionales"... "Cuando —como en el caso de autos— la sentencia reconoce a favor del cónyuge (inocente o no) un derecho alimentario, este derecho por su

Los alimentos entre convivientes constituyen otra de las novedades del nuevo Código. En el caso de la unión convivencial al ser una novedad incorporada en éste Código en principio no deberían existir conflictos en cuanto a la aplicabilidad temporal de una norma u otra. El art 519 remarca el deber de asistencia entre los convivientes durante la convivencia y respecto a la contribución a los gastos del hogar y responsabilidad por las deudas frente a terceros remite a los art. 455 y 461 respectivamente. Brevemente, el art 461 va a sentar la responsabilidad por las deudas frente a terceros cuando estas fueren contraídas para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos de conformidad con lo dispuesto en el art 455, extinguiéndose tal responsabilidad fuera de éstos casos. Vemos aquí también la importancia de ampliar en un proyecto de reforma lo dispuesto en el art 455 ya que impacta en las responsabilidades en el art 461, todo lo que esté fuera de aquellos casos ninguno de los cónyuges o convivientes responde.

En el caso de los alimentos derivados de la responsabilidad parental nos encontraremos con “Derechos y deberes de los progenitores”, divididos en éste código en dos partes, en el capítulo 3 se encuentran reflejadas las reglas generales (art 646) y en el capítulo 5 la obligación de alimentos de los progenitores (art 658). Los alimentos derivados de la responsabilidad parental tienen en este Código una regla general, que se traduce de conformidad a lo establecido en el artículo 658 en que ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. Si bien la responsabilidad parental cesa a los dieciocho años, la obligación alimentaria se extiende hasta los veinte uno (Seda, 2018). El cuidado personal de los hijos puede ser asumido por un progenitor o por ambos y en este último caso ser alternado o compartido. En cualquiera de ellos la obligación y el deber de brindarles alimentos a los hijos siempre está a cargo de ambos progenitores, aunque también se extiende a los ascendientes, por aplicación del principio de responsabilidad solidaria dispuesto en el artículo 668, en donde los ascendientes son obligados a brindar alimentos a sus nietos, pudiendo ser demandados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso, debiendo acreditarse verosíblemente las dificultades del actor para percibir alimentos del progenitor obligado. La obligación alimentaria de los progenitores puede traducirse en éste Código en varios escenarios posibles, entre ellos, reconocimiento económico

especial naturaleza, forma parte del plexo de derechos fundamentales garantizados por la Constitución Nacional y los instrumentos internacionales de derechos humanos suscriptos por la Argentina... el Código Civil y Comercial no puede aplicarse en el sentido de hacer cesar ipso iure el derecho alimentario del cónyuge inocente reconocido por sentencia firme...”.

de las tareas de cuidado personal de los hijos/as (artículo 660); alimentos de los hijos/as mayores de edad (artículo 662); alimentos del hijo/a mayor que se capacita (artículo 663); alimentos del hijo/a no reconocido (artículo 664); alimentos por el hijo/a por nacer (artículo 665); y en el art 455 y 461. Sin pretender ser reiterativa pero procurando ser justa, el art 455 se menciona en la sección 3ª “Disposiciones comunes a todos los regímenes”. En el mismo esgrime que es deber de contribución de los cónyuges el brindarse alimentos para su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos, extendiéndose esta obligación a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que convive con ellos. Resulta llamativo esta norma no esté mencionada explícitamente en los “Derechos y deberes de los progenitores” y si lo esté en “Disposiciones comunes a todos los regímenes” y que deje imprevistas dos cuestiones que involucran a los denominados grupos vulnerables, el caso del hijo o hija con incapacidad mediante sentencia judicial³ y el caso de hijo o hija mayor con discapacidad que no pueden subsistir por sí mismos, ya sea porque carece de laboro y/o autonomía suficiente para procurarse por sí mismo alimentos. Estas dos situaciones son imprevistas en esta reforma, que se dan asiduamente en tribunales y en las familias de personas con discapacidad, que actualmente dejan profundos interrogantes y configuran desafíos pendientes en la materia.

III. Obligación de alimentos a hijo/a mayor con discapacidad – Situación no prevista en el Código Civil y Comercial de la Nación. Propuesta a favor del hijo/a mayor con discapacidad.

La obligación de alimentos de los progenitores se encuentra regulada en el Título VII Capítulo 5 del Código. Está íntimamente vinculada a la responsabilidad parental regulada en el Capítulo 1, entendida ésta como el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, en miras a su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado. En la reforma éste Código se contempla una ampliación de la obligación de alimentos, mas concretamente en el art 455 aunque en otra sección, explícitamente en la sección 3ª “Disposiciones comunes a

³ Artículo 32 parte in fine, Código Civil y Comercial de la Nación “El juez puede restringir la capacidad para determinados actos de una persona mayor de trece años que padece una adicción o una alteración mental permanente o prolongada, de suficiente gravedad, siempre que estime que del ejercicio de su plena capacidad puede resultar un daño a su persona o a sus bienes. (...) Por excepción, cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada de interaccionar con su entorno y expresar su voluntad por cualquier modo, medio o formato adecuado y el sistema de apoyos resulte ineficaz, el juez puede declarar la incapacidad y designar un curador”.

todos los regímenes” abordando el deber de contribución de los cónyuges a su propio sostenimiento, el del hogar y el de los hijos comunes, en proporción a sus recursos, extendiéndose esta obligación a las necesidades de los hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad de uno de los cónyuges que convive con ellos. Resulta en primer lugar llamativo esta norma no esté mencionada en los “Derechos y deberes de los progenitores” y si lo esté en “Disposiciones comunes a todos los regímenes” y en segundo lugar deja imprevistas dos cuestiones que involucran a las personas con discapacidad mas concretamente, el caso del hijo o hija con incapacidad mediante sentencia judicial⁴ y el caso de hijo o hija mayor con discapacidad que no pueden subsistir por sí mismos, ya sea porque carece de laboro y/o autonomía suficiente para procurarse por sí mismo alimentos.

La cantidad de personas con discapacidad en el mundo va en aumento, conforme el último Reporte Mundial sobre Discapacidad de la Organización Mundial de la Salud (OMS) que data del año 2010, aproximadamente un 15% de la población mundial son personas con discapacidad. No tengo intención en este trabajo de desarrollar las diferentes discapacidades sino que específicamente me concentrare en abordar dos cuestiones que involucran a los denominados grupos vulnerables, las personas con discapacidad, y dos supuestos que no fueron contemplados en la reforma, el caso del hijo o hija con incapacidad mediante sentencia judicial y el caso de hijo o hija mayor con discapacidad que no pueden subsistir por sí mismos, ya sea porque carece de laboro y/o autonomía suficiente para procurarse por sí mismo alimentos.

Nuestro Código Civil y Comercial de la Nación, después de 144 años fue reformado, entrando en vigencia en el mes de agosto del año 2015, como consecuencia, según sus propios autores, de un consenso amplio en la comunidad académica de Argentina sobre la necesidad de una reforma de este tipo. Principios jurídicos, dialogo y pluralidad de fuentes, estabilidad en leyes especiales, Constitucionalización del derecho privado, la perspectiva protectoria de los vulnerables, la tutela de la persona humana, la autonomía personal, la igualdad y la no discriminación es la estructura de este nuevo código unificado (Lorenzetti, 2018).

El Dr. Rivera (2020) en cambio, hace un interrogante que merece la pena reproducir y desarrollar ¿La “Constitucionalización” implica una banalización de la Constitución o es la mera expresión de la obvia supremacía constitucional?⁵ Adhieren algunos constitucionalistas que

⁴ Ref. artículo 32 parte in fine Código Civil y Comercial de la Nación

⁵ RIVERA Julio C. (2020) Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia. Cita Online: AR/DOC/3681/2020

han criticado esta idea de la “Constitucionalización del derecho privado”, señalando que no pasaría de ser un reconocimiento de la supremacía de la Constitución, cuyo efecto en definitiva sería la exigencia de seguir una interpretación del derecho privado conforme a la Constitución Nacional y que abriría puertas a la jurisdicción federal en materia de derecho común⁶. Añade que el mismo desafortunado artículo 1 hace verosímil la crítica, pues en definitiva ese artículo no hace más que señalar lo que es obvio, esto es, que los casos deben ser resueltos conforme a las leyes y que las fuentes del derecho son la Constitución, los tratados y las mismas leyes.

Siguiendo con esta línea de pensamiento, podemos poner en relieve que la Constitución Nacional, los tratados internacionales y las leyes consideran a las personas con discapacidad se ocupan de los denominados grupos vulnerables que se encuentran especialmente protegidos y que analizaremos a continuación.

IV. Personas especialmente protegidas por la Constitución Nacional – La Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad.

Con la reforma constitucional del año 1994 se incorporan algunos artículos en nuestra carta magna con destino a lo que nuestro constituyente denomina grupos vulnerables, entre los que se encuentran, las personas con discapacidad. Entre las atribuciones que tiene el Congreso dice el artículo 75 inc. 23:

“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”.

Se trata de las medidas de acción positiva, es decir, de la facultad de legislar y promover normas que garanticen la igualdad real de oportunidades y el pleno goce de los derechos reconocidos constitucional y convencionalmente para grupos que sufren una realidad hostil y que merecen ser protegidos especialmente por nuestro Estado. Esta protección especial configura la posibilidad de acceder a leyes específicas en materia de discapacidad, que promuevan la autonomía e inclusión en diversos aspectos de la vida social, la igualdad de oportunidades y no discriminación.

Esta reforma constitucional también incorpora el artículo 75 inc. 22 en donde otorga

⁶ GARAY Alberto (2015). El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados. Cita Online: AR/DOC/2485/2015

jerarquía constitucional a una serie de tratados, declaraciones, convenciones internacionales vigentes a favor de las personas con discapacidad.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue ratificada por Argentina en el año 2008 mediante Ley Nº 26.378 y nuestro Estado en el año 2014 mediante Ley Nº 27.044 le otorgó raigambre constitucional. La Convención reconoce la difícil situación en la que se hallan las personas con discapacidad y a partir de esa premisa, su propósito es:

“...promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”. (Artículo 1º, primer párrafo).

Algunos autores hablan de cambio de paradigma, y parecería ser la palabra de moda utilizada, aunque personalmente me inclino a pensar en que no hay cambio de paradigma, sino que la Convención trae una actualización en la denominación, es decir, una adecuación de los términos siendo el correcto persona con discapacidad evitando eufemismos que han sufrido a lo largo de los años el colectivo de personas con discapacidad y recoge la idea de una perspectiva social, quedando reflejada en el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad:

“Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

El Profesor y Dr. Seda, Juan A. (2017)⁷ expresa, “Los términos varían con el paso del tiempo, se modifican con los avances de la ciencia, las leyes o la costumbre. Hoy nadie utilizaría términos que en alguna época se usaron y que hoy resultan ofensivos. Por eso debemos tener conciencia de la temporalidad y relatividad del lenguaje, pero enfocando mas el análisis en las soluciones concretas que en elegir las palabras de moda.”

Veremos a continuación la situación de pandemia declarada en el mes de Marzo del año 2020 que atraviesa mundialmente a la sociedad y como impacta en las personas con discapacidad y sus relaciones de familias.

V. Discapacidad y familia, pandemia, COVID-19, ASPO, DISPO - Impacto en las relaciones de familias de personas con discapacidad.

La Organización Mundial de la Salud (OMS) a principios del año 2020 declaró pandemia en atención a la situación epidemiológica con relación al CORONAVIRUS-COVID-19. Nuestro Estado, Argentina, a través del Decreto 297/2020 en su artículo 1º estableció, que a fin de proteger la salud pública, lo que constituye una obligación inalienable del Estado nacional, se establece para todas las personas que habitan en el país o se encuentren en él en forma temporaria, la medida de “Aislamiento social, preventivo y obligatorio”. La medida regirá desde el 20 hasta el 31 de marzo inclusive del 2020, pudiéndose prorrogar este plazo por el tiempo que se considere necesario en atención a la situación epidemiológica con relación al CORONAVIRUS- COVID 19. Este Decreto, razonable y proporcionalmente, en su artículo 6 estableció que quedan exceptuadas del cumplimiento del “Aislamiento social, preventivo y obligatorio” y de la prohibición de circular, las personas afectadas a las actividades y servicios declarados esenciales en la emergencia, detallando que actividades y servicios se encontraban exceptuados, y sus desplazamientos deberán limitarse al estricto cumplimiento de esas actividades y servicios. Concretamente en el inc. 5. Prevé el caso de aquellas personas que deban asistir a otras con discapacidad; familiares que necesiten asistencia; a personas mayores; a niños, a niñas y a adolescentes que estarían exceptuados al aspo. Sin embargo, dejaba imprevista la situación de los paseos diarios que algunas personas con discapacidad necesitan en su cotidianidad todo lo cual trajo aparejado conflictos latentes en las relaciones de familia de personas con discapacidad y pronunciamientos en la justicia⁸. La decisión

⁷ SEDA Juan A. (2017) La capacidad jurídica de personas con discapacidad mental o intelectual. Cita Online: AR/DOC/4250/2017

⁸ 1) Juzgado Nº 10, Capital Federal – Marzo 2020 “Asesoría Tutelar CAYT Nº 2 c/ GCBA s/ medida cautelar”
2) Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala I • C. Á., S. L. M. s/ Art. 250 C.P.C - Incidente familia •

administrativa 490/2020 que no demoró en llegar vino a ampliar lo que no estaba previsto en el DPE más concretamente en su artículo amplía el listado de actividades y servicios exceptuados en los términos previstos en el artículo 6° del Decreto N° 297/20, conforme se establece a continuación, 1. Circulación de las personas con discapacidad y aquellas comprendidas en el colectivo de trastorno del espectro autista, para realizar breves salidas en la cercanía de su residencia, junto con un familiar o conviviente. En tales casos, las personas asistidas y su acompañante deberán portar sus respectivos Documentos Nacionales de Identidad y el Certificado Único de Discapacidad o la prescripción médica donde se indique el diagnóstico y la necesidad de salidas, la cual podrá ser confeccionada en forma digital. 2. Prestaciones profesionales a domicilio destinadas a personas con discapacidad y aquellas comprendidas en el colectivo de trastorno del espectro autista. Los profesionales deberán portar copia del Documento Nacional de Identidad de la persona bajo tratamiento y del Certificado Único de Discapacidad, o la prescripción médica correspondiente con los requisitos previstos en el inciso anterior.

