

# Revista *Verba Iustitiae*

*Escuela Superior de Leyes*

1a. Edición - 2022 - ISSN 2953-4836



**UM**

UNIVERSIDAD DE MORÓN



## AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD DE MORÓN

*RECTOR: Dr. Héctor N. PORTO LEMMA*

*VICERRECTOR: Ing. Enrique OTERO*

*SECRETARIO GENERAL: Dr. Pablo Gabriel NAVARRO*

*SECRETARIA ACADÉMICA: Mg. Arqta. Marcela KRAL*

*SECRETARIA DE INVESTIGACIÓN: Dra. Gabriela LEIGHTON*

*SECRETARIO DE EXTENSIÓN: Dr. Carlos Luis GOWLAND*

## AUTORIDADES DE LA ESCUELA SUPERIOR DE LEYES

*DECANO: Dr. Walter Oscar FERNÁNDEZ*

*SECRETARIO ACADEMICO: Dr. Carlos A. LO TURCO*

*DIRECTOR GENERAL DE LA CARRERA DE ABOGACÍA: Dr. Marcelo Gabriel COMBI*

**Es una publicación de la Universidad de Morón**  
**Escuela Superior de Leyes**  
Cabildo 134 - (B1708JPD) Morón, Prov. de Buenos Aires  
República Argentina

**ISSN 2953-4836**

## ÍNDICE

|    |  |    |
|----|--|----|
| 1. | AGRADECIMIENTOS .....  | 5  |
| 2. | PONENCIAS .....  | 7  |
| a- | “LA ENCÍCLICA FRATELLI TUTTI Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS RELACIONES HUMANAS Y UNA CLARA EXHORTACIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO VIGENTE”.<br>Autor: Dr. Walter O. FERNÁNDEZ .....         | 7  |
| b- | “NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU COLISIÓN CON LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS”.<br>Autora: Dra. Mariela SEMA .....  | 43 |
| c- | “LA NECESIDAD DE CONSIDERAR A LOS CRÉDITOS LABORALES COMO DEUDAS DE VALOR PARA EVITAR LA VULNERACIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES”.<br>Autora: María Clarisa BALDONI ..... | 63 |

3. COMENTARIOS DE FALLOS ..... 105

a- “COMPENSACIÓN ECONÓMICA – EFECTOS DEL DIVORCIO - CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL ART 442 CCYCN. PRUEBA. PERSPECTIVA DE GÉNERO”.

SUMARIO:

I.- ALGUNAS CONSIDERACIONES.

II.- EL INSTITUTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DERIVADO DEL DIVORCIO.

III.- PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL: “F.E.R. C/T.O. S/COMPENSACIÓN ECONÓMICA”.

IV.- PRUEBA. PERSPECTIVA DE GÉNERO.

V.- CONCLUSIONES.

Autora: CHENA, Patricia Laura ..... 105

b- “UN NUEVO FALLO QUE APLICA LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES”.

Autora: RAYA DE VERA, Eloísa B. .... 147

c- “LA GRAVITACIÓN DE ESTABLECER, EN PROPIEDAD HORIZONTAL, EL CARÁCTER DE LAS PARTES EN EXCLUSIVAS O COMUNES Y SU INJERENCIA EN LA RESPONSABILIDAD”.

Autor: FERREIRA MORAIS, Ignacio Enrique ..... 159

## 1. AGRADECIMIENTOS

Estimados colegas, con esta edición renovada intentamos mantener el espíritu que inspiró la histórica publicación de la anterior Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, de nuestra querida Universidad.

Recordemos haber sufrido un impasse importante como efecto directo de las medidas adoptadas por la pandemia, la cual potenció la modalidad de dictado de cursos a través de la plataforma virtual que, además de conectarnos con el mundo jurídico, nos abre un nuevo esquema de transferencia de conocimientos.

Reconocemos en general los esfuerzos que han aplicado, en anteriores ediciones de la Revista, aquellos profesores de la Facultad que lamentablemente hoy no pueden acompañarnos personalmente y con quienes siempre mantenemos un recuerdo permanente de gratitud.

Asimismo, proyectamos nuestro agradecimiento a los anteriores funcionarios del Decanato que constantemente nos alentaron para hacer visible la excelencia académica que caracterizó a nuestra unidad de Altos Estudios.

En este sentido, recordamos especialmente a los anteriores Decanos que precedieron este esfuerzo, como nuestro actual Rector, el Dr. Héctor N. Porto Lemma, y respecto de todos aquellos que nos guían desde otro plano y se han ocupado y preocupado por mantener latente ese espíritu, con la tenacidad que se desplegó en las ediciones de papel que todos leímos con atento interés.

Con el sentido de renovar la tradicional publicación, se ha ampliado el contenido de la presente edición con la inestimable colaboración de las opiniones de profesores de nuestra Casa y también de otros colegas, que han comprendido la pasión que nos representa su reimpresión.

A nuestros lectores, un profundo agradecimiento por ponderar la tarea de difusión de las ideas de nuestros Docentes y Colaboradores, que exclusivamente representan sus opiniones libremente, dejando en claro, que dicha opinión, pudiere no ser la opinión coincidente de la Escuela ni de la Universidad, y que han sido expuestas en el ejercicio de la libertad de enseñanza académica típica de nuestra Institución.

## 2. PONENCIAS

### ***α- “FRATELLI TUTTI Y SU INCIDENCIA SOBRE LAS RELACIONES HUMANAS Y UNA CLARA EXHORTACIÓN PARA EL CUMPLIMIENTO DEL DERECHO VIGENTE”***

*Autor:* Dr. Walter O. FERNÁNDEZ

*(Decano Escuela Superior de Leyes Universidad de Morón, República Argentina).*

La flamante encíclica del Papa Francisco, no, es más, que un compendio de la tormenta de conceptos filosóficos propios de la Doctrina Social de la Iglesia, en los que se ha convertido su catequesis a lo largo de estos 8 años en el timón de la Barca de Pedro.

A decir verdad, si bien, se habla del tercer documento firmado por el Jesuita P. Jorge Mario Bergoglio, lo cierto es, que la Encíclica “*Fratelli Tutti*”, es la segunda de su íntegra autoría, junto con “*Laudato Si*”, un documento, que no solo habla de la cuestión medioambiental y el cuidado de la Casa Común, sino que, a decir verdad, es la primera Encíclica Social por excelencia, que ha salido a la luz, en el presente siglo XXI. Ello así, pues si bien “*Lumen Fidei*” [La Luz de la Fe],

tiene su rúbrica, lo cierto es que podría considerarse, como el acompañamiento al documento inconcluso del Papa Emérito Benedicto XVI.

Ambos documentos, han sido inspirados, bajo la influencia del “Pobre de Asís”, de quien se recuerda el comentario del Cardenal Cláudio Hummes, *“No te olvides de los Pobres”*, al momento de la *“fumata blanca”* de marzo de 2013; personaje histórico, además de Santo, sobre el cual, el entonces Cardenal Primado de Argentina, habría optado su nombre, *como sucede a lo largo de 21 siglos, a excepción de Pedro*, para el desempeño de su Papado.

No es menos cierto, que también Francisco de Asís, para muchos, fue considerado “El Loco de Asís”. ¿Porqué? Porque para su tiempo, signado por las grandes diferencias sociales, y los conflictos permanentes, como ser las Cruzadas o Guerras Santas por el predominio sobre Jerusalén y los denominados lugares santos, para las religiones monoteístas, como así también en las luchas fratricidas entre los distintos Ducados o Principados de la actual Italia y toda Europa, era un “signo de contradicción”, como lo fue en su momento, el propio Jesucristo, al inicio de su vida pública. Vale recordar el encuentro entre Francisco y sus Hermanos, con el Papa Inocencio III en 1209, en Letrán, que, por la tradición histórica, fue un escándalo para la entonces Curia Vaticana, pues el Pontífice, habilita verbalmente a Francisco de Asís, a iniciar su camino misional, que no es otro que el volver a los

valores que había predicado Jesucristo, y sobremanera de convertirse en el primer cultor [al menos por su rica historia que así lo demuestra] de la ecología y de la toma de conciencia sobre la Casa Común. Autorización definitiva de la Orden, que llega con Honorio III, recién en 1223.

Ambos modos de vivir la Vida [*Jesús y del joven mundano Giovanni di Pietro di Bernardone, quien luego de despojarse de todo, en la actual Basilica de la Explotación, pasa a llamarse simplemente Francesco*], acorde a enseñanzas y valores, fue aprovechado para el libre pensamiento y su pretendida influencia en las luchas de poder. Es decir, personajes [ahora centrales de la historia] que no pasaron tan desapercibidos, pero tuvieron que transcurrir décadas y quizás siglos, para que su pensamiento, principios y valores, fueran reconocidos y puestos en práctica por sus adherentes. Principios, que, a fuer sinceros, trascienden a toda ideología, doctrina y forma de ser.

En efecto, a través de los 8 Capítulos, en los cuales se subdivide el segundo documento de entera autoría de Papa Francisco, **en primer lugar, nos encontramos con un panorama actual, que refleja los estándares a los cuales, se encuentra sometida la Sociedad toda, y nos referimos de esta manera, de un modo universal, no propio de país o región alguna.** Así, invita a una Sociedad más Justa y Solidaria, donde las diferentes Teorías, como ser la del

“descarte” que afecta, no al estrato intermedio, sino que primariamente recae sobre Niños y Ancianos.

Puede resultar que referir a un “mundo cerrado”, pareciera hasta un impedimento que es un común en el desarrollo de las relaciones universales, que habla de sueños que se rompen.

Francisco, nos habla de un “fracaso” de los regionalismos, que parecían la solución a las posguerras, y a las crisis humanitarias y económicas, refiriéndose estrictamente a Europa y a Latinoamérica, y a la aparición de peligrosos nacionalismos. Lamentablemente, nos muestra que la justicia y la solidaridad, sumado al amor, no son el común denominador en las relaciones transnacionales, no siendo una constante entre quienes componemos el tejido social universal, sino que debe ser conquistado día a día.

Hay una referencia, sobre “abrirse al mundo”, que nos lleva a recordar a San Juan Pablo II, el cual, en una de sus visitas a Cuba, le refirió a su entonces líder natural, Fidel Castro, “que Cuba se abra al Mundo”, y éste le “replicó” con algo más que pretendía con un “que el Mundo se abra a Cuba”, para contrarrestar lo que aún hoy continúa, que es el bloqueo económico, con sus propios vaivenes políticos, a expensas de quien ocupe el Salón Oval en Washington, desoyendo muchas veces el

acercamiento propuesto, incluso por el propio Bergoglio con el entonces Mandatario Obama. La ausencia de apertura y/o libertad de los capitales para las inversiones, sin vallas en todas las naciones, son aprovechados por la economía global para imponer “un modelo cultural único” [Cap. 1ro, Ac.12]. Le asiste toda la razón, cuando un mundo es unificado, y que acerca a todos, pero que una sociedad globalizada, no nos hace más hermanos, sino que nos pone lejos de la “*fratellanza*”, uno de los dos principales ejes del documento en análisis, vulnerando a los más débiles y pobres, citando al “Príncipe” de Maquiavelo, con este disvalor de “Divide y Reinará”.