Resulta llamativa la diferenciación entre personas con discapacidad y aquellas comprendidas en el colectivo de trastornos del espectro autista que alude la Decisión Administrativa, aunque se observa que luego han enmendado en el reciente Decreto 875/2020 que dispone en su artículo 2º el “Distanciamiento social, preventivo y obligatorio” exceptuando del mismo en su artículo 11 inc. 5 Personas que deban asistir a otras con discapacidad, a familiares que necesiten asistencia, a personas mayores, a niños, a niñas o a adolescentes y en su inc. 27 Circulación de personas con discapacidad y profesionales que las atienden.

VI. Jurisprudencia argentina.

La jurisprudencia es una fuente del derecho y como expresa la Profesora y Dra. Medina (2020)⁹ teniendo en cuenta que la vida de los individuos y su protección constituyen un bien fundamental en sí mismo, a su vez resultan imprescindibles para la dignidad de las personas con discapacidad. De allí la revalorización del compromiso familiar para la protección de los más vulnerables y de la labor del Poder Judicial para su efectivización.

Citaré a continuación sentencias de diferentes jueces de Argentina en donde contemplan jurisprudencialmente lo que aún no estaría previsto expresamente en nuestra

13/07/2020 • AR/JUR/23694/2020 3) Juzgado de Familia N° 11, General Roca • R., G. P. s/ Proceso de capacidad • 27/03/2020 • AR/JUR/12253/2020.

⁹ MEDINA Graciela (2020) Familia y coronavirus. 10 claves para comprender su relación jurídica. Cita Online: AR/DOC/1011/2020

reforma del Código, el caso de alimentos al hijo o hija con incapacidad mediante sentencia judicial y el caso de hijo o hija mayor con discapacidad que no pueden subsistir por sí mismos, ya sea porque carece de laboro y/o autonomía suficiente para procurarse por sí mismo alimentos.

- **Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala J • “C, L G c. B, E R y otros s/ alimentos” • 14/05/2020**

Tomando en consideración las constancias de la causa, la edad del alimentado, poniendo además, especial énfasis en las difíciles circunstancias de contexto social y económico por las que se encuentra atravesando nuestro país —pandemia por coronavirus COVID-19—, como así también que el monto cuestionado se fijó hace casi un año y que solo ha sido apelado por el accionado, corresponde confirmar la sentencia que fijó la cuota alimentaria que el progenitor deberá abonar a favor de su hijo mayor de edad.

- **Juzgado Nacional Civil Nº 92 • Tigre, Buenos Aires • 12/04/2019 • "R.D.Z c/ G.J.B S/ ALIMENTOS y COMPENSACION ECONOMICA"**

En el presente caso, la Jueza Dra. Famà, dicta sentencia dando lugar a compensación económica de R.D.Z por un lado y obligación alimentaria a cargo del otro progenitor respecto de su hija mayor con discapacidad, concretamente esquizofrenia, que reside con su madre y con proceso en curso de restricción a la capacidad de ejercicio. R.M.Z a causa de la discapacidad mental de su hija mayor tuvo que asumir en forma exclusiva y personal su cuidado, ocupándose de la misma durante todo el día, tarea que le impide trabajar a fin de procurarse los medios necesarios para su subsistencia. Se produce la prueba y la Jueza determina compensación económica y obligación de alimentos, atribución de vivienda a hija mayor con discapacidad.

- **Juzgado de Familia Nº 11 • General Roca • 02/05/2016 • "B., A. C. C/ B. H., J. A. S/ ALIMENTOS"**

Se inician estas actuaciones mediante la demanda presentada a fs. 9/11, por parte de A. C. B., con el patrocinio letrado de la Dra. Mónica Ruiz, Defensora a cargo de la Defensoría Civil nº 9, contra su padre J. A. B. H., con domicilio en la localidad de Cervantes. En su presentación requiere la fijación de una cuota alimentaria de la suma de \$ 1.000. En su escrito informa que es hijo del demandado y de la Sra. M.A.M., fallecida en el año 1994, siendo único hijo, que su padre nunca se responsabilizó de su cuidado, lo que lo obligó a vivir en un hogar y

con una familia en Buenos Aires. Al momento de iniciar la acción contaba con 39 años de edad, encontrándose desempleado y viviendo en un inmueble prestado que está en mal estado de habitabilidad, cercano al domicilio de su progenitor, quien ocupa una propiedad del abuelo del actor. Que el Sr. B. H. percibe una jubilación y alquileres de unas dependencias del domicilio que ocupa, con inquilinos e ingresos constantes. En cambio, el presentante recibe el alimento de parte del comedor comunitario y ayuda de los vecinos. Que por razones de salud estuvo internado en varias oportunidades en el Hospital Público recibiendo asistencia y medicación. Requiere la fijación de alimentos provisorios en la suma de \$ 800, ofrece prueba, funda en derecho y peticiona. A fs. 13 se cita a audiencia corre traslado de la demanda y se proveen las pruebas ofrecidas por la actora. Se agrega por cuerda el Expte. "B.A.C. s/ Internación" N° 1747-05. A fs. 15/18 se agrega informe de ANSES, donde consta que el demandado percibe un beneficio previsional y el Sr. A. C. B. no registra movimientos laborales. A fs. 24 se celebra audiencia del art. 639 a la que comparece la parte demandada con el patrocinio letrado del Dr. Santiago Hernández, no se arriba a ningún acuerdo, se le concede al Sr. B.H. un plazo extraordinario de cinco días para que se manifieste sobre el demandado y ofrezca pruebas. A fs. 30 se agrega informe de la Municipalidad de Cervantes, donde consta que el Sr. A. B. recibe una o dos veces al mes leche, azúcar y cacao, que los días lunes, miércoles y viernes almuerza en el comedor comunitario. Que se le tramitó el certificado único de discapacidad para que pueda viajar y comenzarían con los trámites para obtener el salario cuádruple, a lo que presta conformidad el padre. Habiéndose cumplido con la producción de todas las pruebas ofrecidas únicamente por la actora y encontrándose en condiciones de resolver, pasan los autos a sentencia, según providencia de fs. 43 CONSIDERANDO: El Sr. A. C. B., inicia las presentes actuaciones, requiriendo la cuantificación de una cuota alimentaria en su beneficio, quien al momento del dictado de esta sentencia cuenta con 41 años de edad, que padece -según informe del Cuerpo Médico Forense a fs. 56/57, del expediente agregado por cuerda- signos compatibles con episodios psicóticos, que su personalidad de base se corresponde con trastorno de la personalidad límite, cuadro que se caracteriza por afectos intensos, conducta compulsiva, dificultades para la adaptabilidad social, autodevaluación, manipulación y demandas irrazonables. Los profesionales intervinientes aconsejan tratamiento psicológico, y psiquiátrico individual y familiar. Asimismo hace mención al estado habitacional que se encontraba en total abandono, falta de cuidado e higiene. Cabe hacer mención al informe elaborado por la Secretaría de Desarrollo Social de la Municipalidad de Cervantes, donde se observa la forma desinteresada y distante que se refiere el Sr. B. H. respecto a su hijo, manifestando que no quería vivir junto a A., pese a que éste se encontraba viviendo en una casa prestada detrás de la Secretaría de Desarrollo Social por no tener un lugar donde estar,

sumado al abandono que sufría A. desde su niñez por parte de su progenitor, situación que preocupó a los vecinos. En el mismo informe el profesional interviniente aconseja que el padre realice un aporte económico para asegurarle a su hijo un lugar digno para vivir y un ingreso económico para que pueda sustentarse al menos hasta que se evalúe que pueda hacerlo por sí mismo. Por la situación de abandono que sufrió desde niño no pudo desarrollar las capacidades para autovalerse y autosustentarse en la vida. (conf. fs. 71/73 del expediente mencionado ut supra). Estas circunstancias también se ven reflejadas en el informe confeccionado por la UEL de Cervantes, fs.74/76, donde concluyen que en función de las necesidades básicas insatisfechas de C. A., reciba ayuda económica de parte de su padre, por carecer de los medios para ello hasta tanto pueda concretar una terapia que le permita ingresar al campo laboral. La cuota peticionada por el Sr. C. B. cuadra dentro de la prestación alimentaria de los parientes, en los términos del actual art. 537 CCiv y Com. Para que prospere esta acción deben cumplirse tres requisitos que son esenciales, el primero es la demostración de la necesidad del peticionante, el segundo es la imposibilidad que tiene de sustentarse a sí mismo y el tercero es que el pariente a quien se le reclaman los alimentos esté en condiciones económicas de proporcionárselos. Si bien el contenido de esta prestación es más reducido que el que tienen los hijos hasta los 21 años, lo cierto es que en este caso en concreto, estamos ante un requirente de alimentos mayor de edad que se encuentra imposibilitado de generar sus propios ingresos por padecer una discapacidad mental. Esta discapacidad y su falta de tratamiento y, especialmente, la falta de contención familiar que arrastra desde su infancia (responsabilidad que cae en cabeza del demandado, único familiar del actor) le impiden efectuar algún tipo de trabajo. Por esta razón, al analizar la cuantificación de la cuota, debe hacerse un análisis más amplio de las prestaciones que la integran por cuanto la Convención sobre Discapacidad impone al juzgador una mayor protección de derechos de la persona vulnerable y por esa razón no hay que limitar la cuota a los rubros de primera necesidad. Además, resulta imposible que padre e hijo convivan en un mismo lugar (abonándose de esta manera la cuota en especie), por el nivel de agresión que existe entre ellos. Hay pruebas suficientes en autos que permiten verificar que estamos ante un progenitor que tiene un beneficio previsional e ingresos por alquileres de inmuebles, es decir, que tiene la posibilidad para solventar este requerimiento del hijo. De los antecedentes que constan en el expediente agregado por cuerda y de lo acontecido en el presente proceso se encuentra demostrado que el demandado no asumió debidamente sus obligaciones, manifestando abiertamente que desea que C. esté internado en forma permanente por los inconvenientes que le produce en su vida diaria. Se evidencia falta de interés en la prosecución de la causa y ante reclamo del hijo al no ofrecer la prueba que hace a su derecho ni existe ánimo del alimentante de acercarse a su

hijo ni sentimental ni económicamente, pese al estado de salud que presenta y que resulta imprescindible contar con su contención y apoyo para poder llevar adelante un tratamiento, pues aunque voluntariamente se presenta en el hospital para iniciarlo, luego lo abandona (informe del hospital a fs. 88 del Expte. 1747-05). Por lo tanto, las únicas pruebas agregadas en autos han sido las ofrecidas por la accionante por cuanto el alimentante se ha inhibido de intervenir en autos y expresar sus diferencias con el relato efectuado en la demanda y con las pruebas por él aportadas. Al respecto vale recordar lo dicho por la doctrina y jurisprudencia a la que adhiero en este punto: “La conducta procesal del demandado, evasiva u omisiva, repercute negativamente al momento de formar la convicción del juez. En este sentido se ha tenido en cuenta que por las circunstancias de la causa, su negativa a contestar implica que la demandada no aportó al proceso el esclarecimiento de su situación patrimonial, cuestión necesaria para valorar su capacidad económica para afrontar la obligación alimentaria reclamada en la causa; que en razón de la teoría de las cargas probatorias dinámicas se entiende que es natural que la tramitación de la causa exija de las partes un mínimo de actividad que compruebe su real interés en demostrar su derecho (deber de colaboración) por aquel criterio que informa que la lealtad, probidad y buena fe deben presidir la actuación de los contendores en el pleito, y que les previene, asimismo, el deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y colaborar con el órgano jurisdiccional.” (Gutiérrez Goyochea, Verónica, Jiménez Herrero, M. Mercedes, “Monto de la cuota alimentaria”, en Alimentos, t. II, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 22). Por lo mencionado precedentemente, estimo que la cuota alimentaria a favor de C. A. B. debe fijarse en la suma de \$ 1.000. Por su parte, como también es importante que este valor se mantenga actualizado por el decurso inflacionario que está atravesando desde hace varios años la economía nacional por ello, se resuelve que sea actualizado con los incrementos del valor del JUS (conf. jurisprudencia de la Cámara de Apelaciones local, en autos "S. c/ S. s/ Alimentos"), desde la fecha de inicio de la mediación por cuanto esta suma reclamada en la demanda fue pensada con el valor real de consumo que tenía en ese momento y ese valor nominal no permite cubrir las mismas necesidades en la actualidad. Debe remarcarse que la cuota no debe cubrir únicamente las necesidades básicas, en consideración que el requirente necesita llevar a cabo un tratamiento psiquiátrico con la correspondiente compra de medicación que le recete el profesional que lo atiende, pues sin que esto se cumpla resultaría imposible que C. pueda insertarse en la sociedad y lograr su desarrollo personal, que hasta la fecha estuvo impedido. Conforme todo lo expuesto y en orden a lo que establecen los arts. 537, ss y cctes del Cód. Civil, y lo normado en la CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD, de jerarquía constitucional, la Jueza, Dra. Revsin, sentencia 1) Haciendo lugar a la demanda incoada por el

Sr. A. C. B., imponiendo el pago de una cuota alimentaria en forma mensual y consecutiva de \$ 1.000.- a su padre, Sr. J. A. B. H., suma que se incrementará cada vez que se produzca un aumento del JUS que establece el Superior Tribunal de Justicia de nuestra provincia, incremento que comenzará a computarse desde el momento del inicio de la mediación, conforme la retroactividad de la cuota prevista en el art. 644 Cód. Procesal. Con los aumentos que se han tenido del JUS desde la fecha de la mediación, la cuota al momento del dictado de esta sentencia asciende a la suma de \$ 2.336,13 y a partir del mes de junio del corriente lo será de \$ 2.549,65. Estas sumas se deben desde la fecha de inicio de la mediación prejudicial hasta que el alimentista pueda incorporarse al campo laboral y pueda satisfacer sus necesidades médicas, conforme se mencionó en los considerando. 2) Imponer las costas al alimentante, conforme lo establecido en el art. 25 LA y 68 Cód. Procesal. Las sumas indicadas deberán ser depositadas en una cuenta bancaria del Poder Judicial, la que será informada por el organismo respectivo, no pudiéndose entregar en mano a ningún funcionario o empleado judicial. 4) A los fines del pago de la suma que deberá ser depositada del 1 al 10 de cada mes en una cuenta judicial de autos del BANCO PATAGONIA S.A. a la orden del Tribunal y como perteneciente a estos autos. 5) A los fines del cómputo de la cuota suplementaria practíquese planilla de liquidación para la fijación de la cuota mencionada. 6) Regístrese y notifíquese.

- **Juzgado de Familia Nº 5 • Chaco • 04/09/2013 • "C. M. I c/ A. F. E s/ alimentos"**

En el presente fallo se admitió obligación alimentaria a cargo de uno de los progenitores a favor del hijo mayor con discapacidad, concretamente con "Síndrome de West" que le provocó oligofrenia y discapacidad. C.M.I no percibe ingreso alguno debido a que se dedicó a la atención de su hijo con discapacidad, que aunque sea mayor, por su discapacidad depende de ella en forma personal para la atención de todas sus necesidades, y debe asistirlo en la higiene, alimento, vestimenta, toma de medicación y para caminar, entre otras actividades. Se produjo la prueba y se dictó sentencia fijando un 30% de obligación alimentaria a hijo mayor con discapacidad a cargo de uno de los progenitores. La Jueza Dra. Varela, puso de relieve en la sentencia que la aludida contribución se erige en una colaboración que carece de fuente legal que la viabilice y que halla su razón de ser en el principio de solidaridad familiar. En efecto, se trata de una concesión que efectúa el progenitor respecto de un hijo mayor con discapacidad. Menciona expresamente a la Constitución Nacional y los siguientes tratados internacionales, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 12), la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos Humanos, que les reconocen el disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y a vivir en condiciones que aseguren su

dignidad, la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 25.1), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. 11), la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

- **Juzgado de Familia • Villa Constitución, Santa Fe • 24/04/2012 • "S. N. B c/ B. E. R s/ alimentos y litis expensas"**

En el presente fallo se admitió la legitimación de la madre de una persona mayor de edad con discapacidad para efectuar un reclamo alimentario al padre, no obstante no existir una declaración de incapacidad ni designación de curador. El fallo menciona como marco normativo aplicable la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, y las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en condición de Vulnerabilidad, los que más allá de mencionarlos prioriza el deber de brindar una tutela judicial efectiva a una persona en especial situación de vulnerabilidad por su discapacidad, por sobre cuestiones formales relacionadas con la representación y el correcto ejercicio de la postulación procesal. Por ello, autorizó a la madre a presentarse en el juicio de alimentos para su hija mayor con discapacidad y fijó una prestación de alimentos provisorios del 25% de los haberes del padre demandado, más la asignación por discapacidad, argumentando que tratándose de una hija con discapacidad, la obligación alimentaria no cesa con la mayoría de edad, dado que no puede trabajar y por lo tanto subvenir a sus necesidades por sus propios medios. La prestación alimentaria impuesta al padre responde a un deber de solidaridad familiar que adquiere su más pleno sentido y se ve puesto a prueba con particular intensidad cuando un hijo o hija padece una discapacidad. Por último, y a fin de garantizar la correcta representación procesal, confirió a la actora el plazo de treinta días para iniciar el proceso de restricción a la capacidad de ejercicio y designación de curador de su hija, bajo apercibimiento de declarar la caducidad de la prestación alimentaria fijada y la retención de la asignación por hijo con discapacidad.

VII. La situación en el derecho comparado: América del Sur y Europa.

La obligación alimentaria para los hijos e hijas mayores con discapacidad en países de América del Sur como Chile, Colombia, Perú, Uruguay y en países de Europa como el caso de España muestran un avance en la materia.

En Chile, el artículo 332 del Cód. Civil¹⁰ expresa: "Los alimentos que se deben por ley se

¹⁰ Código Civil de Chile, <https://www.bcn.cl/leychile/codigos>.

entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. Con todo, los alimentos concedidos a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan veintinueve años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia”.

En Colombia, el artículo 422 del Cód. Civil¹¹ expresa: “Los alimentos que se deben por ley, se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. Con todo, el alimentario podrá pedirlos hasta que haya cumplido veintinueve años, salvo que por algún impedimento corporal o mental, se halle inhabilitado para subsistir de su trabajo; pero si posteriormente se inhabilitare, revivirá la obligación de alimentarlo”.

En Perú, el artículo 473 del Cód. Civil¹², 1º párrafo expresa: “El mayor de dieciocho años sólo tiene derecho a alimentos cuando no se encuentre en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas”.

En Uruguay, el artículo 279 del Cód. Civil¹³, si bien no lo consagra expresamente deja abierta la posibilidad al expresar “La acción de reclamar alimentos es recíproca entre padres e hijos naturales y tendrá lugar siempre que unos u otros se hallaren en circunstancias de no poder proveer a sus necesidades. En defecto o imposibilidad de los padres, se extiende la obligación de alimentos en favor del menor o incapaz, a sus ascendientes”.

Por su parte, la Ley Nº 19.480¹⁴ crea en Uruguay el Registro de personas obligadas al pago de pensiones alimenticias decretadas u homologadas judicialmente y expresa en su artículo 1 que su objeto “es asegurar el cumplimiento del servicio de pensiones alimenticias decretadas u homologadas judicialmente en favor de niños, niñas, adolescentes, jóvenes mayores de dieciocho años y menores de veintiuno que no dispongan -en el último caso- de medios de vida propios y suficientes para su congrua y decente sustentación, y personas mayores de edad incapaces, a través de la creación de un registro a cargo del Banco de Previsión Social”.

¹¹ Código Civil de Colombia, http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil

¹² Código Civil de Perú, <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2015/01/Codigo-Civil>

¹³ Código Civil de Uruguay, <https://legislativo.parlamento.gub.uy/htmlstat/pl/codigos/codigocivil>

¹⁴ Ley Nº 19.480, <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/19480-2017>

En España, el artículo 93 del Cód. Civil¹⁵ expresa: *“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”*.

VIII. Pronunciamientos internacionales.

Tribunal Supremo de Justicia, Sala Civil I, España, 07/07/2014, sentencia 430/2015

El Tribunal Supremo de Justicia en España, el 07/07/2014 ha dictado una sentencia 430/2015 en donde fija alimentos a los hijos mayores con discapacidad. En la sentencia señala que las pensiones alimenticias para hijos que tienen una discapacidad no se extinguen automáticamente cuando el hijo cumple la mayoría de edad, sino que debe mantenerse siempre y cuando siga viviendo en el domicilio familiar y carezca de recursos para mantenerse por sí mismo de conformidad a lo establecido en el artículo 93 del Cód. Civil de España¹⁶. De este modo, sienta jurisprudencia y establece que una pensión alimenticia otorgada a favor de un hijo mayor con discapacidad se debe seguir pagando, incluso después de que éste cumpla la mayoría de edad, siempre y cuando siga viviendo en el domicilio familiar y su discapacidad le impida hacer una vida independiente. La sentencia especifica, que no estamos ciertamente ante una situación normalizada de un hijo mayor de edad, o emancipado, sino ante un hijo afectado por deficiencias que requiere cuidados y una dedicación extrema y exclusiva que subsiste mientras subsista la discapacidad y carezca de recursos económicos para su propia manutención. La situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestar en un juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se carezca de recurso.

- Tribunal Supremo de Justicia, Sala Civil I, España, 30/05/2012, sentencia 325/2012

¹⁵ Código Civil España, <https://www.boe.es>

¹⁶ artículo 93 del Cód. Civil, España¹⁶ expresa: *“El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento. Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”*. <https://www.boe.es>

En la sentencia 325/2012 el Tribunal Supremo de Justicia en el año 2012 también sienta jurisprudencia expresando que los hijos incapacitados deben ser equiparados a los menores por ser también su interés el más necesitado de protección. En este fallo la equiparación se hace en el marco del artículo 96 del Cód. Civil¹⁷, España, en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar como medida definitiva del divorcio, uso que corresponde a la madre y esposa mientras conviva con el hijo incapacitado, necesitado de protección.

IX. Breves palabras de cierre.

La obligación alimentaria a favor de los hijos e hijas mayores con discapacidad que no pueden subsistir por sí mismos, como los hijos e hijas con sentencia judicial de incapacidad en proceso judicial de restricción a la capacidad de ejercicio, constituyen dos situaciones pendientes en esta reforma del Código Civil y Comercial de la Nación.

El principio de solidaridad familiar que debe imperar en las relaciones de familia aparece visible en una de las novedades que introdujo el Código aunque en materia sucesoria, cuando incorpora el artículo 2448, curiosamente reguló una mejora a favor del heredero con discapacidad¹⁸ y dejó imprevistos en materia de alimentos, configurándose como desafíos pendientes en un proyecto de reforma legislativa ya que jurisprudencialmente se está reconociendo la obligación alimentaria de los hijos e hijas mayores con discapacidad.

X. Bibliografía – Jurisprudencia - Doctrina.

- CÒRDOBA Lucila I. (2017) **Los alimentos a los hijos mayores de 18 años con previa institucionalización: La insuficiencia asistencial de vulnerables**. Cita Online: AR/DOC/3818/2017.
- GARAY Alberto (2015) **El nuevo derecho común, la Constitución y los tratados**. Cita Online: AR/DOC/2485/2015
- KEMELMAJER de CARLUCCI Aida – MOLINA de JUAN Mariel F. (2020) **Alimentos**. Cita Online: AR/DOC/3089/2014

¹⁷ Artículo 96, Código Civil, España expresa: “En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente”. <https://www.boe.es>

¹⁸ SEDA Juan A. y COFRÈ N. Malvina (2020) Mejora a favor del heredero con discapacidad, en Proceso Sucesorio, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, pgg. 195-203.

- LORENZETTI Ricardo (2015) **Código Civil y Comercial de la Nación** Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- LORENZETTI Ricardo (2018) **Código Civil y Comercial de la Nación comentado** Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires.
- MARTINEZ RODRIGUEZ Nieves (2016) **Reseñas de Jurisprudencia**, Ediciones Universidad de Salamanca, España, vol. 4, 381-384.
- MEDINA Graciela y RIVERA Julio (2015) **Código Civil y Comercial de la Nación comentado**, La Ley, Buenos Aires.
- MEDINA Graciela (2020) **Familia y coronavirus. 10 claves para comprender su relación jurídica**. Cita Online: AR/DOC/1011/2020
- MOLINA de JUAN Mariel F. (2014) **Actualidad en Derecho de Familia. Alimentos**. Cita Online: AR/DOC/4875/2014
- MOLINA de JUAN Mariel F. (2015) **Alimentos a los hijos en el Código Civil y Comercial**. Cita Online: AR/DOC/1303/2015
- PITRAU Osvaldo (2016) **Derecho alimentario y derecho transitorio**, Thomson Reuters, Buenos Aires.
- PITRAU Osvaldo (2014) **Alimentos y nulidad de convenios que los comprometen**, Cita Online: AR/DOC/1091/2014.
- PITRAU Osvaldo (2016) **Derecho alimentario y derecho transitorio**, Cita Online: AR/DOC/4054/2016.
- RIVERA Julio C. (2020) **Balance de la aplicación del Código Civil y Comercial a cinco años de su entrada en vigencia**. Cita Online: AR/DOC/3681/2020.
- SEDA Juan A. (2017) **Discapacidad y Derechos, Impacto de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad**, Jusbaire, Buenos Aires.
- SEDA Juan A. (2017) **La capacidad jurídica de personas con discapacidad mental o intelectual**, Cita Online: AR/DOC/4250/2017
- SEDA Juan A. (2018) **Manual de Derecho de Familia**, Jusbaire, Buenos Aires.

- SEDA Juan A. (2020) **Covid-19, discapacidad y familia**, Cita Online: AR/DOC/1021/2020.
- SEDA Juan A. y COFRÈ N. Malvina (2020) **Mejora a favor del heredero con discapacidad**, en *Proceso Sucesorio*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, pgg. 195-203.
- URBINA Paola A. (2019) **La solidaridad familiar en materia de alimentos a favor de los hijos e hijas mayores con discapacidad**. Cita Online: AR/DOC/3886/2019

~

Los honorarios de los letrados en las diferentes instancias conciliatorias de consumo: incumbencias perdidas y falta del debido acceso a la justicia.