A esto, agrega y funda, con la deconstrucción de la historia rica de las diferentes naciones, y la penetración cultural, que incluso nos atrevemos a decir, que no es más que el echar al olvido a los hombres y mujeres que forjaron las naciones, los del siglo XIX y a los recientes del Siglo XX, como sucede con algunos atisbos [o francos ataques frontales] de borrar de la memoria la historia, no solo de quienes están en el bronce, sino con la memoria de nuestros mayores. Vale decir, que el sistema jurídico romano germánico, se forjó bajo las “*mores maiorum*”, que, no es otra cuestión, que haber tomado la costumbre y la memoria de los antepasados para generar normas. Esto, no implica desterrar o rechazar una construcción unificada de un derecho universal, como sucede con los Tratados de Derecho Internacional plurinacionales, en su mayoría referidos a Derechos Humanos. Si el avenimiento a

una norma internacional es para bien, bienvenido, si es para echar por tierra derechos adquiridos, por imposición de poderes económicos, no está nada bien.

Francisco, habla que, en muchos casos, los valores sagrados de Democracia, Libertad, Justicia y Unidad han sido menoscabados para ser utilizados como instrumentos de dominación.

No cabe duda, que vivimos en un mundo de desconfianza, donde se siembra la desesperanza, utilizando el método nefasto de fomentar la rispidez, incluso negar al otro el derecho de opinar, “ser dueños de la verdad”, ser jueces mediáticos [de acelerar los tiempos de la Justicia, condenando anticipadamente], reduciendo por este medio, para prevalecer la prepotencia del más fuerte, generando siempre la dicotomía de quien dice tener razón, y generalmente en el descarte de quienes “ya no sirven”, llegando a un grado de insensibilidad tal, que pareciera convertirnos en “Dioses” que deciden quienes pueden formar parte de la “Casa Común” y quienes no, sabiendo que es un lugar, al que estamos todos incluidos, y destinados a cuidar dicho espacio. Habrá que convencerse, cada uno, desde su lugar, en ser propulsores de dicha inclusión, teniendo preeminencia de pensamiento, que, en esta, nuestra Casa, “**no sobra nadie**”.

En su acápite 22 de su capítulo de exposición de la realidad actual, Francisco habla de “Derechos Humanos No Suficientemente Universales”, donde a nivel

mundial, se percibe que no todos los hombres y mujeres acceden a ese derecho, e incluso, son reducidas a “cosas”, con las nuevas formas de esclavitud de la trata de personas, trabajo de menores, etc., como fuera, no solamente en los mencionados tiempos de la Roma Antigua, sino incluso, si nos atenemos a nuestra propia Historia, en el Siglo Colonial, las Mujeres, por ejemplo no tenían acceso a la educación, y al igual que la denominada “ley de bronce”, sólo tenían derecho a ser madres, o conminadas, no por vocación, a integrarse a una comunidad religiosa, y ni pensar de votar, o acceder a cargos electorales, situación que nos lleva a la mitad del Siglo XX y al propio albor del Siglo XXI. A decir verdad, y al referirnos a nuestro Sistema Jurídico en particular, poseemos un rico plexo normativo, en nuestra propia Constitución Nacional, habiendo adoptado en 1994, el rango constitucional, por encima de la propia ley, de los Tratados de Derechos Humanos, e igualdad de derechos y oportunidades.

En tal sentido, la Norma Fundamental Argentina, incluyó en su Reforma de 1994, y dentro de las atribuciones del Congreso de la Nación, las cuales, se encuentran en el Capítulo Cuarto, lo siguiente:

***Art. 75: Corresponde al Congreso: ...” Inc. 22 Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las Leyes.***

***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 Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño y del Adolescente; 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. Los demás Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.***

“Obviamente, debemos preguntarnos como Sociedad si la dignidad humana [prevista incluso en su inviolabilidad en el Código Civil y Comercial Unificado], es

reconocida, protegida y promovida en todas las circunstancias, dado que, en mayor o menor parte de su redacción, la Igualdad de Oportunidades, se encuentra consagrada en estos acuerdos internacionales.

Al igual, que su Santo Inspirador, luego de 8 siglos de la cumbre Francisco de Asís/Sultán de Egipto Malek al-Kamen, realizado durante la Quinta Cruzada, Papa Francisco, también tuvo su encuentro con un líder religioso como el Imán de Abu Dhabi, Ahmad Al-Tayyeb, firmando un documento sobre la fraternidad humana, la paz mundial y la convivencia común.

Ambos, señalan que sin ignorar los avances científicos, tecnológicos, médicos, industriales y de bienestar, en aquellos países desarrollados, “a contrario sensu”, vuelve a aflorar el ideario de León XIII, en su “*Rerum Novarum*”, traído por San Pablo VI, en “*Populorum Progressio*”, y San Juan Pablo II en “*Laborem Excersens*” y “*Centessimus Annus*” [ambas escritas en el 90° aniversario y Centenario de la *Rerum Novarum* respectivamente], Encíclicas Sociales por excelencia, que dichos beneficios transcurrido 1 siglo y medio casi, y peor aún dentro de la edad moderna, **no están al servicio del hombre**, si todos no pueden lograr el alcance genérico y la dignidad en el trabajo, acotando ese bienestar general que en muchos casos, es exclusivo para unos pocos, no existiendo equidad e inclusión social para todos.

Viene en relación con ese documento firmado, y a lo anteriormente expuesto, el claro mensaje de Francisco en su jornada de oración del 27 de marzo pasado, ante una imagen fuerte de ver una Plaza de San Pedro, vacía, pero con la asistencia en oración en todas partes del Mundo, ante el avance de la pandemia, cuando sostuvo que estamos todos en la misma Barca, **y que nadie se salva solo.**

Volviendo al uso de las tecnologías, pareciera que el sorpresivo gusto generalizado por la virtualidad nos hace perder el sentido de la cercanía y el sabor de la realidad. Por el contrario, San Pablo VI en su *“Populorum Progressio”*, habla de una tecnología al servicio del desarrollo humano <sup>1</sup>. Esta situación gravísima y globalizada de la pandemia, no debería hacernos caer en una fiebre aún más consumista y en el acrecentamiento del egoísmo. Debemos tener presente, que se han perdido generaciones enteras **[sobre todo en aquellos países que creímos más avanzados]**, y nos hemos quedado en muchos casos, con la falta de esa tradición oral y la sabiduría de los mayores. Resulta duro, pero no menos cierto la referencia del Pontífice al señalar en que debemos evitar el **“sálvese quien pueda”**, que puede convertirse, si no somos conscientes en

---

1 <https://www.vanthuanobservatory.org/esp/la-tecnologia-al-servicio-del-desarrollo-humano-en-la-perspectiva-de-la-populorum-progressio/> por Flaminia Giovanelli, Dicasterio para el desarrollo humano integral.

un **“todos contra todos”**, siendo peor que el COVID 19, o cualquier tipo de catástrofe.

Concluye el panorama global, que propone Francisco en el primer y vital capítulo de su Encíclica, con las cuestiones migratorias, y la gravedad del aumento de la xenofobia en tantísimos países, señalando que en muchos casos los migrantes debe ser protagonistas de “su propio rescate”, y una pérdida del sentido de responsabilidad fraterna. Europa es testigo del cementerio en el cual se ha convertido el Mar Mediterráneo, otras regiones, también son espectadores del tráfico de personas, y sobremanera en el límite donde el migrante [de cualquier edad, color, religión, género], es tratado por organizaciones siniestras inmersas en el tráfico de personas.

Lo grave es, que, en muchos casos, podría suceder que incluso nosotros, nos volvamos intolerantes, y hasta xenófobos. En el particular caso de nuestro País, no podemos olvidar recordando una canción [de Lito Nebbia, quien estuviera exiliado en México], que en un altísimo porcentaje “Los Argentinos, venimos de los barcos”, y somos Hijos o Nietos de la gran corriente migratoria que escapó de Europa a principio del XX durante ambas contiendas mundiales, constituyendo el denominado “crisol de razas”.

Además, no abunda señalar que Argentina, además de ser signataria de la Convención por los Refugiados, es sede regional de la Agencia ACNUR, para la Protección de las personas en calidad de tales, y que además, no solo trabaja en un aspecto referido al eventual asilo, sino contra la Trata y la Protección contra el Abuso Sexual, y todo flagelo que pudiere sufrir una persona, como nosotros, que proviene de otro país, y que vino en busca de horizontes más claros, como bien, lo hicieron nuestros Abuelos y Padres.

Con esa foto auténtica, que a través del primer capítulo Francisco, nos muestra la realidad global, respecto a la carencia de los valores que intenta reflotar en su documento, empieza a transitar sobre nuestra actitud respecto al otro, al prójimo...al próximo...al semejante...

Si bien, nos pone como ejemplo la parábola del Buen Samaritano, donde suponiendo que quien podría ser el más cercano y con más obligación de asistencia, es el que se desentiende del prójimo golpeado, maltrecho, resultando paradójico que sea un desconocido, quien se ocupa, y logra la empatía con el desposeído, realiza una crítica que incluye a la propia Iglesia.

En efecto, reflota todos los ejemplos de Jesús a lo largo de los Evangelios, donde siempre pone por delante al prójimo, al otro, al desposeído, y el desinterés nuestro, que bien puede ser motivo de sucesivas excusas de no prestar atención de

quien pasa por nuestro lado, o nos necesita. La crítica, enmascarada en el asombro de reflexionar la falta de condena de la propia Iglesia que conduce en la Tierra, en haber tardado siglos, en condenar la esclavitud y las diversas formas de violencia.

Esta cuestión, nos remite directamente a la protección de los Derechos Humanos, los cuales, en lugar de ser cada vez más restringida su enumeración, sobre los 30 originales de la Declaración Universal, en la actualidad, se extienden a unos 60 aproximadamente, que incluyen hasta al Agua, como tal, lo que presupone, que en muchos casos, temamos que el ejercicio del mismo, pueda ser erróneamente como el fusible, para desencadenar futuros conflictos, o el peligro de la “tercera guerra” [como ha sostenido a lo largo de sus catequesis], no solo por la amenaza nuclear, sino por los pequeños focos de violencia desatados a lo largo del planeta, por la posesión de recursos naturales, como por ejemplo el líquido elemento, fundamental para la vida humana.