Por Juan Ignacio Cruz Matteri¹

*“Molto onor, poco contante,
Ed invece del fandango,
una marcia per il fango”²
Figaro. Escena 8° Aria 9°. Final Primer Acto.*

Sumario: I. Proemio. II. La instancia conciliatoria de consumo. III. El problema en la práctica. IV. Posibles soluciones.

I. Proemio

Hoy por hoy el abogado litigante en materia de consumo se encuentra en una situación similar al aria que antecede este artículo: *mucho honor, poco dinero*. Al profesional del derecho le gustaría cobrar honorarios, pero ellos siempre le son negados en el ámbito de la conciliación de consumo. Y esta negativa se da por una falsa interpretación que se hace de la Ley 26.993 como así también de las diferentes leyes análogas Provinciales que hacen al procedimiento conciliatorio en materia de consumo. En este breve artículo repasare, y adelanto que es infundado el rechazo, por qué el letrado no es objeto de regulación de honorarios en la instancia conciliatoria de consumo.

II. La instancia conciliatoria de consumo.

El consumidor, en el ámbito Nacional y en el Provincial Bonaerense por un lado, posee dos diferentes instancias conciliatorias de consumo. A nivel nacional encontramos el COPREC y a nivel Provincial nos damos con la OMIC. Ambos sistemas tienen en común que el acceso al mismo será gratuito al consumidor. Para entrar en más detalles analicemos el artículo 9° de la Ley 26.993

¹ Abogado. Especialista en Contratos y Daños por la Universidad de Salamanca, España. Secretario Académico del Colegio de Abogados Zarate Campana. Profesor en Derecho Civil y Derecho de los Contratos en la Universidad de Buenos Aires. Profesor en Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Premio Mejor Joven Profesional de la Pcia de Bs As otorgado por Colproba (2017). Titular del Estudio Jurídico Cruz Matteri y Asociados.

² Mozart, Wolfgang Amadeus. Le nozze di Figaro, con libreto de Lorenzo Da Ponte. 1786.

“ARTICULO 9° — Asistencia letrada no obligatoria. Asistencia al consumidor o usuario. Patrocinio jurídico gratuito. En las conciliaciones las partes podrán contar con asistencia letrada. El consumidor o usuario podrá contar con la asistencia de representantes de una asociación de consumidores y usuarios en los términos del artículo 56 de la ley 24.240 y sus modificatorias, del Ministerio Público de la Defensa o de otros organismos estatales de defensa del consumidor o de servicios de patrocinio jurídico gratuito públicos o privados. La autoridad de aplicación dispondrá de un servicio de patrocinio jurídico gratuito destinado a la asistencia de los consumidores o usuarios que lo soliciten y cumplan los requisitos que se establezcan reglamentariamente.”

De la glosa se entiende que las partes, consumidor o proveedor, pueden gozar de asistencia jurídica en la instancia conciliatoria. Renglón seguido da una suerte de opciones de patrocinios gratuitos a la cual podría valerse el consumidor: asistencia de representantes de asociación de consumidores, los cuales no necesariamente podrían ser letrados, y por el otro lado un servicio de patrocinio jurídico gratuito, regulado y limitado por la autoridad de aplicación para ciertos casos y ciertos consumidores. De la redacción actual se desprende que el consumidor puede hacer uso de la asistencia letrada, pero en ningún momento habla que ese patrocinio será gratuito, o que la vencida no deba abonar las costas.

En símil medida se replica lo mismo en la Provincia de Buenos Aires. La actual Ley de Consumo 13.133, con sus modificatorias, regula el procedimiento de denuncia que podrá realizar el consumidor. La ley 13.133 es una norma procesal que hace operativas las disposiciones de la ley 24.240 para el territorio bonaerense. La norma local habla del acceso gratuito del consumidor a la justicia (art 25) y de asesoría jurídica gratuita (art 33 y 34), como así también regular como es el procedimiento de denuncia.

En ambos plexos normativos nos encontramos que la gratuidad hace referencia al acceso del consumidor a la instancia conciliatoria de consumo: sin pago de tasas, sellados, bonos, o la necesidad del patrocinio obligatorio por un letrado pero en ningún momento afirma que de participar la acción de un abogado de la matrícula su actuar será ajeno a la regulación de honorarios, y esto es lo que sucede en la práctica.

III. El problema en la práctica

¿Qué es lo que ocurre en la práctica consumeril? El consumidor, sea porque el tema es de una gran complejidad, sea porque quiere depositar el asunto en las manos más competentes para el caso, un letrado, o sea la razón personal que sea, el consumidor se vale de

un abogado para participar en la conciliación. Allí se encuentra con el conciliador de consumo y con el proveedor o su apoderado para que entre los tres traten de dirimir el conflicto. De salir airoso el letrado en la defensa de los intereses del consumidor, este último mismo verá resuelto su conflicto pero el profesional del derecho, al pedir que la vencida abone los honorarios, se encontrara con la negatoria de la empresa, tanto al pago como a que conste en acta el reclamo y el no pago de los mismos.

Esta negatoria se funda en estos dos razonamientos: a) el conciliador es el que debe velar por los derechos del consumidor ya que son especialistas en derecho del consumidor³. b) en la norma nada dice que deba abonar los honorarios del letrado. La finalidad del conciliador de consumo es acercar a las partes y sugerir soluciones que se ajusten al pedido del consumidor; el conciliador es una persona especializada en el tema que está inscripto en el Registro de Conciliadores en las Relaciones de Consumo que depende del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. No es juez ni árbitro. Su función es escuchar a los que están en conflicto y ayudarlos a encontrar una solución.⁴ Le es ajeno al conciliador el aconsejar u ofrecer estrategias jurídicas al consumidor para la resolución del conflicto, lo cual termina siendo una de las decisiones más importantes ya que en algunos casos, la instancia conciliatoria, abre la vía judicial (COPREC a nivel Nacional). También se debe recalcar que, además de todas las tareas y conciliaciones en consumo que toman los conciliadores día a día, exigirles que den un asesoramiento jurídico a cada uno de los consumidores, que negocien constantemente con la contraparte intercambiando llamados, correos y borradores de acuerdo, y que evalúen para el consumidor cuales son las ventajas y desventajas de un eventual acuerdo y cual sería el hipotético resultado un eventual litigio judicial seria exigirles algo que va más allá de su órbita profesional como también de lo normado, llegando a ser esto una causal de exclusión.⁵

Que la norma nada diga sobre la regulación de honorarios no es óbice para el no reconocimiento de los mismos. Recordemos que el actuar del letrado se presume oneroso y los honorarios a percibir por su actuación son propiedad del letrado interviniente (Ley 8904 Pcia de Buenos Aires y Ley 5143 CABA) como así también siguiendo el principio procesal de que las

³ Véase <https://www.argentina.gob.ar/reclamar-un-proveedor-en-el-servicio-de-conciliacion-previa-en-las-relaciones-de-consumo-coprec>

⁴ Véase <https://www.argentina.gob.ar/justicia/derechofacil/leysimple/justicia-del-consumidor>

⁵ Véase Decreto 202/2015 Art 5 inf f) ARTÍCULO 5°.- Exclusión. Son causales de exclusión del Registro Nacional de Conciliadores en las Relaciones de Consumo:

f) Asesorar o patrocinar a alguna de las partes que intervengan en una conciliación a su cargo o tener relación profesional o laboral con quienes asesoren o patrocinen a alguna de las partes.

costas del proceso las asume la parte vencida. Las tareas extrajudiciales efectuadas por el abogado deben abonarse, por cuanto su trabajo se encuentre debidamente acreditado.⁶

IV. Posibles soluciones.

Encuentro que la mejor solución al caso, para asegurar el debido acceso a la justicia al consumidor y para velar las incumbencias de los profesionales del derecho, sería optar por un sistema *one-way costs shifting (QOCS)*. Esta regla, utilizada en el derecho anglosajón, indica que la demandada o requerida pagar las costas de los planteos o reclamos exitosos realizados por los actores o requirentes; como también si el reclamante perdiese el caso las costas serían absorbidas por la requerida.

Bajo este sistema estaríamos garantizando:

- a) Un correcto acceso a la justicia a los consumidores
- b) Un respeto a las incumbencias de los profesionales del derecho
- c) Nuevas oportunidades de patrocinio jurídico a jóvenes y noveles abogados, ya que los casos de consumo son generalmente de menor cuantía, y un letrado de largos años en la matrícula es altamente difícil que tome un caso como este.⁷
- d) Permitir a los conciliadores de consumo un mejor actuar, ya que se advocarían a conciliar los intereses de las partes en el marco de la conciliación.
- e) Se mejoraría de forma superlativa algo que ya funciona tan bien y que tiene tanta demanda como es el COPREC y las OMIC en Pcia de Bs As⁸.

De lo planteado tenemos ya un antecedente normativo. Si nos remontamos a un examen de la Ley 27.348 encontramos en su Artículo 1° lo siguiente “(..) Los honorarios profesionales que correspondan por patrocinio letrado y demás gastos en que incurra el trabajador a consecuencia de su participación ante las comisiones médicas estarán a cargo de la respectiva aseguradora de riesgos del trabajo (A.R.T.)”

⁶ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D • 29/12/2017 • P., L. G. c. B., C. A. s/ cobro de honorarios • LA LEY 17/05/2018, 7 LA LEY 2018-C, 66 •AR/JUR/105416/2017

⁷ III Plenario Anual de la Abogacía Joven y Novel de COLPROBA, Morón, Pcia de Bs As. Se debatió el rol y la problemática del joven y novel abogado en las conciliaciones de consumo, con especial énfasis en el ámbito provincial. En dicha oportunidad se aprobó un proyecto para que exista un listado de profesionales para el patrocinio jurídico en el ámbito de las OMICS. Se destacaron como oradores de este proyecto Dra Ramos, Florencia, Dr Vero, Leandro, Dra Garcia, Rocio, Dr La Menza, Gaston, Dra Delgado, Lorena, Dra Lara, Cecilia y quien suscribe este artículo Dr Cruz Matteri.

⁸ Se estima que en lo que fue la pandemia aumentaron un 70% las denuncias de consumo. <https://www.lavoz.com.ar/ciudadanos/en-cuarentena-aumentaron-un-70-reclamos-en-defensa-del-consumidor>

Utilizando un sistema de costas *one-way costs shifting* e indicando que la participación de asistencia letrada no es obligatoria, pero cuando existiese los gastos de sus honorarios deberán ser absorbidos por el proveedor, encuentro que es la decisión más salomónica al conflicto que tenemos ante nosotros que es la participación de abogados y su no reconocimiento de honorarios.

Como cierre creo que debemos tener en claro que el poder discrecional de si debe o no debe intervenir un abogado queda en manos siempre del consumidor: ya que el conoce sus propias fortalezas y desventajas como también sus capacidades y en ello evaluara el mérito para convocar a un profesional del derecho. Lo que si no puede quedar a discrecionalidad o una mera interpretación potestativa son los honorarios (y su pago) por el exitoso actuar del letrado en la finalización del conflicto, el cual no deberá costear el consumidor, ya que se atentaría con la idea de gratuidad del proceso, sino que debería ser costeado por el sujeto que obligo a litigar al consumidor: el proveedor.

~

Caso Lhaka Honhat vs. Argentina. Derecho humano y autónomo al [del] ambiente sano.

Por Esp. Daniela Belén VELAZQUEZ¹

SUMARIO: Introducción. I – Antecedentes. II – Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina. III - Algunas reflexiones sobre la tutela del ambiente en el ordenamiento jurídico interno. IV – Conclusión.

Introducción:

En el siguiente artículo analizaremos la interpretación dinámica del concepto de derecho humano ambiental en base a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos humanos (Corte IDH), y como esta interpretación impacta hacia el interior de nuestra legislación, reconfigurando los límites del concepto ambiente y su respectiva tutela, a los fines de determinar la correcta hermenéutica en correspondencia con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos.

Pensar el derecho ambiental desde el enfoque de los Derechos Humanos focaliza la atención en los sectores más vulnerables frente a las consecuencias de la actual crisis ambiental. El derecho ambiental como derecho de 4ta generación ha surgido en pos de propiciar equidad entre los desiguales, tutelando un bien colectivo democrático e indivisible por naturaleza e instrumentando su efectividad en la participación ciudadana, el acceso a la información ambiental, la educación ambiental, la prevención y la precaución del daño y la consideración de la satisfacción de las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las de las generaciones futuras.

Por lo propio, puertas adentro de nuestra legislación, el Artículo 41 de la Constitución Nacional, incorporado en el año 1994, mediante el cual se consolida el derecho fundamental de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano, hoy ya cuenta con su mayoría de edad y en este devenir del tiempo se ha ido construyendo su significancia a la luz de los Derechos

¹ Abogada por la Universidad Abierta Interamericana, especialista en Derecho Ambiental por la Universidad de Buenos Aires, Diplomada en Derecho Procesal por la Universidad Notarial Argentina, estudios de posgrado en materia de Derechos Humanos, Género, Derechos de la Naturaleza y Relaciones Internacionales. Publicaciones sobre derecho ambiental, derechos humanos y derechos de la naturaleza. Directora del Instituto de Derecho Ambiental del Departamento Judicial de Mercedes (BA) y pasante del programa de Derechos Humanos en la Interamerican Association for Environmental Defense (AIDA). velazquez.daniela@hotmail.com

Humanos y del avance del Derecho Internacional Ambiental.

Frente al paradigma de la “constitucionalización del Derecho Privado” y el “diálogo de fuentes” que propone nuestro nuevo Código Civil y Comercial, estamos en condiciones de inferir que derechos consagrados constitucionalmente, como ser el derecho a un ambiente sano, tienen fundamental relevancia para la correcta interpretación y aplicación del CCC, a su vez, estos institutos se ven irradiados por la interpretación dinámica de los Derechos Humanos que efectuase la Corte IDH. Ahora bien, es el propósito de este artículo analizar esta “irradiación” del derecho humano a un ambiente sano en este marco de interpretación sistémica hacia el interior del CCC.

I - Antecedentes:

El concepto de medio ambiente sano como Derecho Humano remite su antecedente directo a la OC 23/17², la cual tiene un valor histórico y superlativo, mediante esta opinión consultiva la Corte IDH reconoce al ambiente como un derecho humano, pero no solo se queda en ello, sino que categoriza a este derecho como autónomo, siendo de relevancia la diferencia entre el derecho humano al ambiente para los humanos y el derecho humano al ambiente para el ambiente, por fuera de lo humano, reivindica el valor intrínseco de la naturaleza.

El 14 de marzo de 2016 la República de Colombia presentó una solicitud de Opinión Consultiva sobre las obligaciones de los Estados en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal a fin de que el Tribunal determine “de qué forma se debe interpretar el Pacto de San José cuando existe el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afecten de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe y, en consecuencia, el hábitat humano esencial para el pleno goce y ejercicio de los derechos de los habitantes de las costas y/o islas de un Estado parte del Pacto, a la luz de las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos”.

La Corte IDH, en ejercicio de su función consultiva el 15 de noviembre del 2017 se pronunció sobre las obligaciones estatales que surgían de la necesidad de protección del medio

² CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Opinión Consultiva Oc-23/17 De 15 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Colombia. Medio Ambiente y Derechos Humanos. Disponible online: https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf

ambiente bajo la CADH³ reconociendo (por primera vez) como integrativo del sistema regional de derechos humanos, el "derecho al ambiente" de modo autónomo y también su integración a la nómina de derechos económicos sociales y culturales del art. 26 de la Convención.

Este reconocimiento e integración se desarrolla en los siguientes párrafos de la sentencia:

“56. En el sistema interamericano de derechos humanos, el derecho a un medio ambiente sano está consagrado expresamente en el artículo 11 del Protocolo de San Salvador: 1. Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos. 2. Los Estados parte promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.”

“57. Adicionalmente, este derecho también debe considerarse incluido entre los derechos económicos, sociales y culturales protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana, debido a que bajo dicha norma se encuentran protegidos aquellos derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura contenidas en la Carta de la OEA, en la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (en la medida en que ésta última “contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere”) y los que se deriven de una interpretación de la Convención acorde con los criterios establecidos en el artículo 29 de la misma (supra párr. 42). La Corte reitera la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.”

“62. Esta Corte considera importante resaltar que el derecho al medio ambiente sano como derecho autónomo, a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos. En este sentido, la Corte advierte una tendencia a reconocer

³ Convención Americana sobre Derechos Humanos

personería jurídica y, por ende, derechos a la naturaleza no solo en sentencias judiciales sino incluso en ordenamientos constitucionales”

“63. De esta manera, el derecho a un medio ambiente sano como derecho autónomo es distinto al contenido ambiental que surge de la protección de otros derechos, tales como el derecho a la vida o el derecho a la integridad personal.”

A partir de la OC 23/17 la Corte IDH materializa de manera expresa la introducción de una ética ecocéntrica a la cuestión ambiental. Si bien se entiende el derecho al ambiente como derecho humano en pos de la calidad de vida de los seres humanos, presentes y futuros, se funda una nueva concepción del derecho ambiental, en su faz autónoma, poniendo de relieve el valor intrínseco de los ecosistemas y su derecho a la subsistencia y capacidad de resiliencia, subiendo a la palestra el debate en cuanto a “los derechos de la naturaleza” y el reconocimiento de la naturaleza como “sujeto de derecho”.

Sobre ello Falbo considera que la sentencia supera y trasciende el enfoque antropocéntrico sin desecharlo, sino integrándolo. El enfoque antropocéntrico es aquel que transita la idea que a través de la protección de los seres humanos se cuida al ambiente como un todo. Sin duda se trata de un peldaño de mayor elevación y evolucionado con respecto al que todavía posee un fuerte dato centrado en el antropocentrismo, entendido esto como la mirada que propugna cuidar al humano y, por este camino, cuidar al todo, al ambiente (FALBO 2018).

Por su parte, Peña Chacon entiende que a partir de la OC 23/17 el Derecho Ambiental comienza a transitar un nuevo camino bajo el efecto de la *ecologización*. Considera a esta sentencia como la piedra fundacional de una nueva ética planetaria que impone a la Justicia Ecológica ampliar su elenco de destinatarios a todas aquellas especies con las cuales el ser humano comparte el planeta. Bajo esta racionalidad, cada ser humano, así como los otros seres vivos, tienen derecho a la conservación, protección y restauración de la salud e integridad de los ecosistemas, en la medida que la naturaleza posee un derecho intrínseco, independiente de su valoración humana, a existir, prosperar y evolucionar (PEÑA CHACÓN 2018)

Y con respecto al valor de la sentencia, en su análisis Esain entiende que para el sistema interno esta sentencia es de enorme relevancia como fuente de derecho en base a la doctrina del Control de Convencionalidad de la Corte Interamericana emanadas de las sentencias "Almonacid Arellano" y "Trabajadores Cesados del Congreso", mediante las cuales se comienza a requerir que los propios jueces nacionales también realizaran en sus sentencias

el "test de convencionalidad del derecho interno", ellos mismos (hasta esa fecha era la CIDH la que lo hacía en instancia de revisión de las sentencias de las Altas Cortes de los países que integran el sistema interamericano). Por este motivo, deberíamos considerar estos aspectos novedosos también como parte del sistema interno, abriendo puentes nuevos en la interpretación del derecho que nuestra Constitución dispone en el art. 41, CN, revestido por la estructura que todo el sistema regional dispone para los DESC, ahora DESCA, nuevos aires para el sistema, sobre los que la doctrina y la jurisprudencia deberán trabajar de manera intensa en los tiempos que siguen (ESAIN 2018).

II – Caso Comunidades Indígenas miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) vs. Argentina.

Breve reseña del caso:

El 6 de febrero del 2020 la Corte Interamericana de Derechos Humanos condenó a la Argentina en el caso COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA) VS. ARGENTINA⁴ encontrándola responsable internacionalmente de violar el derecho de propiedad comunitaria de las poblaciones indígenas del departamento de Rivadavia en la Provincia de Salta. También la Corte sentenció que habían sido vulnerados los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada y al agua por parte del Estado a causa de la falta de efectividad de medidas para detener actividades que resultaron lesivas de los mismos.

Hechos:

Los hechos se refieren a un reclamo de comunidades indígenas pertenecientes a los pueblos Wichí (Mataco), Iyjawaja (Chorote), Komlek (Toba), Niwackle (Chulupí) y Tapy'y (Tapiete), en relación a la propiedad de los lotes fiscales 14 y 55, colindantes, los que en conjunto abarcan un área aproximada de 643.000 hectáreas. La zona se encuentra en la Provincia de Salta y limita con Paraguay y Bolivia, se advierte que ha habido presencia de comunidades indígenas de modo constante, al menos desde antes de 1629. A partir de inicios del siglo XX la tierra fue ocupada por personas criollas.

En el año 1991 se establece por medio del Decreto provincial No. 2609/91⁵ la

⁴ Disponible on line en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_400_esp.pdf

⁵ Publicado en el Boletín oficial N° 13824 de la Provincia de Salta con fecha 9 de diciembre de 1991. <http://boletinoficialsalta.gob.ar/indexedecretos/1991.pdf>

obligación de Salta de unificar los lotes 14 y 55 y adjudicar una superficie sin subdivisiones, mediante título único de propiedad, a las comunidades indígenas.

Lo cierto es que la Provincia de Salta no cumplió con su compromiso y a la postre fue subdividiendo y adjudicando mediante el decreto 461/99⁶ las parcelas a distintas comunidades e individuos que habitaban el lugar, entre los cuales se encontraban algunas comunidades indígenas y pobladores criollos.

El caso llegó a la Corte de Salta la cual sentenció en el año 2007 dejar sin efecto las adjudicaciones realizadas por el decreto 461.

En el año 2014 Salta emite el Decreto 1498/14⁷ en el cual reconoce y transfiere la “propiedad comunitaria”, a favor de 71 comunidades indígenas, de aproximadamente 400.000 ha correspondiente a los lotes 14 y 55, pero también reconoce y adjudica la “propiedad en condominio” de los mismos lotes a favor de múltiples familias criollas.

Esta ocupación compartida entre indígenas y criollos da origen a diversos problemas basados en las diferentes prácticas y culturas de los moradores. Por un lado, los criollos desarrollan actividades de ganadería, por lo cual cercan el territorio con alambrados que en directa relación atentan contra la biodiversidad del lugar y las formas tradicionales en las que las comunidades indígenas se procuran de alimentos y agua, incidiendo ello en la identidad cultural de los pueblos, sumado a las actividades ilegales de tala, la cual ha generado un importante deterioro de los recursos forestales.

Sentencia:

La Corte esquematizó el análisis del fondo de la sentencia en tres apartados mediante los cuales se determinaron violaciones a:

1. El derecho a la propiedad comunitaria, así como a otros derechos derivados;

<< la Corte constata que los Decretos 2786/07⁸ y 1498/14 constituyen actos de reconocimiento de la propiedad comunitaria sobre la tierra reclamada. No obstante, el Estado

⁶ Publicado en el Boletín oficial N° 15602 de la Provincia de Salta con fecha 25 de febrero de 1999. <http://boletinoficialsalta.gob.ar/indicedecretos/1999.pdf>

⁷ Publicado en el Boletín oficial N° 19322 de la Provincia de Salta con fecha 12 de junio de 2014. http://boletinoficialsalta.gob.ar/NewDetalleDecreto.php?nro_decreto=1498/14

⁸ Publicado en el Boletín oficial N° 17735 de la Provincia de Salta con fecha 30 de octubre de 2007. http://boletinoficialsalta.gob.ar/NewDetalleDecreto.php?nro_decreto=2786/07

no ha titulado la misma de forma adecuada, de modo de dotarla de seguridad jurídica. El territorio no se ha demarcado y subsiste la permanencia de terceros. Argentina, además, no cuenta con normativa adecuada para garantizar en forma suficiente el derecho de propiedad comunitaria.

... es relevante recordar que el Estado debe asegurar la propiedad efectiva de los pueblos indígenas y, por tanto, debe: a.- deslindar las tierras indígenas de otras y otorgar título colectivo de las tierras a las comunidades; b.-“abstenerse de realizar actos que puedan llevar a que los agentes del propio Estado, o terceros que actúen con su aquiescencia o su tolerancia, afecten la existencia, el valor, el uso o el goce de su territorio”, y c.- a su vez, garantizar el derecho de los pueblos indígenas de controlar y usar efectivamente su territorio y recursos naturales, así como de ser propietarios de su territorio sin ningún tipo de interferencia externa de terceros >>

2. Los derechos al medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural y la identidad cultural:

<< La Corte advierte que **este es el primer caso contencioso en el que debe pronunciarse sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural a partir del artículo 26 de la Convención...**

...Esta Corte haciendo referencia a diversos pronunciamientos emitidos en el ámbito de organismos internacionales, ha destacado la **“estrecha” relación “interdependencia” entre el ambiente y los derechos humanos**. Lo dicho, por cuanto éstos pueden ser afectados por la degradación ambiental y, a su vez, dado que, como se ha indicado en el ámbito de la Organización de las Naciones Unidas, **“la protección eficaz del [...] ambiente depende con frecuencia del ejercicio de derechos humanos”**>> (negrita nos pertenece)

3. El derecho a las garantías judiciales, en relación con una acción judicial iniciada en el caso:

<< Hechos. - Como se ha indicado, en 1999 Salta dictó el Decreto 461/99 y la Resolución 423/99, relacionados con la adjudicación de parcelas (supra párr. 65). El 8 de marzo de 2000, Lhaka Honhat presentó una acción de amparo contra tales actos gubernamentales. La acción fue rechazada en la justicia provincial. Luego de la presentación de un recurso extraordinario federal, el 15 de junio de 2004 la CSJN revocó ese rechazo, disponiendo que la justicia provincial adoptase una nueva decisión. El 8 de mayo de 2007 la CJS dejó sin efectos la Resolución y el

Decreto...

... la Corte determina que el Estado violó la garantía del plazo razonable. Por consiguiente, violó, en perjuicio de las comunidades indígenas habitantes de los lotes 14 y 55312, el artículo 8.1 de la Convención, en relación con su artículo 1.1.>>

Para finalizar es menester destacar que en este caso la Corte establece un plazo específico para el cumplimiento de la sentencia en el apartado correspondiente a las reparaciones:

<<la Corte ordena que cada una de las medidas de restitución que se establecen a continuación sea realizada por el Estado en un plazo máximo de seis años a partir de la notificación de la presente Sentencia, debiendo el Estado comenzar en forma inmediata, a partir de dicha notificación, las acciones correspondientes para su implementación, la que debe llevar a cabo con la mayor celeridad posible, sin perjuicio del tiempo máximo indicado y de las precisiones y plazos específicos que se detallan más adelante>>

Como se puede advertir, la sentencia en cuanto a sus tres apartados nos brinda mucho material novedoso que analizar que no podíamos dejar de destacar, pero a los fines de este trabajo abordaremos solo la cuestión referente al concepto de derecho humano al ambiente sano desarrollado en el segundo apartado.