En nuestro caso, se ha arribado a sinergias que comienzan en 1994, con la Reforma Constitucional, y que en forma permanente, al tener preeminencia sobre la Ley, los denominados Tratados y Convenciones Internacionales, las diferentes normas sancionadas, promueven la defensa de estos DDHH, e incluso, dentro de la normativa civil y comercial, se generó el fenómeno de “constitucionalización del derecho privado”, donde en las relaciones jurídicas

se antepone a todo, la garantía de protección de esos derechos inherentes a toda persona humana.

*Dentro de esa llamada “Constitucionalización” [valga lo gráfico de la expresión, que constituye para algunos un neologismo] podemos ver un claro ejemplo, recurriendo a la parte pertinente, de los 2 primeros artículos del Código Civil y Comercial Unificado de la República Argentina.*

*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. ... [Art. 1°, 1er párrafo, del Código Civil y Comercial República Argentina, Ley 26994, Anexo I]*

*2° [Interpretación] La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados de Derechos Humanos, los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento. [Art. 2 “in totum” del citado Código]*

*Otro ejemplo de la solidaridad, de las que nos habla “Fratelli Tutti”, y de la fraternidad que debemos practicar entre los hombres, puede ubicarnos en los alcances del Art.9° de nuestra Norma Reguladora de Derecho Privado...como ser,*

*al decir que “Los derechos deben ser ejercidos de buena fe” [Art. 9° Código Civil y Comercial Unificado de la República Argentina]*

*Vale decir, que una norma que estaba ubicada en el Libro de los Contratos [Ex Artículo 1189, del Código Civil de la Nación, creado por Dalmacio Vélez Sarsfield, que rigió en la República hasta el 15 de agosto de 2.015, y sobre cuyo origen nos debemos remontar al Derecho Natural, resulta de carácter obligatorio, para las relaciones jurídicas sin excusa. Esto quiere decir, que los particulares, [que incluyen a los Colegas...] deberán abstenerse de obrar de mala fe, sea en el ejemplo que se les pueda ocurrir, como así también, evitar toda argucia maliciosa en el ejercicio de la profesión.*

*Al decir de quien fuera Maestro de Generaciones de Abogados en nuestra Patria [y lo sigue siendo a través de su perenne obra] Guillermo Borda, la buena fe en la celebración del contrato obliga a las partes a expresar sus ideas con claridad. Proviene del Derecho Romano y nuestros tribunales la han aplicado reiteradamente, en especial, en los contratos con cláusulas predispuestas <sup>2</sup>. Vale señalar, como dato muy importante, que el Codificador de 2015, en nuestro plexo normativo*

---

<sup>2</sup> El principio de la buena fe por GUILLERMO A. BORDA diciembre de 1991 REVISTA SIGNOS UNIVERSITARIOS - MISCELANIA II - Nro. 20, pág. 41 EDICIONES UNIVERSIDAD DEL SALVADOR. Id SAJJ: DACA930347.

civil y comercial, ubicó la “Buena Fe”, como aplicación para el ejercicio de todos los derechos, la aplicación de este principio, de orden natural, de expresar en las estipulaciones contractuales, la claridad que merece toda relación jurídica, que evita colisión de intereses, y por ende la generación de conflictos.

### ***De la Sociedad que requiere una apertura universal***

Dentro del mismo orden de ideas, vale señalar que Papa Francisco, recurre seguidamente a la cuestión de las denominadas “periferias”, y en el punto 97 y subsiguientes de su Encíclica, habla de que resulta necesario ampliar “mi círculo, de llegar a aquellos que espontáneamente no siento parte de mi mundo de intereses, aunque estén cerca de mí”<sup>3</sup>.

Resulta triste muchas veces, que, a un ciudadano común, como cualquiera de nosotros, se lo haga sentir extranjero en su propia tierra. Si bien, el Santo Padre, habla de racismo, el mismo, en muchos casos, y sumado a un factor execrable como es la xenofobia, hacia el verdadero extranjero, nos hace caer, lo que es para muchos

---

3 Fratelli Tutti, Punto 97, págs.64/65, editado por Oficina del Libro, Conferencia Episcopal Argentina.

un neologismo que es la denominada aporofobia, es decir la fobia al pobre. Algo de lo que habla muy bien, la filósofa española Adela Cortina Orts, en su libro <sup>4</sup>.

Como Sociedad, y como Estado de Derecho, no debemos permitir, que dicho vocablo, proveniente del griego “áporos” [el pobre, el desvalido], “fobéo” [temer, prevenir, odiar, rechazar], sea común y corriente, con el trato para con el prójimo, el próximo. Muchas veces, entendemos que ese problema, es de la frontera europeo-africana, donde el Mar Mediterráneo, se ha convertido en la tumba olvidada de miles de africanos, que intentan huir, de la pobreza, de las hambrunas, de las guerras fratricidas. En mayor o menor medida, nos sucede a todos, y logra convertirse en una epidemia universal, permitiéndoseme utilizar este vocablo para describir la situación.

Bien, la Autora descripta anteriormente, habla de **“Un desafío para la democracia”**. Está claro que, en un estado totalitario, la aporofobia, el desprecio al extranjero y al pobre, donde están cercenadas las garantías, sería un común denominador, y se operarían medios drásticos, como ser arrasado con un barrio de emergencia, como ha sucedido en nuestro país, para dar algunos ejemplos, o una deportación sin miramientos.

---

<sup>4</sup> Aporofobia, el rechazo al pobre, Un desafío para la democracia, Adela Cortina Orts, Ediciones Paidós.

Sin embargo, en nuestro ordenamiento, existen numerosos ejemplos de protección de esos derechos, que aseguren la igualdad de oportunidades, pero sobremanera, y teniendo presente que, en nuestra Constitución Nacional, como señalara al inicio de esta ponencia, las Convenciones y Tratados Internacionales de Derechos Humanos, son de raigambre constitucional, y poseen jerarquía superior a las Leyes de la Nación. Y no abunda señalar, que no existe Cuerpo Normativo relacionado a la materia, que no hable de la no discriminación y de la igualdad de oportunidades.

Yendo a algunos ejemplos de naturaleza normativa local, tenemos los Arts. 13, 14 y el Art. 14 bis, de la Constitución Nacional, que rezan:

**Artículo 14.-** *Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio; a saber: de trabajar y ejercer toda industria lícita; de navegar y comerciar; de peticionar a las autoridades; de entrar, permanecer, transitar y salir del territorio argentino; de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa; de usar y disponer de su propiedad; de asociarse con fines útiles; de profesar libremente su culto; de enseñar y aprender.*

**Artículo 14 bis.**- *El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor, jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas, con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público; organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial.*

*Queda garantizado a los gremios: concertar convenios colectivos de trabajo; recurrir a la conciliación y al arbitraje; el derecho de huelga. Los representantes gremiales gozarán de las garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión sindical y las relacionadas con la estabilidad de su empleo.*

*El Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, que tendrá carácter de integral e irrenunciable. En especial, la ley establecerá: el seguro social obligatorio, que estará a cargo de entidades nacionales o provinciales con autonomía financiera y económica, administradas por los interesados con participación del Estado, sin que pueda existir*

*superposición de aportes; jubilaciones y pensiones móviles; la protección integral de la familia; la defensa del bien de familia; la compensación económica familiar y el acceso a una vivienda digna.*

**Artículo 15.-** *En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República.*

Además, los Arts. 17 y 17 bis, de la Ley de Contrato de Trabajo [Ley 20744], establecen:

**Art. 17. — Prohibición de hacer discriminaciones.**

Por esta ley se prohíbe cualquier tipo de discriminación entre los trabajadores por motivo de sexo, raza, nacionalidad, religiosos, políticos, gremiales o de edad.

**Art. 17 bis.** Las desigualdades que creara esta ley a favor de una de las partes, sólo se entenderán como forma de compensar otras que de por sí se dan en la relación.

Francisco, hace alusión en su encíclica, a un discurso que realiza a los jóvenes, donde señala: “el futuro no es monocromático, sino que es posible si nos animamos a mirarlo con la variedad y en la diversidad de lo que cada uno puede aportar. Cuanto necesita aprender nuestra Familia humana a vivir juntos en armonía y paz sin necesidad de que tengamos que ser todos igualitos”<sup>5</sup>.

Relativo a la necesidad de conformar un mundo universal, que no destaque razas, credos, cuestiones de diversidad de género negativas, el Estado Nacional, a través de sus organismos, debe velar por el respeto a estos derechos humanos [que no son de propiedad exclusiva de goce de algunos, sino de Todos]. En tal sentido, ejerce su denominado Poder de Policía, en cuanto al Trabajo, Atención de las Discapacidades, Xenofobia, Discriminación, Igualdad de Oportunidades para la Educación, a través de sus organismos específicos, en prevención de la posibilidad de conculcación, lesión o restricción de algunos de estos derechos<sup>6</sup>.

Cabe también hacer mención, que la propia Constitución Nacional en su Art. 43, ha incluido dentro del plexo normativo fundamental del ordenamiento jurídico, la

---

5 Discurso a los Jóvenes, Tokio, Japón, 25/11/2019: L'Osservatore Romano, ed. Semanal en Lengua Española [29/11/2019, pág. 15.

6 explora\_fasciculo\_01\_igualdad\_de\_Oportunidades-compressed – Ministerio

posibilidad del inicio de acciones a los Ciudadanos, que vean lesionados, restringidos, alterados o amenazados, mediante arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, aquellos Derechos y Garantías que sean reconocidas por la Constitución.

**Artículo 43.-** *Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva.*

*Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización.*

*Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística.*

*Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio.*

Este texto, fue incorporado en 1994, y previamente, se hallaban diseminados por el ordenamiento jurídico. No se trata de más ni nada menos que de estas 3 acciones, bien descriptas dentro del citado artículo:

- a) Acción de Amparo
- b) Habeas Corpus
- c) Habeas Data

O sea, estamos en la presencia, de un ordenamiento, que no pretende ser por parte del Estado, ni de los Ciudadanos y Habitantes [repárese que habla de toda persona, sin distinguir] utópico, que proteja Derechos y Garantías de raigambre constitucional.

### **De la Libertad, Igualdad y Fraternidad**

Sin hesitación alguna, podemos decir, que el Pontífice autor de esta encíclica eminentemente social, junto con su similar “Laudato Si”, insiste para bien instalar en el género humano, algo que pareciera inusual en estos tiempos...la “*Fratellanza*” [trad. Esp. *Fraternidad*]

Precisamente los 3 valores que titulan su punto 103, de la Encíclica, fueron aquellos que enarbolaron los revolucionarios franceses, allá por el 1789, como conjunción de un ideal de Justicia Social.

Entiendo que no en vano, arranca por la última de dichas premisas, como un valor que tiene mucho para ofrecer a los dos primeros, la libertad y la igualdad.

Recomiendo la especial lectura, sobre el debilitamiento de la libertad, con un pobre fin de pertenecer a algo o alguien, o sólo para poseer y disfrutar, como así

también que la igualdad, se define en abstracto con el viejo axioma “todos los seres humanos son iguales”.