Bajo el título “Reconocimiento normativo y contenido relevante” el tribunal considero:

“202. Este Tribunal ya ha manifestado que el derecho a un medio ambiente sano “debe considerarse incluido entre los derechos [...] protegidos por el artículo 26 de la Convención Americana”, dada la obligación de los Estados de alcanzar el “desarrollo integral” de sus pueblos, que surge de los artículos 30, 31, 33 y 34 de la Carta”

“203: La Corte ya se ha referido al contenido y alcance de este derecho, considerando diversas normas relevantes, en su Opinión Consultiva OC-23/17, por lo que se remite a dicho pronunciamiento. Afirmó en esa oportunidad que el derecho a un medio ambiente sano “constituye un interés universal” y “es un derecho fundamental para la existencia de la humanidad”, y que “como derecho autónomo [...] protege los componentes del [...] ambiente, tales como bosques, mares, ríos y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aun en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza”, no solo por su “utilidad” o “efectos” respecto de los seres humanos, “sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta”. Lo anterior

no obsta, desde luego, a que otros derechos humanos puedan ser vulnerados como consecuencia de daños ambientales”

Consideran Enderle y Cáceres que los jueces de la Corte IDH profundizan en esta sentencia lo ya establecido en la Opinión Consultiva 23/17 sobre el contenido del art. 26 de la CADH, admitiendo que es posible para ellos actualizar el sentido de los derechos derivados de la Carta de la OEA que allí fueron establecidos. Es decir, considerar, concretamente el derecho al ambiente sano dentro de los derechos sociales, económicos y culturales protegidos por el artículo, sumándolo a otras normas del corpus iuris tanto regionales como internacionales (Protocolo de San Salvador, Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otros) (ENDERLE y CÁCERES 2020).

III - Algunas reflexiones sobre la tutela del ambiente en el ordenamiento jurídico interno.

Puertas adentro de nuestra legislación nacional, constitucionalmente el derecho a un ambiente sano está consagrado en el art. 41, bajo el paradigma del desarrollo sustentable, el cual inicialmente establece que: “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo⁹”.

De este modo se plasma en nuestra constitución nacional desde el año 1994 en consonancia con los principios reconocidos por la Conferencia de Naciones Unidas sobre Ambiente Humano de Estocolmo de 1972 y por la Cumbre de Naciones Unidas sobre el medio Ambiente y Desarrollo de Rio de Janeiro de 1992 el derecho a un ambiente sano en cabeza de todos los habitantes.

Para introducirnos en el análisis de la tutela legal del ambiente es necesario primariamente realizar la siguiente aclaración conceptual. Ricardo Lorenzetti distingue que es necesario efectuar una primera diferencia entre el derecho al medio ambiente adecuado, derecho subjetivo que tienen las personas y la tutela del ambiente, que se concentra en el bien colectivo. La primera es una idea antropocéntrica y previa al paradigma ambiental, por que mira la totalidad desde el sujeto, la segunda es una noción geocéntrica, concentrada en el bien

⁹ <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm>

colectivo y típica del ambientalismo. Y, afirma, que corresponde distinguir entre el "macro-bien" y los "micro-bienes ambientales". El ambiente es un "macro-bien", y como tal es un sistema, lo cual significa que es más que sus partes en la interacción de todas ellas. Los "micro-bienes" son parte del ambiente, que en sí mismo tienen características de subsistemas, que presentan relaciones internas entre sus partes y relaciones externas con el "macro-bien"; en esta categoría subsumimos la fauna, la flora, el agua, el paisaje, los aspectos culturales, el suelo, etc. (CAFFERATTA 2012).

Podríamos decir en este sentido, que la tutela del ambiente, que se concentra en el bien colectivo y en los componentes constitutivos de los ecosistemas, de noción geocéntrica, presenta cierta correlatividad con el enfoque de la Corte IDH que caracteriza al derecho ambiental como autónomo, independiente del ser humano.

En este sentido una parte del constitucionalismo latinoamericano ha ido reconociendo en sus cartas magnas a la naturaleza o pacha mama como sujeto de derecho. Este es el caso de Bolivia y Ecuador. Falbo caracteriza esto como el "biocentrismo constitucional" e identifica que éste significa aceptar, normativa y jurídicamente, que el ser humano pasa a ocupar otro lugar de importancia, del que tuvo hasta hoy: "será desde ahora una parte más de la comunidad de la vida, uno más junto a las demás especies vivientes, que ya no quedarán más subsumidas dentro de las ideas humanas de utilidad económica, consumo, crecimiento económico, materialismo, entre otras" (FALBO 2017).

Así pues, dentro del derecho ambiental podemos adoptar muchas y diversas posiciones en la relación hombre ambiente: antropocentrismo, biocentrismo, ecocentrismo e incluso las posiciones más radicales que reconocen a la naturaleza como sujeto de derecho. No obstante a la ética subyacente con la cual analicemos la cuestión ambiental, la doctrina ambientalista advierte que en la legislación nacional desde la redacción del art. 240¹⁰ del nuevo código: el ambiente ha emergido como un elemento limitante del ejercicio de los derechos individuales.(FALBO y ESAÍN 2015)

En el marco de la constitucionalización del derecho privado que plantea nuestro nuevo

¹⁰ Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva. ARTICULO 240.- Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las Secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial.

Código Civil y Comercial, cualquier situación en la cual pudiere estar comprometido el ambiente debe ser solucionada jurídicamente a partir de lo normado tanto por la Constitución Nacional como por los tratados de derechos humanos en los que nuestro país sea parte, tal como lo requiere el art. 1º¹¹ del Cód. Civ. y Com. Es este el marco argumentativo inicial a partir del cual el operador del derecho necesariamente tiene que releer el resto de las fuentes infra constitucionales. Los derechos individuales, por tanto, son relativos y deben convivir y compatibilizar con los colectivos en general y con el ambiente en particular. Es ello, ni más ni menos, lo que exigen los arts. 14¹², 240 y 241¹³ del Cód. Civ. y Com. (CAFFERATTA y LORENZETTI, Pablo). En este sentido, los referidos artículos, se alejan del esquema de derechos que sostienen una visión antropocéntrica centrada en la utilidad esencialmente económica o utilitarista.

Pablo Lorenzetti expone en cuanto a que las normas del Código Civil y Comercial más estudiadas por la doctrina ambientalista han sido las contenidas en los arts. 14, 240 y 241. Estos dispositivos ostentan una gran relevancia para el derecho privado constitucionalizado argentino ya que redundan en una modificación copernicana en la interpretación y resolución de conflictos jurídicos. Se le asigna de este modo una trascendencia central a los bienes comunes, sujetando el ejercicio de todos los derechos fundamentales a la observancia y tutela de lo colectivo. Por lo tanto, rige una regla de precedencia de los derechos fundamentales ambientales por sobre los individuales, en aquellos casos en que tales prerrogativas entren en conflicto (LORENZETTI, Pablo 2019)

"El art. 240 del Cód. Civ. y Com. no solo es una norma, es, además, un principio y un valor, una matriz y una pauta: Una puerta de salida del marco decimonónico clásico y una puerta de entrada con potencial de albergar tanto al desarrollo sostenible, al biocentrismo, a los derechos de la naturaleza, dentro de los que están los derechos humanos, claramente potenciados por esta superadora pauta legal, que sin duda mejorará la calidad de vida de los seres humanos, y las sociedades futuras". (FALBO y ESAÍN 2015)

¹¹ ARTÍCULO 1.- Fuentes y aplicación. Los casos que este 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. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

¹² ARTÍCULO 14.- Derechos individuales y de incidencia colectiva. En este Código se reconocen: a) derechos individuales; b) derechos de incidencia colectiva. La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general.

¹³ ARTÍCULO 241.- Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable.

IV - Conclusión:

Podemos concluir en que nos encontramos ante el nacimiento de una nueva categoría de derecho humano, el cual se caracteriza íntegramente por tutelar lo no humano, con un basamento ecocéntrico en reivindicación de lo vivo por fuera del antropocentrismo.

Esta nueva categoría corresponde al concepto de derecho humano a un ambiente sano en su faz autónoma, mediante el cual, en términos de la Corte IDH “a diferencia de otros derechos, protege los componentes del medio ambiente, tales como bosques, ríos, mares y otros, como intereses jurídicos en sí mismos, aún en ausencia de certeza o evidencia sobre el riesgo a las personas individuales. Se trata de proteger la naturaleza y el medio ambiente no solamente por su conexidad con una utilidad para el ser humano o por los efectos que su degradación podría causar en otros derechos de las personas, como la salud, la vida o la integridad personal, sino por su importancia para los demás organismos vivos con quienes se comparte el planeta, también merecedores de protección en sí mismos”.

Ahora bien, en relación con nuestra legislación interna, podemos advertir las siguientes cuestiones.

Por un lado, desde la aplicación del derecho interno, nuestro Código Civil y Comercial establece como fuentes en su art. 1ro tanto a la Constitución Nacional como a los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, frente a este fenómeno de constitucionalización del derecho privado podemos inferir que de manera directa la interpretación de los derechos humanos que realice la Corte IDH como primer interprete tienen vinculación inmediata con las normas legales del CCyC dotándolas de contenido y modificando su tutela.

Este primer artículo inaugural del CCyC constituye lo que la doctrina (HERRERA y CAMELO) considera “la columna vertebral del CCyC”. Coloca al CCyC como un sistema jurídico que debe respetar principios y derechos contenidos en instrumentos jurídicos de mayor jerarquía, que son los que cumplen dos funciones fundamentales:

- 1) sentar las bases axiológicas sobre las cuales se estructura el CCyC;
- 2) servir de guía para resolver los casos que se presenten mediante la aplicación de diferentes fuentes: a) leyes aplicables (el propio CCyC, en primer lugar, y las leyes complementarias) que deben, precisamente, estar en total consonancia con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que el país sea parte —ya sea que tengan

jerarquía constitucional derivada, como los instrumentos que enumera el art. 75, inc. 22; que adquieran tal lugar por una mayoría especial, como lo prevé la misma normativa como aconteció en el 2014 con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante, CDPD), según lo establece la ley 27.044; o que no tengan tal jerarquía, pero sean ratificados por el Estado argentino—; y b) en un segundo nivel, los usos, prácticas y costumbres en las siguientes condiciones: i) cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos, ii) en situaciones no regladas legalmente; y iii) siempre que no sean contrarios a derecho.

En base a ello, es que, en segundo término, en ejercicio de una interpretación sistémica del texto legal, podemos decir que de la lectura del art. 240 del CCyC, en términos de la Corte IDH, en base a las sentencias reseñadas, se desprende que también nuestro CCyC tutela el derecho humano a un ambiente sano en su faz autónoma protegiendo específicamente ciertos componentes de la naturaleza de manera explícita.

Así pues, lo que en principio se presentaría como “Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes” también serían derechos humanos ambientales autónomos tutelados por el cuerpo jurídico de derecho privado.

El codificador expresa en los fundamentos del CCyC que las directivas de los arts. 240 y 241 deben articularse junto con las normas del Capítulo 3 (Ejercicio de los derechos). A través de esta articulación se construyen los límites (sociales y ambientales) que la nueva legislación ha plasmado para el ejercicio de los derechos individuales. Sin perjuicio de ello, esta construcción civil debe tener en cuenta tanto el mandamiento del primer artículo (diálogo de fuentes) como del segundo (interpretación de la ley). Ergo, debe tener en cuenta a la Constitución Nacional, art 41 y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, art. 75 Inc. 22 CN.

Cafferatta sostiene que los arts. 240 y 241, hunden sus raíces en la constitución Nacional, están inspirados en ideas de libertad, buena fe, paz, convivencia armónica y sustentable, fraternidad, democracia, solidaridad, cooperación y orden público de coordinación, que resulta imprescindible para la integración en concordia del ejercicio de los derechos individuales, con los derechos de incidencia colectiva (CCC COMENTADO 2015).

El art. 240 hace mención expresa a los componentes del derecho ambiental, dispone que el ejercicio de los derechos individuales “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros”. La norma enuncia una serie de elementos que hacen al

derecho ambiental, a la luz de la doctrina de la Corte IDH, podemos interpretar que lo que enuncia el Art. 240 son componentes de la naturaleza tutelado bajo la categoría de derechos humanos autónomos.

A modo de cierre, bajo este esquema de pensamiento, podemos decir que no hace falta que el potencial daño que se le genere al ambiente repercuta de manera directa o indirecta en el ser humano para que sea considerado como violatorio del derecho a un ambiente sano, porque si un hecho daña un componente del ambiente (micro-bien) o un ambiente/ecosistema en especial (macro-bien) en su capacidad de resiliencia y subsistencia se estaría violando el derecho humano autónomo a un ambiente sano consagrado constitucional y legalmente por nuestro ordenamiento jurídico.

Bibliografía:

- CAFFERATTA, Néstor - PERETTI, Enrique, "NUEVOS DESAFÍOS DEL DERECHO AMBIENTAL. LA SOLIDARIDAD Y LA SUSTENTABILIDAD COMO PILARES DEL DERECHO AMBIENTAL", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019. LORENZETTI, Ricardo - LORENZETTI, Pablo, "Derecho Ambiental", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018. SOZZO, Gonzalo, "Derecho Privado Ambiental. El giro ecológico del derecho privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2019.
- CAFFERATTA, Néstor A. - LORENZETTI, Pablo. HACIA LA CONSOLIDACIÓN DEL ESTADO DE DERECHO AMBIENTAL. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. Publicado en: SJA 07/11/2018, 07/11/2018, - RD Amb 56, 28/12/2018, 5. Cita Online: AR/DOC/3285/2018
- CAFFERATTA, Néstor A., "DERECHO AMBIENTAL, INSTITUCIONES BÁSICAS", en CAFFERATTA, N. A., Tratado jurisprudencial y doctrinario de derecho ambiental, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, vol. 1.
- ENDERLE, Valeria Inés - CÁCERES, Nahuel A. DERECHOS AMBIENTALES Y CULTURALES EN LA RECIENTE SENTENCIA DE LA CORTE IDH QUE CONDENA A LA ARGENTINA. RD Amb 63, 294. AR/DOC/2555/2020
- ESAIN, José A. LA OPINIÓN CONSULTIVA 23/17 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y EL NACIMIENTO DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES. Publicado en: Sup. Amb. 23/11/2018, 1 Cita Online: AR/DOC/2354/2018.

- FALBO, Aníbal J. - ESAÍN, José A., "EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y EL AMBIENTE", RCCyC 2015 (agosto), 17/08/2015, 19.
- FALBO, Aníbal J. LA OPINIÓN CONSULTIVA 23/17 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y LOS DAÑOS INDIVIDUALES A SERES HUMANOS GENERADOS POR EL DAÑO AL AMBIENTE. Publicado en: Sup. Amb. 23/11/2018, 5. Cita Online: AR/DOC/2356/2018
- FALBO, Anibal. J., "EL TÉRMINO 'HABITANTES' DEL ART. 41 DE LA CN EXCEDE A LOS SERES HUMANOS", Revista de Derecho Ambiental, 21 de diciembre de 2017.
- HITTERS, Juan Carlos. LA CONDENA AL GOBIERNO ARGENTINO Y EL CASO DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS MIEMBROS DE LA ASOCIACIÓN LHAKA HONHAT. LA CORTE INTERAMERICANA Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. LA LEY 23/09/2020, 23/09/2020, 8. Cita Online: AR/DOC/3077/2020
- LORENZETTI, Pablo. REEXPLORANDO LOS VÍNCULOS ENTRE CONSUMO Y AMBIENTE A PARTIR DEL PARADIGMA ECOCÉNTRICO. RDAMB 60, 12/12/2019, 57. Cita Online: AR/DOC/2563/2019
- MARTÍNEZ Adriana Norma y PORCELLI Adriana Margarita. UN ARDUO RECORRIDO EN POS DE LA REIVINDICACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS LHAKA HONHAT (NUESTRA TIERRA). Antropología y Derecho, Constitucional, Derechos Humanos, Sociología Y Derecho. Polemos. Portal Jurídico interdisciplinario. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. 14 MAYO, 2020. Disponible Online: <https://polemos.pe/un-arduo-recorrido-en-pos-de-la-reivindicacion-de-los-derechos-de-las-comunidades-indigenas-lhaka-honhat-nuestra-tierra/>
- PEÑA CHACÓN, Mario. JUSTICIA ECOLÓGICA DEL SIGLO XXI. RDAMB 57, 115. AR/DOC/3802/2018
- VELAZQUEZ, Daniela B. EL TÉRMINO "HABITANTES" EN EL FALLO "KATTAN", EN DIÁLOGO CON LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA. RDAMB 57, 105. AR/DOC/3799/2018
- VELÁZQUEZ, Daniela B. LA AUTONOMÍA DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE SANO COMO NEXO ENTRE EL DERECHO AMBIENTAL Y LOS DERECHOS DE LA NATURALEZA. Publicado en: Diario Ambiental Nro. 257 - 19.09.2019. DPI Cuántico, Derecho para innovar. Cita Online: https://dpicuantico.com/area_diario/doctrina-en-dos-paginas-diario-ambiental

nro-257-19-09-2019/

- Código Civil y Comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo; Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Infojus, 2015. ISBN Obra completa: 978-987-3720-29-1

~

Sumario: I. Introducción. II. La interpretación como fase previa a la subsunción. III. La subsunción, como segunda fase. IV. La argumentación, como requisito necesario para el control de la decisión. V. Un ejemplo jurisprudencial. VI. A manera de conclusión.

I. Introducción

En la labor cotidiana del abogado y del juez, interpretar, subsumir y argumentar son tareas diferentes pero que se encuentran íntimamente relacionadas, dado que una interpretación normativa necesita ser fundamentada con argumentos que justifiquen la subsunción o no del caso en las normas interpretadas.

Para que una sentencia sea una derivación razonada del derecho vigente², es imprescindible que el juez interprete las normas, subsuma o no el caso y luego argumente, es decir brinde en dicha sentencia las razones por las cuales arribó a tal solución.

Al respecto, postulamos que las actividades de interpretación, subsunción y argumentación son de carácter discrecional.

Dicho esto, resulta inevitable definir qué entendemos por discrecional y, de paso, diferenciar la discrecionalidad de la arbitrariedad, términos que se suelen utilizar en el lenguaje vulgar como sinónimos.

Utilizamos el término "discrecional" en su primera acepción: "*adj. Que se hace libre y prudencialmente.*"³ Libre "y" prudencialmente, nos dice el diccionario y ese mismo diccionario,

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón), Abogado (U.B.A.) Profesor de Metodología de la Investigación Jurídica y Seminario Tutorial en el Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón. Investigador acreditado en la Universidad de Morón y en la Fundación Cijuso. Profesor Titular de "Teoría General de las Obligaciones", "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios" y Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana. Autor de distintas obras y artículos sobre derecho privado.

² ARTICULO 3° Código Civil y Comercial: "Deber de resolver. El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada."

³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.3 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 15/11/20].

al definir la prudencia, nos remite a la “sensatez y al buen juicio”⁴

En cambio, lo arbitrario, en su primera acepción, es aquello "*Sujeto a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón.*"⁵

Actuar en forma discrecional o en forma arbitraria tienen algo en común: la libertad. Lo que diferencia a estas actividades es que en el actuar discrecional, la libertad de elección entre varias soluciones o comportamientos posibles está guiado por la prudencia, por la sensatez, por la razón.

En el actuar arbitrario, en cambio, la libertad de elección entre varias soluciones o comportamientos posibles está sometido al capricho, al “porque si”.

II. La interpretación como fase previa a la subsunción

Cuando se interpreta una norma, se elige entre varias soluciones posibles⁶. En esta postura, interpretar consiste en dar un sentido a determinado término o expresión. Es decir, al interpretar una norma, se le da un sentido a la misma.

Si esta operación se hace en forma discrecional ese sentido será plausible sin que ello implique la inexistencia de otros sentidos plausibles.

Dicho de otra manera, la tarea de interpretar no consiste en descubrir el "real" significado de una norma sino en darle un significado plausible, es decir, fundado en argumentos.

Así, entendemos que es ilusorio hablar de "interpretación verdadera" y nos limitamos a identificar dos tipos de interpretación:

1) Interpretación plausible (o racionalmente fundada)

⁴ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 23/12/20].

⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: Diccionario de la lengua española, 23.ª ed., [versión 23.4 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de la consulta: 23/12/20].

⁶ Nos enrolamos en una teoría realista o teoría o escéptica de la interpretación, que entiende que la misma, "... -entendida como atribución de significado a los textos normativos- es una actividad no cognitiva, y más bien «decisoria», un acto de voluntad, no de conocimiento, (Guastini, Riccardo, "Teoría Analítica del Derecho", ZELA Grupo Editorial, Perú, Primera edición: febrero 2017, pág. 50). Más adelante, Guastini añadirá que "... los escépticos no piensan que toda interpretación valga como cualquier otra, ni que toda interpretación sea aceptable: también ellos, cuando se quitan las vestimentas del teórico y se comportan como juristas, tienen sus preferencias interpretativas; simplemente no buscan contrabandearlas como las únicas correctas" (Guastini, ob. cte. pág. 59).

2) Interpretación arbitraria. En este caso, el supuesto más común es el de aquella interpretación que se presenta con una fundamentación aparente, que encubre la falta de fundamentación. Por ejemplo, cuando el juez entiende que los términos “sana convicción” lo eximen de explicar por qué encuentra creíble a un testigo y no a otro. O, en materia de resarcimiento por incapacidad sobreviniente, cuando se limita a invocar indeterminadas “circunstancias del caso” para elevar o reducir un monto indemnizatorio.

El tema de la interpretación puede ilustrarse con el ejemplo clásico del cartel en la plaza con la leyenda “Prohibido entrar con perros”.

¿Cabe suponer que este texto permite ingresar a la plaza con un gorila, o con un oso? Una interpretación literal diría que sí. Una interpretación finalista se pronunciaría por la negativa. La primera podría fundamentarse en la seguridad jurídica. La segunda en razones de seguridad social, salubridad y analogía, expresando que la expresión “perros” tiene sólo carácter explicativo y fue puesta por el legislador por entender es el caso más común.

Por otro lado, si la leyenda del cartel fuera “Prohibido entrar con animales”, uno podría preguntarse si eso implica la prohibición de ingresar a la plaza llevando a un canario en una jaula. De vuelta, las interpretaciones literales y finalista llegarían a resultados opuestos.

En definitiva, cuanto mayor libertad interpretativa, menor seguridad jurídica.

Para lograr la seguridad que brindaría una interpretación única se busca recurrir a métodos o fórmulas, pero se termina descubriendo o reconociendo que estos métodos o fórmulas solo sirven para una fundamentación razonable de la decisión. Razonable, en el sentido de que un tercero puede realizar la misma secuencia de razonamiento que hizo el que tomó la decisión y así validarla o refutarla. Es decir, de esta manera se exterioriza la lógica de la argumentación, a efectos de su validación o refutación por terceros.

Si, por hipótesis, conjeturamos que el intérprete busca dar una solución "justa" con su interpretación, cabe preguntarse: ¿Justicia es "dar a cada uno lo suyo" en el caso concreto sujeto a examen; o es resolver los mismos casos de la misma manera?

III. La subsunción, como segunda fase

Subsumir consiste, dicho en forma muy poco académica, en “encajar” determinados

hechos en alguna de las normas de determinado ordenamiento jurídico⁷.

Subsumir nos enfrenta, simultáneamente, a probables problemas lógicos y empíricos, que deben resolverse mediante interpretación.

Es un problema lógico (de lógica deóntica) cuando se analiza una estructura o sistema de normas en busca de lagunas normativas o incoherencias (soluciones incompatibles) Se refiere a casos generales o abstractos.

Coincidimos con Guastini en que la existencia de lagunas normativas o axiológicas es, en última instancia, una cuestión de interpretación⁸.

Es un problema empírico cuando se pretende aplicar las normas a un caso concreto y nos encontramos con dificultades semánticas o de desconocimiento de los hechos del caso⁹.

La ambigüedad y/o la vaguedad de los términos debe resolverse mediante la tarea interpretativa.

Por empezar, para subsumir un hecho en alguna norma es imprescindible una previa interpretación de dicha norma. Pero, al mismo tiempo, tenemos que interpretar o comprender al hecho.

Como expresa García Amado, en el proceso de subsunción existen dos etapas:

En la primera etapa, la o las normas en juego deben ser interpretadas "para *resolver lo que de su indeterminación significativa (vaguedad, ambigüedad...)* pueda afectar a la solución del caso¹⁰". (La cursiva es nuestra)

En la segunda, que podría denominarse "subsunción propiamente dicha", "tendremos

⁷ Entre los muchos trabajos del maestro Juan Antonio García Amado referidos a la temática de la subsunción, podemos recomendar, por ser de fácil consulta en Internet, al artículo "PONDERACIÓN Y SUBSUNCIÓN: MÉTODOS INTERCAMBIABLES. LA ESENCIAL INTERCAMBIABILIDAD DEL MÉTODO PONDERATIVO-SUBSUNTIVO Y EL INTERPRETATIVO-SUBSUNTIVO Y LAS VENTAJAS E INCONVENIENTES DE CADA UNO (Al hilo de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Civil, de 10 de diciembre de 2010)". Disponible en: <https://www.garciamado.es/2014/06/ponderacion-y-subsuncion-metodos-intercambiables/>. Consultado: 27/12/20.

⁸ Guastini, Riccardo, "Teoría Analítica del Derecho", ZELA Grupo Editorial, Perú, Primera edición: febrero 2017, pág. 115 y sgtes.

⁹ Ver Alchourron, Carlos; Bulygin, Eugenio, "Sistemas Normativos - Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales", 2º Edición 1º reimpresión, Editorial Astrea, año 2015. pags. 47 y siguientes y, como ejemplo, a partir de página 52, la controversia Soler – Carrio.

¹⁰ García Amado, ob. cit.

un enunciado suficientemente preciso como para que bajo su supuesto puedan subsumirse los hechos del asunto que se juzga. Por tanto, *hay una primera fase de interpretación y una última de subsunción*¹¹. " (la cursiva es nuestra)

Por ello, el método podría denominarse, con mayor justeza, "interpretativo – subsuntivo"¹².

IV. La argumentación, como requisito necesario para el control de la decisión

Por otra parte, argumentar consiste en dar razones en favor de algo. En nuestro caso, en dar razones en favor de determinada interpretación y subsunción normativa.

Para que la argumentación no sea arbitraria las razones que se invocan deben tener justificaciones internas o de lógica formal y externas o de lógica material.

Recordemos que la lógica formal solo se ocupa de los procesos de validez del razonamiento desde un punto de vista interno. Es decir, formalmente, es lógico un razonamiento si las inferencias cumplen con determinados principios (por ejemplo, si las premisas son verdaderas, la conclusión necesariamente será verdadera¹³). Es decir, se analiza la estructura interna del razonamiento.

Ahora bien, la lógica formal nada dice de la conformidad de determinado razonamiento con el ámbito fenoménico¹⁴.