No se puede concebir al hombre, como una unidad de medida, para ser libre, pues la individualidad no logra conmovier los diferentes estratos sociales, para hacer un mundo mejor. Francisco, habla que el individualismo radical es el virus más difícil de vencer <sup>7</sup>.

Para eso, también destaca el valor de la solidaridad, como virtud moral y actitud social <sup>8</sup>.

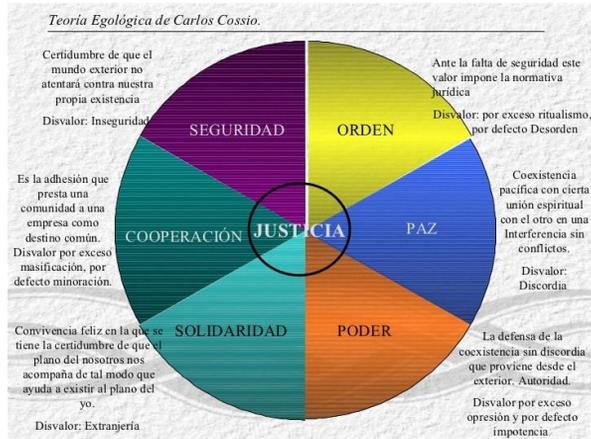
Sobre particular, no puedo dejar de mencionar a un Gran Jurista Argentino, el Maestro Carlos Cossio <sup>9</sup>, a quien siempre cito, al momento de dictar las clases de la asignatura que codirijo junto al Dr. Porto Lemma, que, dentro de los valores, anteponiendo los mismos a los disvalores, logra alcanzar el ideal de Justicia.

---

7 Fratelli Tutti, Puntos 103/104/105, págs. 69/70, Oficina del Libro, Conferencia Episcopal Argentina.

8 Op. Cit. Punto 114, con mención al Mensaje para la 49na Jornada Mundial de la Paz, 1 enero 2016 [8 de diciembre de 2.015]

9 Carlos Cossio, (San Miguel de Tucumán, 3 de febrero de 1903 – Buenos Aires, 24 de agosto de 1987) fue un jurista, abogado, filósofo del derecho, militante universitario reformista y profesor argentino. Dentro de sus principales obras está la concepción de la Teoría egológica del derecho.



[9 bis]

El citado Jurista, oriundo de nuestra Provincia de Tucumán, cuna de la Independencia, es el autor de la célebre “Teoría Ecológica del Derecho”<sup>10</sup>. Repárese en la imagen acompañada como llega al ideal de Justicia Social.

No es más allá que la suma de valores, como ser Seguridad; Orden; Paz; Poder; Solidaridad y Cooperación, que se unen llegando al valor supremo Justicia.

<sup>10</sup> 9 bis. <https://es.slideshare.net/Haruka303/presentación-carlos-cossio>

### ***El Mundo del Trabajo, la Dignidad y el peligro de la Especulación***

Alejándonos un poco del texto encíclico que nos ocupa, y su relación con el mundo del derecho, el ministerio que ejerce en estos momentos, Papa Francisco, primer Papa Latinoamericano, vuelve a un tema redundante, el cual es el del Trabajo y su dignidad.

En nuestro país, y entiendo que, en la mayoría de aquellas naciones soberanas, el trabajo está regido por normas, quizás muchas dotadas de uniformidad, pero teniendo como premisa básica que, al mismo, lo forman 2 partes, el Trabajador y el Empresario o Empleador.

Además, de la Constitución que citamos antes, la Ley de Contrato de Trabajo, existen las Convenciones Colectivas de Trabajo, que son dictadas como nos enseñaran nuestros Maestros del Derecho Laboral y de la Seguridad Social, con “cuerpo de contrato y alma de ley”. Ello así, pues quienes pertenezcan al Gremio, Sindicato o Corporación, deberán ceñirse al mismo, como a la Ley.

Ahora bien, y dentro de los Derechos Humanos, que, como un viento fresco, sobrevuelan no solo este humilde aporte, sino nuestra vida misma, Francisco dice que el mundo del trabajo es una prioridad humana, porque proviene del Mandamiento que Dios dio a Abraham “ve, haz crecer la tierra, trabaja la tierra, domínala”.

Varios Pontífices a los que citamos, León XIII, San Pablo VI, San Juan Pablo II, hicieron hincapié en el mundo del trabajo, como un contrato noble, donde una persona, ejerce su fuerza, capacidad e idoneidad, para la producción de bienes y servicios, a cambio de su salario, que lo haga vivir dignamente, tanto a él, como a su familia, que le procure sustento, educación para sus Hijos, esparcimiento, etc.

Allí, obtiene un rol fundamental, no sólo el trabajador, sino el empresario. No hay buena economía, dice el Papa, sin buenos empresarios.

El verdadero empresario, conoce a sus trabajadores, porque trabaja con ellos, y es principal artífice de la dignidad del trabajo.

Pero, el riesgo comienza, cuando aparece algún dador de trabajo, que ingresa dentro de un terreno, que confunde la nobleza de este mundo del que estamos hablando. Y es el empresario especulador.

Ello así, es el que ve a la empresa para sacar provecho, para él solo, echando, ejerciendo algún tipo de “lockout”, utilizando, quitando el valor de la dignidad de la persona, en fin, retrotrayéndonos a siglos pasados, donde lo podríamos comparar con un señor feudal.

Ahora bien, cuando a la economía la habitan los buenos empresarios, las empresas son amigas, actúan con Responsabilidad Social Empresaria y dignifican

al Hombre, pero también unen fraternalmente a dicho Empresario con el Mundo Social.

No cabe duda, que el trabajo es muy distinto el de hoy, al de mañana, así pasó en la época victoriana y la Revolución Industrial, en la vigencia de la llamada “Ley de Bronce”, donde el proletariado, tenía pocos derechos, como el de agrandar su prole [de allí su nombre, Proletarios] y sobremanera en la de hoy, donde el avance de la tecnología cambia las condiciones, pero lo que nunca debe cambiar, es la protección de la dignidad. Concluyo este punto con una parte del discurso papal en una fábrica ubicada en Génova **“Sin Trabajo, se puede sobrevivir, pero para Vivir, es necesario el Trabajo”**<sup>11</sup>.

### ***La Fraternidad, la Religión y la Violencia***

Al finalizar su aporte vital de pensamiento, Francisco, dedica un Capítulo, al sentido de la religión, y hacia un destino común de Paz, destacando que el Amor de Dios, en cualquiera de sus personas, sea de la religión que sea, incluido el ateo o el agnóstico, también es Amor.

---

11 Visita Pastoral del Papa Francisco a Génova, Encuentro con el Mundo del Trabajo, Establecimiento Siderúrgico ILVA, 27/5/2017, Dicasterio para las Comunicaciones, Librería Editrice Vaticana.

La Fraternidad religiosa, no va más allá del diálogo, y la necesidad de encontrar espacios, sin entrar en falsedades o escondiendo las verdaderas convicciones por el solo hecho de consensuar con el otro que piensa distinto.

Lo esencial, de todos los caminos, resulta ser el Amor al Próximo, el tener la empatía suficiente, de ponerse en lugar del otro, antes de tomar una decisión o ejercer una conducta, que nos puede parecer buena y conforme a derecho, pero puede afectar moral, física y hasta patrimonialmente a la otra.

Lo que debemos tener en claro, que el culto, a cualquier Dios, ***“no lleva a la discriminación, al odio y la violencia, sino al respeto a la sacralidad de la vida, al respeto a la dignidad y a la libertad de los demás y al compromiso amoroso por Todos”***

No cabe duda, que resulta intolerable la violencia fundamentalista de algunos grupos [y se deja en claro que no nos estamos refiriendo únicamente a quienes todos tenemos en mente, porque incluso los hay de todas las religiones, que marcan algún tipo de actitud intolerante o violenta para quienes se contraponen a sus convicciones] y esto no puede recibir justificativo de ningún tipo. Vale recordar que la Iglesia, ha cometido actos reñidos con las enseñanzas de su Fundador [vgr. a) *el caso de la traición de Felipe IV, el Hermoso y el Papa Clemente V, contra la*

*Orden del Temple, cuyo objeto fue terminar con esta orden de monjes guerreros, por no poder afrontar la enorme deuda que había contraído el reino de Francia, y que termina con más de 50 templarios en la hoguera; b) las atrocidades cometidas que denunciara Fray Bartolomé de las Casas; c) la Inquisición; d) la expulsión de la Compañía de Jesús, por intentar esta, seguir las enseñanzas de Iñigo de Loyola, y conformar a los pueblos indígenas en comunidades organizadas, y e) finalmente, sin dejar de pensar en algo actual, para lo cual, Francisco ha decidido aplicar Tolerancia Cero, con los abusos cometidos por miembros de la Iglesia]*

Como dijo San Juan Pablo II, en su misa celebrada en Buenos Aires, el 12 de junio de 1982 **“Hagan con sus manos una cadena de unión, más fuerte que las cadenas de la guerra. Así serán jóvenes y preparadores de un futuro mejor...”**. Estas palabras, las dijo a los Jóvenes cuando nuestro país, mantenía un conflicto armado con Gran Bretaña, por las Islas Malvinas, Georgias y Sándwich del Sur, y cuyo reclamo soberano, se mantiene incólume, pero con compromiso de no caer en conflicto bélico de ningún tipo. Esta, fue una herida, que pudo sanar en algunos casos, pero ha dejado cicatrices en todos nosotros.

No cabe duda, que el diálogo, es el camino, y Francisco, motivado por Francisco de Asís, previo a culminar su Carta, menciona a Martin Luther King, Desmond Tutu, el Mahatma Gandhi, cultores de la no violencia, más allá de haber perdido sus vidas,

en dos de los casos, por la intolerancia. Vale también, el ejemplo de Nelson Mandela y el fin del apartheid en Sudáfrica, evitando cualquier tipo de violencia.

#### **CONSIDERACIONES FINALES:**

Este humilde aporte, que trata de simplificar la multiplicidad de derechos humanos que en nuestras Casas de Altos Estudios, y en particular en las Unidades Académicas de Leyes, pretende dejar plasmado la situación de dichas declaraciones, derechos y garantías, que a partir de 1994, comenzaron a formar parte de nuestra Norma Fundamental, no solo en su inciso 75, del Art. 22, sino que ha producido fenómenos, como ser el estudio de las causales del cambio y la protección del medio ambiente, en su Art. 41 que expresa:

***Artículo 41.- 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 preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley.***

***Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.***

***Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.***

***Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radiactivos.***

Esta materia que Papa Francisco, ha expresado en su otra Encíclica “Laudato Si”, de contenido social, como “Fratelli Tutti”, lleva a crear conciencia colectiva, pues se trata no solo de derechos individuales, sino que se trata de derechos de clase, que involucran a Todos.

Con orgullo, podemos señalar que nuestra Universidad, posee una Cátedra Abierta en dicha encíclica, con varias cohortes de cursantes en su Diplomatura. Ello, ha sido destacado por medios católicos, como el sitio Aleteia que publica ¿Cuál es tu

Casa Común? <sup>12</sup> La misma, es codirigida por el Rector de la Universidad, Dr. Héctor Norberto Porto Lemma y por el Obispo de la Diócesis de Morón, Monseñor Jorge Vázquez.

Nuestra labor como Formadores de Hombres y Mujeres de Derecho nos debe llevar a la hermosa misión, de motivar a las futuras generaciones, a afianzar el compromiso social, para con la prevalencia del plexo normativo y la protección de estos para con sus conciudadanos o habitantes de nuestros países respectivos.

No puedo dejar pasar por alto, las palabras de alguien, que bregó por los Derechos de los más necesitados, y que como suele suceder, también resultan ser un “signo de contradicción” y genera dicotomías respecto de su pensamiento. Me refiero a María Eva Duarte de Perón, la misma, a quien el entonces Presidente Juan Domingo Perón, le delegó la atención de las necesidades sociales del pueblo. Ella sostuvo una frase célebre, que hoy vuelve a cobrar vigencia **“Donde Hay una Necesidad, Hay un Derecho”**.

¿Qué queremos concluir?, que los signos de los tiempos, y las necesidades humanas, nos irán marcando la generación de nuevos derechos, y de acceso a las necesidades de las generaciones futuras, sin exclusiones de ningún tipo, bregando

---

<sup>12</sup> <https://es.aleteia.org/2019/05/30/cual-es-tu-casa-comun/>

y acrecentando la Fraternidad [premisa fundamental de la Encíclica en análisis] y tomando plena conciencia que vivimos en una Casa Común, en la que no sobra nadie, y que todos tenemos un lugar preponderante, sea en el lugar donde nos desempeñemos.

**Presentada en el I Congreso Internacional de Derecho  
organizado por la Universidad de Xochicalco,  
Facultad de Derecho, Campus Ensenada, en 9 de noviembre de 2.021.-**



***b- “NUEVAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA Y SU COLISIÓN CON LOS DERECHOS PERSONALÍSIMOS”***

*Autora: Dra. Mariela SEMA  
(Profesora de Metodología de la Investigación, Práctica Procesal Público y Privado y Derechos Reales).*

“Hemos analizado las técnicas de reproducción humana medicamente asistida y su relación con los derechos personalísimos, sosteniendo la prevalencia del derecho a la vida. En cuanto al derecho a la vida, nuestro ordenamiento jurídico establece que debe respetarse prioritariamente la vida humana, la dignidad de las personas teniendo presente que toda persona humana es inviolable. Otro derecho es el de la identidad, ya que por su carácter de persona se encuentran poseedores del derecho a conocer su verdadero origen como así también su verdadera identidad. Este derecho adquiere especial importancia en aquellas personas que han nacido producto de gestación por sustitución. Por el carácter de derecho personalísimo que tienen el derecho a la vida, derecho humano fundamental del que gozan todas las personas desde el mismo instante de su concepción, y el derecho a la identidad, consideramos que toda persona tiene derecho a que se respete su vida desde la

concepción y/o fecundación y a conocer sus verdaderos orígenes y quiénes son sus verdaderos progenitores, en especial aquellas nacidas mediante técnicas de reproducción medicamente asistida; acaso por ser estas, las más vulnerables.” Sema, Mariela Débora Adjunta en las asignaturas Elementos del Derecho Civil, Derechos Reales, Metodología de la Investigación y Practica Procesal Público y Privado Universidad de Morón Nuevas Técnicas de Reproducción humana asistida y su colisión con los derechos personalísimos Introducción Ante los avances médicos, sociales y legales en el campo de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida, se plantean nuevos desafíos. En la actualidad, quienes se encuentran imposibilitados de concebir o no tienen pareja se someten a tratamientos médicos en los que encuentran una posibilidad para lograr la ansiada familia, lo mismo ocurre con la gestación por sustitución en aquellos casos en los que resulta imposible lograr la concepción dentro del seno materno. Si bien nuestro país cuenta con la Ley 26.862 de Reproducción Medicamente Asistida, la misma no contempla aspectos fundamentales como ser, por ejemplo, el destino de embriones criopreservados y la gestación por sustitución; esta última que no se encuentra legislada en nuestro país, por lo que las personas viajan al exterior para realizar estas nuevas técnicas en países donde sí existe legislación al respecto. El tema presenta complejidad en cuanto a las distintas facetas y aspectos que abarca. Estos incluyen, al menos la medicina reproductiva, la tecnología —que cambia y evoluciona en particular la criopreservación

y la fertilidad asistida— el bienestar humano, la familia, la ética, la religión, la economía y, por supuesto, el derecho. El avance de la medicina ha traído grandes cambios sociales y por consiguiente legales en el ámbito de las técnicas de reproducción humana médicamente asistida, permitiendo la formación de nuevos tipos de familias. Pudiendo las personas que presentan infertilidad y/o personas homosexuales y/o personas por sí solas formar una familia. Sin embargo, estos avances han traído aparejados problemas puntuales respecto a los derechos personalísimos de esas personas por nacer e incluso de aquellas personas nacidas producto de estas técnicas de reproducción. En nuestro país, con la ley N° 26862 de reproducción médicamente asistida del año 2013 juntamente con su decreto reglamentario 956/2013 se comenzó a hablar jurídicamente del reconocimiento de las técnicas de reproducción humana asistida a pesar de haberse practicado sin regulación. Esta ley trata la cobertura de esos tratamientos incorporándolo al Plan Médico Obligatorio permitiendo que muchas personas puedan acceder a estas técnicas sin necesidad de tener un nivel económico alto, reconociendo una nueva relación filial. Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 558 la filiación mediante técnicas de reproducción humana asistida, sumándola a las ya reconocidas en el Código Civil de Vélez como ser la filiación por naturaleza y la filiación por adopción. Sin embargo, la norma prevé que no se pueden tener más de dos vínculos filiales a la vez, problema

que se encuentra frecuentemente en aquellos niños nacidos producto de estas técnicas de reproducción. Sin embargo, el objeto de análisis de la presente ponencia radica exclusivamente en la colisión con los derechos personalísimos que traen aparejadas estas nuevas técnicas de reproducción humana medicamente asistida, por ejemplo, con el derecho a la vida, a la identidad, a la dignidad, entre otros. Los derechos personalísimos y su implicancia en las técnicas de reproducción humana asistida Al referirnos al tema que estamos abordando no debemos dejar de mencionar dos aspectos claros en donde encontramos diferentes problemas respecto de los derechos personalísimos como es el caso de los embriones crioconservados y de la gestación por sustitución; entendemos que debemos situarnos frente a un problema ético, bioético y filosófico, entre otras disciplinas. Distintas consideraciones deberán tenerse en cuenta como, por ejemplo, ¿cuál será el destino de los embriones? pueden ser considerados persona? tanto en el marco del ordenamiento jurídico como así también en relación con otras; como así también con los problemas del derecho a la identidad de las personas nacidas producto de una gestación por sustitución. Cuando nos referimos a las técnicas de reproducción humana medicamente asistida se presentan muchas controversias respecto a aspectos legales, éticos y religiosos. Tal como se ha mencionado con anterioridad, sin perder de vista que en la actualidad hay muchos debates abiertos en torno a los embriones criopreservados, pero siempre teniendo en cuenta los principios básicos de la

bioética, tales como el respeto por la autonomía, la no ficción, la beneficencia y la justicia. Se puede mencionar asimismo la importancia que reviste en estas técnicas de reproducción la dignidad humana que es un derecho personalísimo intrínseco que tienen las personas. Toda persona humana posee el derecho a que se le reconozca, se respete y se tutele su dignidad. Encontramos que los embriones criopreservados, desde el momento de su existencia, es decir desde el mismo momento de la concepción, tienen el derecho a la dignidad humana. La dignidad es la fuente de todos los derechos que surge el reconocimiento de que todas las personas poseen un valor intrínseco. “Para otros, se estaría violando el derecho a la dignidad, debido a que –invocando la fórmula kantiana- el hombre es siempre un fin en sí mismo y no “una cosa sujeta a la voluntad de otros” (Casanova, 2005). Otros autores señalan que el simple hecho de seleccionar algunos de los óvulos fecundados, dejando de lado otros, ya significaría un atentado contra la dignidad de la persona, más allá del criterio utilizado para tal selección. ...Otro de los problemas éticos expuestos en los textos, indica que, en el caso de la fecundación heteróloga (donde se usan gametos de donantes anónimos), se estaría violando el derecho a la identidad, ya que toda persona tiene el derecho a conocer su origen...”<sup>1</sup> Por lo tanto, desde un punto de vista bioético, todos los momentos de la vida de la persona deben estar protegidos por las normas éticas y jurídicas, sin importar la forma que se haya utilizado para el inicio de la vida para que no se vea afectada su dignidad. El derecho

a la vida de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida Dentro de los fundamentos del derecho a la vida, del que goza todo ser humano y toda persona acorde a la tradición iusnaturalista mencionamos "...los titulares del derecho son las personas, y en este sentido el hombre, es decir, todo ser humano es persona, igualmente ha de aceptarse que éste tiene una serie de derechos que le pertenecen como derechos humanos y de los que es titular. A estos derechos nosotros los identificamos como derechos humanos, entre los que encontramos como uno de los más significativos el derecho a la vida. Dicho de otra manera, sólo los seres humanos por su propia naturaleza son sujetos de tales derechos; éstos encuentran su fundamento en esa naturaleza o dignidad de la persona entendida como aquella calidad de ser superior al resto de los seres vivientes."2 Según el Doctor en Filosofía Santiago Aguirre Contreras, cuando nos referimos a este derecho humano fundamental, la vida, debemos tener en cuenta la ley natural que es ese conjunto de principios que indican cuales son los fines que se deben perseguir y realizar para alcanzar con rectitud toda vida humana. "En este sentido, la ley natural "contiene los principios que orientan el obrar humano, libre y responsable, hacia el bien que perfecciona el agente, hacia la virtud moral. Por consiguiente, la ley natural representa una regulación de la razón que establece los criterios pertinentes para guiar a las