Por ejemplo:

Todos los hombres tienen ojos azules

José es un hombre

José tiene ojos azules

Este razonamiento deductivo es *formalmente* válido, dado que si José está incluido en

¹¹ García Amado ob. cit.

¹² García Amado ob. cit.

¹³ En este punto seguimos los desarrollos de Manuel Atienza en "LAS RAZONES DEL DERECHO - Teorías de la argumentación jurídica", Universidad Nacional Autónoma de México, 1° edición, 2° reimpresión, año 2005. Disponible en Internet: <https://www.organojudicial.gob.pa/escuelajudicial/files/2017/06/ATIENZA.-Las-Razones-del-Derecho-Teor%C3%ADas-de-la-Argumentacion-Jur%C3%ADdica.pdf> . Consultado: 22/12/20, pág. 12.

¹⁴ Designamos como "ámbito fenoménico" lo que es percibido por los sentidos, (lo que vulgarmente llamamos "la realidad")

el conjunto "hombres", entonces se sigue que debe poseer las cualidades de ese conjunto (ojos azules).

Ahora, desde el punto de vista de la confrontación de este razonamiento con el ámbito fenoménico, encontramos que *la observación nos permite inferir que NO todos los hombres tienen ojos azules, por lo cual esa premisa es materialmente errónea.*

Aquí entramos en la esfera de la *lógica material* (también llamada lógica informal, tópica, retórica, dialéctica, justificación externa¹⁵), donde lo que se pretende es hacer *plausibles o probables* las premisas. La justificación externa se consigue a través de variados argumentos (vgr. experiencia, autoridad, precedente, analogía, absurdo, etc)

Cada premisa (vgr. todos los hombres tienen ojos azules) es una *proposición* del emisor (vgr abogado de la parte actora) **sujeta a aceptación o rechazo** por las otras partes (vgr abogado de la demandada y juez)

Siguiendo a Toulmin¹⁶, si se rechaza la *proposición*, (el actor debe ser indemnizado), el emisor tiene que dar *razones*¹⁷, (El actor venía circulando por la derecha en el cruce). Si no se aceptan las razones debe darse una *garantía*¹⁸; (el que circula por la derecha tiene prioridad de paso) y si aún no se acepta, debe darse un *respaldo*.¹⁹ (art. 41 ley 24449).

Muchas veces, en la práctica, la *proposición* va acompañada directamente del *respaldo* (vgr se invoca la excesiva onerosidad sobreviniente de una de las prestaciones a cargo del actor y se invoca el art 1091 CCC) sin dar *razones* ni *garantías*, con lo que se da un salto argumentativo que puede ser aceptado o rechazado.

¹⁵ Atienza, op. cit. pág. 26.

¹⁶ Atienza, op. cit. pág. 81 y siguientes.

¹⁷ "Las razones no son, pues, teorías generales, sino los hechos específicos del caso, cuya naturaleza varía de acuerdo con el tipo de argumentación de que se trate; en una argumentación jurídica típica, por ejemplo, serán los hechos que integran el supuesto de hecho de la norma aplicable al caso discutido." Atienza, op. cit. pág. 85, quien en esa misma página brinda este ejemplo de razón: "X es el único hijo de Y, quien falleció sin dejar testamento." Serían los específicos hechos del caso concreto.

¹⁸ "La naturaleza de las garantías depende también del tipo de argumento de que se trate, de manera que podrá consistir en una regla de experiencia, en una norma o principio jurídico, en una ley de naturaleza, etc. En todo caso, las garantías no son enunciados que descifran hechos, sino reglas que permiten o autorizan el paso de unos enunciados a otros." Atienza, op. cit. pág. 85, quien en esa misma página brinda este ejemplo de garantía: "Los hijos suceden (deben suceder) a los padres cuando éstos han fallecido sin dejar testamento." Sería la regla general, aplicable al caso concreto.

¹⁹ El respaldo es "...el campo general de información...que está presupuesto en la garantía aducida y que, naturalmente, variará según el tipo de argumento." Atienza, op. cit. pág. 86, quien en esa misma página brinda este ejemplo de respaldo: "El artículo 930 del Código civil." En este ejemplo, el respaldo sería la norma de determinado ordenamiento jurídico en la que se subsume el caso. Obviamente, según el caso, puede ser un solo artículo, o un conjunto de ellos, o una jurisprudencia plenaria o mayoritaria, etc.

En definitiva es la calidad de la argumentación la que válida tanto a la interpretación como a la posterior subsunción.

V. Un ejemplo jurisprudencial

El siguiente es un ejemplo interesante para ilustrar lo que venimos exponiendo: Se trata de un caso donde hay que decidir cuál es el plazo de prescripción aplicable a un contrato de consumo, atento a que la última reforma eliminó el plazo de prescripción de tres años contemplado en la ley 24240.

En este ejemplo jurisprudencial no se encuentra controvertido que el contrato de seguro cuyo incumplimiento se demanda es al mismo tiempo un contrato de consumo. Lo que se discute es el plazo de prescripción aplicable.

Las opciones son tres: el plazo de un año de la ley de seguros, el plazo genérico de 5 años del artículo 2560 del código civil y comercial, y el plazo de 3 años del artículo 2561 del mismo código.

Ahora bien, como vimos, para subsumir el plazo de prescripción en alguno de estos tres artículos necesitamos una previa interpretación. De otra manera el plazo que se aplique será puramente arbitrario.

La sentencia que reseñaremos, en la parte que aquí nos interesa, es la dictada en los autos **"GIACCAGLIA MARIANO C/ BOSTON COMPAÑÍA ARGENTINA DE SEGUROS S.A. S/ DAÑOS Y PERJ. INCUMP. CONTRACTUAL (EXC. ESTADO)"**²⁰.

El actor demandó a Boston Compañía Argentina de Seguros SA por una suma de dinero, en concepto de daños y perjuicios por incumplimiento contractual.

La demandada opuso la excepción de prescripción, fundada en el plazo de 1 año del art. 58 de la ley 17418, de Seguros.

La magistrada de grado admitió la excepción de prescripción oportunamente introducida.

Para así decidir, recordó que la ley 26.994 sustituyó el art. 50 de la ley 24.240, de

²⁰ Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mar del Plata, Sala Tercera, 01/12/20. Un video de nuestra autoría y el fallo completo pueden consultarse aquí: <https://camoron.org.ar/vidioteca-cam/video-seguro-defensa-del-consumidor-y-plazo-de-prescripcion-uno-tres-o-cinco-anos-hagan-apuestas/>

Defensa del Consumidor (LDC), derogando el plazo de 3 años para las acciones judiciales; y que ahora se discute si se aplica el plazo genérico de 5 años del art. 2560 del Código Civil y Comercial (CCC), o el de 1 año de la ley de seguros, por ser un plazo especial previsto en disposiciones específicas.

Entre esas posturas, la juez a-quo se enrola en la de aplicar el plazo de 1 año de la ley de seguros, porque a su entender no hay duda que genere la aplicación del principio de la interpretación de la ley en favor del consumidor²¹. Entiende que la situación normativa actual es clarísima: no hay más plazo de prescripción en la LDC para las acciones judiciales. Por su parte; el CCC no contempla un plazo específico y establece que los plazos genéricos previstos son aplicables en ausencia de disposiciones específicas²²; y que acá hay una disposición específica en la ley de seguros.

En la Alzada, el vocal preopinante es el Dr. Gerez, quien estructura sus argumentos de la siguiente manera:

** "Hay autorizada doctrina y jurisprudencia que sostiene que el plazo de prescripción en este tipo de acciones será de un año de conformidad con lo previsto por la ley especial (art. 58 ley 17.418) y otros coinciden con la aplicación del plazo genérico de 5 años que establece el art. 2560 del Código Civil y Comercial, e incluso algunos entienden que se aplica el plazo de 3 años del art. 2561, CCyCN..."*

Por lo tanto, recurriendo a un argumento de autoridad ("autorizada doctrina y jurisprudencia") el magistrado comienza por plantear que el tema no es claro y que hay varias posturas plausibles.

** "...si antes en esta Sala aplicábamos el plazo trienal de la ley de defensa del consumidor, aplicar ahora un plazo menor, afectaría el horizonte de resguardo legal alcanzado y por lo tanto resultaría contrario al principio "pro homine", ya que los Derechos de los Consumidores son una especie del género de los Derechos Humanos; a los principios, también con rango constitucional, de "progresividad-no regresividad" y de "eficacia directa o de*

²¹ "ARTICULO 1094 CCC.- Interpretación y prelación normativa. Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

En caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor."

²² "ARTICULO 2532. CCC- Ambito de aplicación. En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este Capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria. Las legislaciones locales podrán regular esta última en cuanto al plazo de tributos."

autoejecutoriedad”; y al principio “pro consumidor” que siempre hemos tenido en cuenta a la hora de decidir (cfr. art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; art. 42 y art 75 inc. 22, CN; arts. 29, CADH; causa “Caporaletti”, sent. del 6/6/2011).

De ahí que no estoy de acuerdo en emplear fórmulas mecánicas (ley especial sobre ley general), sino que hay que recurrir al diálogo de fuentes, y a una integración normativa en defensa de los consumidores de la Constitución Nacional, de los Tratados Internacionales y de los fundamentos del Código Civil y Comercial, que determina que las normas tuitivas de los consumidores del Código son el “piso mínimo” y “núcleo duro” que las leyes especiales no pueden perjudicar, bajo pena de afectar el sistema (cfr. “Fundamentos”; Título III “Contratos de Consumo”; Punto 1) “Método”, subpunto d).

El camarista recurre a una serie de principios y expresiones, (“pro homine”, “progresividad-no regresividad”, “diálogo de fuentes”) suerte de tópicos²³ hoy en día, para dar razones en favor de la no aplicación de un plazo de prescripción más corto que el que existía antes de la reforma.

* *“...por los fundamentos del Código Civil y Comercial referidos y por aplicación del art. 1094, en cuanto dispone que “...las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección al consumidor...” y que: “...en caso de duda sobre la interpretación de este Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor...”, debe comprenderse que hay que mantener el piso mínimo del art. 50 de la ley de defensa del consumidor, acudiendo al plazo especial de 3 años previsto en el art. 2561, CCyCN...”*

La inevitable vaguedad de la expresión “...en caso de duda sobre la interpretación de

²³ No utilizamos el término “tópico” en sentido despectivo, sino como aplicación de un método argumentativo (la tópica jurídica), consistente en argumentar con la ayuda de “tópicos”, es decir, lugares comunes u opiniones que gozan de consenso en determinado grupo. Expresa García Amado que “(e)sos topoi son argumentos estandarizados y consolidados en la práctica gremial y social y que, por sí y con su mera mención en el discurso, suscitan un eco favorable en el auditorio, parten de cierto consenso presupuesto” y ejemplifica: “En un debate sobre la interpretación debida de una norma para un caso, un interlocutor puede decir que a favor de tal o cual interpretación está el que la norma queda estéticamente más bonita así interpretada o el que ese significado es el que mejor cuadra con las intenciones del legislador al crear esa norma. En el primer caso está empleando un argumento estético y en el segundo un argumento voluntarístico o de interpretación semántico-subjetiva. La diferencia radica en que el primero no es usual ni se considera, entre los juristas de hoy, admisible en la práctica del derecho y como justificación de decisiones, mientras que el segundo sí es un tópico con solera, un argumento que resuena como admisible y valioso” (García Amado, Juan Antonio, “Decidir y argumentar sobre derechos”, primera edición, año 2017, editorial Tirant lo Blanch, México, pags. 39 y 40). Para los lectores interesados, también es recomendable Atienza, op. cit. capítulo segundo.

este Código o las leyes especiales...”, permite que lo que pareció “clarísimo” e indudable para la jueza de primera instancia (aplicar el plazo especial de un año del art. 58 de la ley de Seguros), desemboqué en otra solución en la instancia superior (aplicar el plazo especial de 3 años previsto en el art. 2561 del CCC)

* *"Concretamente, el art. 2561, CCyCN establece un plazo de prescripción de 3 años para el reclamo de la indemnización de daños derivados de la responsabilidad civil, cualquiera sea su origen (incumplimiento de una obligación o violación del deber general de no dañar, o de una relación de consumo); y éste es el plazo al que corresponde acudir a partir del cambio legislativo para la acción del asegurado que reclama los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato de seguros..."* La interpretación de las normas conduce a la subsunción del caso en uno de los supuestos del art. 2561 del CCC.

En la terminología de Toulmin:

- 1) *Proposición*: el plazo de prescripción es de tres años
- 2) *Razones*: El contrato de seguro es también un contrato de consumo
- 3) *Garantía*: En los casos de daños y perjuicios por incumplimientos de contratos de consumo, la prescripción es de tres años.
- 4) *Respaldo*: art. 2561 CCC.

VI. A manera de conclusión

1) La interpretación normativa es una tarea decisoria y previa la subsunción propiamente dicha, por la que se elige el sentido que se considera más adecuado para la solución del caso concreto.

2) Esta interpretación puede ser plausible (o racionalmente fundada); o arbitraria, (cuando se presenta con una fundamentación aparente, o directamente cuando carece de fundamentación)

3) Por lo anterior, queda claro que la subsunción dista de ser una actividad de carácter mecánico o automático, sino que convierte al juez en copartícipe o cocreador de la norma jurídica aplicable al caso concreto.

4) La argumentación permite conocer cómo se aplicó el método interpretativo – subsuntivo, es decir, las razones por las que se arribó a la construcción de determinada norma jurídica aplicable al caso concreto; lo que posibilita un posterior control y eventual aceptación

o rechazo por parte de terceros.

~