tendencias y acciones humanas y para trazar la diferencia entre lo razonable y lo no razonable. Si bien Rhonheimer reconoce que el sujeto humano pertenece a un orden de la naturaleza, preexistente, desde el punto de vista estrictamente moral, ese orden no supone una normatividad reconocida y después aplicada o seguida por la razón, sino un naturaliter cognitum.”<sup>3</sup> Ahora bien, moralmente solo es aceptable la postura que reconoce que los embriones humanos como una persona, específicamente una persona por nacer, debido a que se considera que todo ser humano es persona. Otro filósofo tomista seguidor de las ideas mencionadas es John Finnis. Este profesor de la Universidad de Oxford establece el derecho a la vida como un valor básico referido a los aspectos fundamentales de la realización humana. “En este sentido Finnis reconoce que la consecución del bien tiene distintas formas de concreción, partiendo de la primera y más elemental que es la existencia del ser. Como se alcanza a distinguir, el bien humano de la vida es uno más de los otros bienes fundamentales, y como el resto de éstos, tiene un propósito moral, este es, “afirmar, respetar y promover la ‘auténtica realización’ de las personas humanas; cada uno de ellas, cuerpo y alma”. De modo que la realización plena de cualquier persona está en gran medida supeditada a la forma en que pueda conseguir el goce efectivo de dicho bien.”<sup>4</sup> Se puede decir, entonces, que para este autor el derecho a la vida se reconoce como un derecho humano y como tal está prohibido cualquier tipo de violación hacia él; y que por lo tanto la sociedad debe respetarlo y solo en

aquellas sociedades donde se respeten los derechos humanos podremos afirmar que existe la justicia. Es decir, que la vida de los embriones humanos vale por sí misma sin importar el aspecto físico ya que toda persona debe ser considerada un fin en sí mismo y no como un medio para otros fines, por lo que se debe respetar la vida humana de todos los seres humanos, incluso aquellos en estado embrionario. Ya hemos mencionado anteriormente, que el derecho a la vida es ese derecho fundamental inherente a todos los seres humanos que se encuentra tutelado por la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos y las Constituciones Provinciales. Se ha analizado la Constitución Nacional, como así también las Constituciones Provinciales, que tutelan el derecho a la vida de los habitantes de la Nación Argentina. Surge de los distintos 2 “El derecho a la vida. Argumentos antiguos y modernos de la tradición iusnaturalista.” En internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3123/9.pdf> 3 CONTRERAS AGUIRRE, S.. “El primer principio de la ley natural, según Finnis-Grisez y Rhonheimer y las lecturas contemporáneas de “Summa Theologiae”” Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.I, II, Q. 94, A. 2. XLIII (Valparaíso, Chile, 2° semestre de 2014, pp. 643-669. Pág. 654 4 “El derecho a la vida. Argumentos antiguos y modernos de la tradición iusnaturalista.” En internet: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3123/9.pdf> tratados internacionales de derechos humanos, ratificados por nuestro país, implican la importancia de la no

violación del derecho a la vida. Estas normas internacionales son obligatorias para nuestro país, toda vez que las mismas fueron incorporadas a nuestro bloque constitucional con la reforma del año 1994 por el artículo 75 inciso 22. Vale mencionar, que todos los tratados mencionados refieren a la concepción, la cual debe entenderse como sinónimo de fecundación. Además, partiendo de la base de que nadie puede ser privado de su vida arbitrariamente es impensable la privación de la vida de los embriones humanos, creados mediante técnicas de reproducción humana medicamente asistida e incluso de aquellos que se encuentran criopreservados, por encontrarse indefensos; y por merecer idéntica protección legal de los ya nacidos. Como sostiene el Doctor en Derecho Jorge Nicolás Lafferrière citando a Ronchietto, cuando aduce que todo ordenamiento jurídico debe respetar la vida humana, incluso la de los más vulnerables. En concordancia con nuestro ordenamiento jurídico si bien el derecho a la vida, derecho natural, no se encuentra explícitamente enumerado, es un derecho implícito que se encuentra en el artículo 33 de la Constitución Nacional Argentina, además el artículo 75 inciso 22 en el cual se incorporan al ordenamiento jurídico los tratados internacionales de derechos humanos por lo que pasa a ser un derecho positivo constitucional en el que Estado Argentino debe garantizar el derecho a la vida de todos los seres humanos. Además, nuestro ordenamiento jurídico positivo al fijar el periodo de concepción lo estipula desde el mismo instante de la fecundación, momento desde el que biológicamente hay vida humana, siendo

el embrión humano, ya sea que se encuentre dentro o fuera del seno materno, una persona propia que tiene vida humana, que a pesar de ser una persona con potencialidades a desarrollar se le deben respetar sus derechos personalísimos. A modo de conclusión, luego de los aportes teóricos aludidos, y respecto a nuestro trabajo; todo embrión, producto de las nuevas técnicas de reproducción humana de alta complejidad, resulta ser un organismo viviente poseedor de códigos biológicos que van a ser los responsables de dirigir su posterior desarrollo físico. Además, debemos considerar que el tema en cuestión (Derechos de los embriones in vitro, comienzo de la vida humana, etc.) resulta de una cuestión relacional y dinámica. En primera instancia relacional, porque ya hemos abordado varios ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales; y dinámico porque los mismos varían constantemente. El derecho a la identidad de las personas nacidas por técnicas de reproducción humana asistida Otro derecho humano que encontramos en colisión con las técnicas de reproducción asistida es el de la identidad. Este mismo se relaciona con otros derechos humanos que exteriorizan autonomía propia. “El derecho a la identidad es un derecho humano, que cuando involucra a personas menores de edad se encuentra expresamente regulado en los artículos 7º, 8º y 9º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Así, el derecho a la identidad comprende el derecho de todo niño a estar inmediatamente inscripto ni bien nace y, en consecuencia, a tener vínculo filial; un nombre, una nacionalidad; y, en la medida de lo posible, a conocer

a sus padres y a ser cuidado por ellos (art. 7º)” 5 Como el derecho a la identidad es un derecho humano fundamental (como el derecho a la vida), debe ser respetado ya que toda persona tiene derecho a conocer su propia identidad, es decir a conocer cuál es su verdad biológica, a que se lo considere como quien realmente es y conocer de donde proviene. Debemos tener en cuenta que el derecho a la identidad está compuesto de dos vertientes: a) estática, es decir que tiene una tendencia a no variar y b) dinámica, es decir que muta con el paso del tiempo. Ahora bien, parece que el derecho a la identidad es uno de los derechos humanos más vulnerados cuando estamos en presencia de tratamientos de reproducción humana asistida y de nacimientos producto de dichos tratamientos de alta complejidad. Es loable mencionar, que cuando una persona se va a someter a un tratamiento de alta complejidad debe prestar su consentimiento que debe ser previo, libre e informado en donde claramente expresa su voluntad procreacional. En el caso de que una pareja se someta a dichos tratamientos no habría inconveniente porque la persona nacida mediante este tratamiento resulta ser hija de sus progenitores aportantes de gametos. Sin embargo, el problema del derecho a la identidad de las personas nacidas por estas técnicas se presenta cuando estamos en presencia de donación de gametos, sea masculino o femenino y por supuesto en el caso de la gestación por sustitución. Si bien la norma prevé que se debe informar a la persona nacida mediante estos procedimientos que su nacimiento se produjo mediante técnicas de

reproducción asistida, también la norma menciona que la persona es hija de quien la dio a luz, es decir que la persona si bien debe saber que nació producto de un tratamiento de fertilidad, no necesariamente va a conocer su verdadera identidad, toda vez que se menciona expresamente que los donantes de gametos son anónimos, es decir que la persona no puede conocer la verdadera identidad de quienes hayan aportado su material genético para que dicho embarazo sea posible, salvo en dos casos puntuales que menciona el ordenamiento. Hemos mencionado anteriormente que cuando nos referimos al derecho a la identidad de los embriones criopreservados nos encontramos ante dos posibilidades. Una primera posibilidad que dichos embriones hayan sido fecundados con material genético propio de una pareja, en donde no habría colisión de derechos porque las mismas personas que presentaran la voluntad procreacional serían los donantes de gametos. Una segunda posibilidad donde los embriones hayan sido fecundados con material genético de un tercero, es decir que hay un aportante de material genético que no ha prestado la voluntad procreacional, por ende, en principio, tendría derecho a resguardar su identidad, siempre y cuando no sea contrario a uno de los derechos humanos fundamentales que es el derecho a conocer su identidad de origen. Al respecto, los aportes de la Especialista en Derecho de Familia y Magistrada Nacional María Victoria Famá pueden aclararnos la situación: “En efecto, enseña Alexy que cuando dos principios entran en colisión, uno de ellos debe ceder frente al otro, sin que ello signifique

declarar invalido el principio desplazado ni que en dicho principio haya que introducir una cláusula de excepción. Más bien lo que sucede es que bajo ciertas circunstancias, uno de los principios precede al otro; pero, bajo otras, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de manera inversa. Ello conduce a afirmar que en los casos 5 KEMELMAJER DE CARLUCCI, A.; HERRERA, M.; LOVERAS, N.. “Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014”, 1° ed., Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2014, tomo II, págs. 557 concretos los principios tienen diferente peso y el conflicto ha de resolverse según la dimensión del peso. Es decir, el punto neurálgico de la labor del intérprete reside en la ponderación del “peso” de los derechos que entran en colisión en un caso concreto de acuerdo con las condiciones fácticas que lo definan. Por su parte, Guastini indica que la ponderación consiste en el establecimiento de una jerarquía axiológica entre los principios en conflicto, entendida como una relación valorativa establecida por el intérprete mediante un juicio de valor. Como resultado de tal valoración, un principio (considerado superior en dicha jerarquía valorativa) desplaza al otro (u otros) y resulta aplicable. La jerarquía valorativa no es establecida en abstracto, sino que resulta determinada en su aplicación al caso concreto.”<sup>6</sup> Es decir, según los mencionados teóricos, el derecho a la identidad del niño estaría en colisión respecto con el derecho a la intimidad de los dadores de material genético. Ahora bien, se debe tener en cuenta, que todas las personas tienen derecho a conocer su identidad, sin ningún tipo de distinción respecto a su

concepción. Así como una persona conoce quienes son sus padres biológicos, aquellas que son concebidas con material genético de un tercero, tendrían el mismo derecho a conocer su identidad, mucho más aún si estamos en presencia de menores de edad toda vez que debe respetarse el interés superior del niño, anteponiendo el derecho a la identidad del menor por sobre el derecho al resguardo de identidad del donante. Cabe preguntarse, ¿se le debe proteger este derecho a conocer sus propios orígenes a todas las personas?, en especial aquellas que han sido producto de técnicas de reproducción medicamente humana asistida?, máxime aún por el hecho de ser más vulnerables que aquellas concebidas en el seno materno. La Dra. Marisa Herrera comenta: “El derecho a conocer el origen genético es parte de la identidad de una persona, y consecuentemente, no se la puede privar legalmente de la posibilidad de conocer quién fue el donante de gametos. Ahora bien, se trata de un origen puramente genético; conocer la persona detrás del gen, que pudo ser cualquier persona.”<sup>7</sup> Se puede observar, entonces, que si bien el vínculo genético está relacionado con el vínculo jurídico no siempre es así. En los casos relacionados con técnicas de reproducción humana medicamente asistida, muchas veces, el vínculo genético y el jurídico son distintos, máxime en el caso en que dicha técnica se haya llevado a cabo con material genético de un tercero sin vínculo filial alguno. Pues bien, el derecho solo permite conocer (respecto a los orígenes) el dato genético, único detalle de la información identitaria de la persona. Biológicamente el progenitor

puede ser un donante de gametos que no tiene otro lazo que no sea el biológico, incluso puede desconocer la cantidad de personas fecundadas con su material, y el destino de estas. Por esta cuestión tiene derecho al anonimato, derecho que debe ser resguardado hasta el momento en que la persona nacida producto de donación de gametos tenga el grado de madurez suficiente para conocer su verdadera identidad, aunque únicamente al cumplir la mayoría de edad pueden acceder a los datos identificatorios de su o sus donantes de gametos sin poder entablar ningún tipo de acción jurídica de filiación, como ya lo hemos mencionado, salvo con aquellos progenitores que hayan prestado su voluntad procreacional. Si bien, entendemos que, la identidad, el estado y la filiación son pilares fundamentales, lo cierto es que no siempre los mismos se encuentran debidamente tutelados y resguardados. En el 6 Famá, M. V. “El derecho a la identidad del hijo concebido.” Lecciones y Ensayos, Nro. 90, 2012. Págs. 171-195, pág. 179. Herrera, M.– Lamm, E., “De identidad e identidades. El derecho a la información y el derecho a conocer los orígenes de niños nacidos de reproducción humana asistida heteróloga.” LA LEY 20/08/2014, 20/08/2014, 5 – LA LEY2014-D, 594. caso que nos incumbe observamos que en m gracias a la reforma del Código Civil y Comercial adquieren filiación respecto de sus padres que prestaron voluntad procreacional. Si bien nuestro ordenamiento jurídico menciona que las personas son hijos de quien los pare, la realidad es que puede ser que la madre que lo trajo al mundo y que llevo adelante el embarazo no sea la madre

biológica porque ha utilizado óvulos donados. También puede ocurrir que el cónyuge o conviviente de la madre no sea el padre biológico de la persona, aunque figure como tal en el certificado de nacimiento. Otro problema, nos encontramos cuando estamos en presencia de una gestación por sustitución toda vez que en ese caso no es posible adquirir el vínculo filial con la madre que dio a luz esa persona, toda vez que la madre gestante no ha prestado su consentimiento filiatorio, sino que es quien lleva adelante el embarazo, es por ello que resulta sumamente necesario la regulación de la maternidad subrogada en nuestro país, toda vez que es cada vez más común su utilización, quedando un vacío legal grande respecto de los hijos nacidos de esa técnica. Conclusiones El recorrido que ha intentado abarcar esta ponencia deja en evidencia lo controversial del tema que incluye diferentes áreas del conocimiento además del aspecto jurídico: filosófico, científico, religioso respecto de las técnicas de reproducción humana medicamente asistida y su utilización, como por ejemplo la gestación por sustitución. Se puede concluir entonces que producto de las técnicas de reproducción asistida se crea vida humana y que muchas veces esa vida queda suspendida en el tiempo como es el caso de los embriones humanos concebidos artificialmente que entendemos son persona humana debido a que presentan una forma sustancial formada por el alma humana, siendo el hombre persona por el solo hecho de ser una sustancia y por ser de naturaleza racional. Si bien a simple vista se podría decir que los embriones humanos no tienen naturaleza racional esto es

erróneo ya que tienen naturaleza racional en desarrollo, aunque no se encuentre ejerciéndola en ese momento; por lo que el embrión humano no es un ser humano en potencia, sino que es una persona cargada de potencialidades, potencialidades que van a ser desarrolladas a lo largo de su vida. A su vez, entendemos que la ciencia avanza a pasos agigantados, las ideas cambian, las formas de familia también cambian y las leyes se encuentran desactualizadas. Por ello se concibe a las leyes como fundamentales para el ordenamiento jurídico-social y que como tales deben ser modificadas a medida que avanza la ciencia, en especial la ciencia médica, para persistir en su vigencia y cumplir con su función, con el fin principal de ayudar a la justicia. Por consiguiente, debe respetarse la dignidad de los embriones humanos criopreservados, entendiendo que por su carácter de persona resultan inviolables, razón por la cual debe venerarse la continuidad de la vida y, bajo ningún punto de vista, podrán ser entregados con fines investigativos, ni producir el cese de su crioconservación porque sería un atentado contra el derecho a la vida y a la dignidad. Por consiguiente, se debe regular respecto de la prohibición de la manipulación genética de los embriones creados mediante técnicas de reproducción artificial, el cese de su criopreservación, su uso con fines de investigación, su creación con la finalidad de salvar otras vidas, en especial de otros hijos; todas cuestiones relacionadas a que los embriones humanos son poseedores del derecho a la vida desde el mismo instante en que se produce su fecundación, asunto relevante que en

reiteradas ocasiones queda omitido. Otro derecho humano que se ve directamente afectado es el derecho a la identidad, también llamado derecho a conocer sus verdaderos orígenes. Si bien el derecho a la identidad se encuentra protegido por numerosos tratados de Derechos Humanos Internacionales, el Estado debe asegurar jurídicamente que todas aquellas personas nacidas mediante técnicas de reproducción asistida, en especial en aquellas donde la fecundación se produce con gametos donados de terceras personas, puedan acceder a conocer su verdadera identidad, incluso en aquellas que aun cuando sus progenitores sean los aportantes del material genético hayan nacido producto de la gestación por sustitución. Actualmente, se observa que el derecho a la identidad de los embriones creados con técnicas de reproducción humana asistida se encuentra en colisión con otro derecho: el derecho a la intimidad de los donantes de material genético. Consideramos que por el carácter de derecho personalísimo del derecho a la identidad se encuentra en un grado de superioridad respecto al derecho de los donantes en torno a su intimidad. Resulta ordinario que las personas concebidas naturalmente tengan la posibilidad de conocer quiénes son sus padres biológicos; pero también resulta discriminatorio que quienes son concebidos artificialmente y con donación de gametos no tengan el mismo derecho a conocer su identidad, ya que estaría siendo contrario a la Constitución Nacional donde se establece que todas las personas son iguales ante la ley, y por lo tanto poseedoras de idénticos derechos. No obstante, en nuestro ordenamiento

jurídico actual encontramos una restricción en cuanto al derecho a la identidad de las personas nacidas mediante fecundación in vitro, ya que únicamente puede ser develada la verdadera identidad del donante de gametos ante determinados procedimientos que establece la ley. Consideramos loable destacar que lo importante es que, sin importar si la fecundación fuera de manera natural o extracorpórea, todas presentan la categoría de persona, y dentro del estado familiar son “hijos” y como tales deben estar protegidos todos sus derechos, en especial el derecho a la identidad, además de establecer el correcto vínculo filial con sus progenitores.



***c- LA NECESIDAD DE CONSIDERAR A LOS CRÉDITOS LABORALES COMO DEUDAS DE VALOR PARA EVITAR LA VULNERACIÓN DE GARANTÍAS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES***

*Autora:* María Clarisa BALDONI

*(Profesora de Seminario Tutorial y Jurado de Tesis de Doctorado).*

*Sumario:*

I- Fundamentación del contenido.

II- Conclusiones finales.

III- Propuestas.

**I- Fundamentación del contenido**

La presente es una síntesis de la tesis para acceder al título de Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad de Morón bajo la dirección del Dr. Carlos Ernst. La elección de su tema estuvo estrechamente relacionada con el análisis de las consecuencias observadas a través de la experiencia en el ejercicio de la profesión. La

justicia, en especial la del trabajo y en la Provincia de Buenos Aires no tiene la celeridad que la materia requiere. Por diversos motivos, especialmente la sobrecarga de trabajo que tienen los Tribunales, los procesos judiciales atraviesan grandes períodos de tiempo. De ese modo se puede ver como los créditos laborales pierden poder adquisitivo lo cual afecta la indemnidad de la propiedad de la persona trabajadora como consecuencia de los ciclos inflacionarios que tiene históricamente nuestro país.

Pudimos observar también la repetición de una constante que la asistencia letrada de la parte actora, en la que me incluyo, hacemos o hacíamos casi mecánicamente y que es una oscilación hacia dos parámetros:

Aplicación de tasa activa y/o la inconstitucionalidad de las leyes que prohíben la indexación y la justicia la deniega sistemáticamente.

La justicia una y otra vez diciéndonos que la tasa activa no es posible, máxime luego de la inconstitucionalidad de la ley 14.399 que modificó el artículo 48 sobre la liquidación de la sentencia en la Ley 11.653.

En igual sentido nos reiteraba que las leyes que prohíben la indexación son constitucionales porque lo dice la Corte.

Frente a la problemática aparece la innovación y el análisis para ver cómo abordar el problema y construir nuevo conocimiento a partir de una mirada desde otro ángulo, desde otra perspectiva. De ese modo comenzamos a realizar un estado del arte respecto de las leyes que prohíben la indexación, las tasas aplicables y entendiendo a la equidad como eje rector que aplica a la justicia en el caso concreto. Por supuesto considerando el impacto de la inflación, el transcurso del tiempo y el rol del juez frente a ese escenario. En primer lugar, para saber a dónde vamos tenemos que saber de dónde venimos. Sin exceder de nuestra incumbencia, consideramos necesario realizar una descripción histórica de la economía y la política argentina, que nos permita tener al menos una noción de las causas y consecuencias de la inflación.

Pudimos observar que la inflación acompañó a nuestro país desde sus inicios, generada por muchos factores, pero básicamente podemos resumir en que nuestro país tiene una estructura económica desequilibrada como lo remarca Marcelo Diamand, lo que implica una dependencia del mercado externo y un problema histórico en la generación de divisas. Sin entrar en temas netamente de la ciencia económica hemos visto que esto trae ciclos de contracción y expansión y con ellos los ciclos inflacionarios.

El recorrido histórico nos llevó a las teorías del dinero, el nominalismo y valorismo. Argentina adhirió a una postura muy fuerte al nominalismo a partir de la Ley 23.928. Asimismo, derivó en la sanción de la ley 24.283 como consecuencias generadas por situaciones absolutamente injustas. Esta ley es la primera puerta al valorismo al realismo económico luego de la prohibición de indexar.

Luego, la reforma del Código Civil y Comercial trajo una morigeración a la prohibición de indexar en el artículo 772 del Código Civil y Comercial de la Nación que a tres años de su vigencia la Corte bonaerense lo comienza a aplicar en los casos civiles en los fallos Vera y Nidera primero y luego en los daños laborales como fueron Aguiar y Papalia. Un dato muy importante en los fallos de la SCBA es la diferenciación que hace de indexación con justiprecio. Entonces tenemos que, si bien la indexación solo aplica para las deudas de dinero y no las deudas de valor, aun así, la Corte dice llevar a valores actuales es justipreciar, y justipreciar es diferente de indexar.

Con la comprensión y análisis de la legislación, los principios, y toda la interpretación armónica del ordenamiento jurídico que se da en lo que llamamos el diálogo de fuentes. Sumado a principios esenciales: indemnidad – equidad – protectorio – progresividad – pro homine – alterum non laedere.

A partir de allí es necesario comprender la importancia de la suficiencia del salario. El carácter de prestación alimentaria. El derecho a la reparación plena. El derecho de propiedad de la persona que trabaja. El salario está estrechamente vinculado a la vida digna de la persona que trabaja. La retribución debe ser justa y alcanza a todos los rubros. La mora en el cumplimiento debilita la estructura normativa de protección por la depreciación monetaria.

Se abre entonces un interrogante: ¿Cómo es posible esta incompatibilidad de protección por un lado y debilitamiento por el otro?

Teniendo en cuenta que las teorías jurídicas del dinero tuvieron un vasto desarrollo doctrinario y jurisprudencial en función de los ciclos económicos inflacionarios, resultó necesario describir los lineamientos dados en el avance legislativo, doctrinario y jurisprudencial.

Se da la particularidad de tener una legislación vigente que prohíbe la indexación, pero no es incompatible con el criterio deudas de valor en los créditos laborales y a su vez morigerada a medida que avanza el tiempo. Dilucidar las confusiones respecto a la forma más conveniente de actualización ya que en el análisis de casos vimos aplicación de distintos tipos de tasas, actualización por indexación y actualización por deuda de valor. Sumado a los intentos de reforma

del artículo 276 de la LCT y la confusa redacción del artículo 70 de la Ley 26.844 que regula el trabajo de casas particulares.

Más allá de la vasta jurisprudencia nacional y provincial analizada, es necesario poner de resalto el fallo Bonet de la CSJN a partir de la consolidación de principios que hacen a la aplicación de la teoría del realismo económico. El fallo Bonet del 26 de febrero de 2019 fue muy criticado porque todos pusimos la mirada en una misma perspectiva. Recordemos que se trataba de la muerte de una persona trabajadora en el año 2001. La Corte dijo que era claramente irrazonable en virtud de la aplicación automática de tasas de interés que arrojan un resultado desproporcionado (\$16.906.439,58).

Independientemente de la crítica que lleva el caso en concreto, que la Corte no aplica en forma efectiva no podemos dejar de tomar los cuatro principios que nos deja la doctrina de la Corte Federal:

**NO PRESCINDIR DE LA REALIDAD ECONOMICA AL MOMENTO DEL FALLO.**

Dice la Corte que si se aplica en forma automática las tasas de interés y arroja un resultado irrazonable que prescinde de la realidad económica, aunque no sea materia de recurso cabe hacer la excepción.

SI LAS FORMULAS MATEMATICAS SON INJUSTAS DEBE PRIMAR LA REALIDAD.

Los intereses se utilizan como pauta objetiva de la realidad económica a partir de pautas de legítimo resarcimiento si ello no ocurre se vuelve injusto y debe ser corregido porque la realidad debe estar por encima de las abstractas fórmulas matemáticas.

EL DEBER DE LOS MAGISTRADOS DE PONDERAR DE MANERA CONCRETA EL RESULTADO. Le recuerda a los jueces que el desempeño judicial no se agota en la remisión al texto de la ley, sino que es labor de los jueces determinar los principios para el reconocimiento de los derechos en el caso concreto.

LA DEMOSTRACION PRACTICA DE LA DESNATURALIZACION DEL CONTENIDO ECONOMICO DEL CREDITO QUE LO TORNA IRRAZONABLE Cuando Rosatti dice que el capital nominal en realidad es inferior al que reclamó la demanda -que tiene una diferencia de 300 mil pesos-, nos está mostrando la realidad desde una perspectiva práctica para graficar si hay o no perjuicio. Esta es una pauta muy importante para la asistencia letrada litigante.

No quedan dudas que la prohibición de indexación surge por un desequilibrio que perjudicaba al deudor y en todos los análisis aparece el equilibrio de la justicia entre las partes o la falta de ellos. Aquí es donde aparece la importancia de la función del juez en la actualidad como protagonista central.

La ética judicial, nos sirvió para entender que el ordenamiento jurídico aplicado al caso en concreto no se puede fundar en la literalidad de la ley. La decisión debe ser justa y concreta y cuando hablamos de no apegarse a la literalidad no implica apartarse del ordenamiento jurídico, sino aplicarlo en su conjunto y esto incluye normas y principios. Como explica Dworkin, los principios están por encima de las normas dándole flexibilidad ya que una norma rígida puede ser injusta. Los principios le dan la oscilación necesaria para que no se aleje de la idea de justicia.

Esto nos conduce a pensar en jueces y juezas proactivas, pero también en asistencia letrada que acompañe. Es decir, es una cuestión que involucra a quienes tenemos un rol dentro de la actividad judicial de un lado y el otro del mostrador.

## II- Conclusiones finales

Hemos podido verificar que Argentina es un país que históricamente ha tenido procesos inflacionarios e hiperinflacionarios. La dependencia del mercado externo genera inestabilidad que hace fluctuar el tipo de cambio, lo que conlleva devaluación e inflación.

Esto repercute en forma transversal a todas las cuestiones económicas y sociales que podamos pensar, también por supuesto en las relaciones laborales y los procesos judiciales. En este sentido, frente al incumplimiento de un deudor se utilizaba el mecanismo de indexación, entendido como la aplicación de un sistema aritmético que utiliza índices históricos. Vimos que esa es la definición que le ha dado la jurisprudencia más reciente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

En muchas oportunidades los resultados no eran equitativos, pero bajo una mirada valorista, la Corte Suprema de Justicia de la Nación emitía fallos que permitían aumentar o disminuir el valor de ese resultado para llegar a una solución justa.

Este mecanismo trajo consecuencias nefastas en las épocas de hiperinflación, la indexación generaba grandes perjuicios para los deudores. Muchas personas perdieron lo poco que tenían, pues sus deudas se multiplicaban en forma exponencial, incluso muy por encima del valor real por el cual habían contraído la deuda.

La situación era insostenible y así aparece como una alternativa la propuesta de diferentes medidas económicas, Ley 23.696 de reforma del Estado, Ley 23.697 de privatización de las empresas estatales, entre otras. Posteriormente y sin éxito en todas las medidas previas se dicta la Ley 23.928 que mantuvo un sistema de paridad de un peso un dólar por casi once años. Esta ley se encuadró en una postura nominalista por lo que prohibió todo tipo de indexación, actualización, repotenciación en referencia a las obligaciones de dar sumas de dinero.

Sin adentrarnos en el análisis de los resultados económicos, permitió tener una inflación prácticamente nula. No obstante, a poco de transitar este régimen comenzaron a aparecer resultados inequitativos por la aparición de fallos que seguían aplicando el sistema de indexación para casos anteriores a su entrada en vigencia.

En este contexto se incorpora la teoría del realismo económico a través de la Ley 24.283 de desindexación para aquellos casos en que no regía la prohibición de la Ley 23.928. Establece que la actualización no puede superar el valor real al momento del pago, lo instaure como tope.

Esta Ley indica que el valor real al momento del pago no vulnera la prohibición de indexar porque constituye el justiprecio. Esa interpretación surge del fallo “Bolaño”, especialmente cuando cita el fallo Maldonado en la Corte Suprema de Justicia de la Nación, como así en “Nidera” y otros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

El régimen de convertibilidad no era sustentable en el tiempo. Durante los primeros meses del año 2002 se triplicó el aumento en el tipo de cambio, acrecentamiento de precios y masiva pérdida de empleo. Uno de los factores que tuvo protagonismo durante la última época de la convertibilidad fue el efecto contrario a la inflación: la deflación, pero con los mismos aspectos negativos, sino peores.

A lo largo del recorrido histórico pudimos advertir que el fenómeno de la inflación en mayor o menor medida está entre nosotros desde los inicios de nuestro país, con ciclos en los que se agrava o profundiza. Es por ello que se constituye en un

factor esencial a tener en cuenta en la legislación al establecer pautas de regulación laboral. Como así en la jurisprudencia cuando en los procesos se involucra el Derecho Humano del y al trabajo.

En virtud de ello, profundizamos sobre el principio pro persona como determinante de la centralidad en la persona humana. A partir de ahí analizar la jerarquía y naturaleza del salario y los créditos de la persona trabajadora, ya que permiten el acceso a la vida digna, por lo tanto, son un factor esencial para garantizar el Derecho Humano del y al trabajo.

Entendimos que la dignidad humana constituye el límite mínimo inderogable que no puede extralimitarse. La dignidad es preferencial por sobre cualquier otra circunstancia porque permite el desarrollo de la persona.

Para que la dignidad sea respetada, es necesario que se cumplan las garantías del principio protectorio y la equidad. Se trata de proteger a la persona que trabaja, de preferente tutela constitucional, ratificado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Aquino”, “Vizzoti” y el fallo “Papandrea” (L 86.275) de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, entre otros.

Dedujimos que el salario está íntimamente vinculado con el acceso a una vida digna, el piso mínimo tiene jerarquía constitucional, por lo que no podría ser

quebrantado bajo ninguna circunstancia. Por lo tanto, la retribución justa del salario requiere de una interpretación amplia en función del principio *pro persona* y de las normas laborales comprendidas como la regulación de una actividad humana. En este sentido, la retribución justa alcanza a todos los rubros a los que tiene derecho la persona que trabaja desde el inicio hasta la extinción de la relación laboral.

También corroboramos que todo crédito laboral es un derecho de propiedad en expectativa de la persona trabajadora, limitado al cumplimiento de la persona empleadora, Estado o ART en ponerlo a su disposición, amparado por plazos para su cumplimiento en tiempo y forma. El conjunto de normas y principios del derecho interno e internacional incorporados por el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional le dan esta protección. La Corte Suprema de Justicia así lo ha convalidado en numerosos fallos.

En este contexto, cuando el crédito laboral, propiedad de la persona que trabaja, no se cumple en tiempo y forma, lo obliga a acceder a la justicia. Entonces aparece aquí otro factor indispensable: el tiempo. La demora en los procesos judiciales vulnera la dignidad de la persona que trabaja ya que dilata el lapso en que pueda disponer de su propiedad la cual les permitirá el acceso a las necesidades básicas y de bienestar.

Aparece entonces consecuencias vinculadas a la mora en el cumplimiento que genera un detrimento irrazonable en las indemnizaciones. Se conjugan tres factores que contribuyen a la pulverización del derecho de propiedad: la necesidad de transitar un proceso judicial, el transcurso del tiempo y la inflación.

Aquí nos llegamos a preguntar cuál sería el detrimento irrazonable, la respuesta podría llegar a estar en lo que determinó la Corte Suprema de Justicia de la Nación en Vizzoti cuando le puso el límite de reducción al tope del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo en un treinta y tres por ciento. También pensamos en el piso dado por el salario mínimo vital y móvil al momento del efectivo pago.

Demostramos que, cualquier cálculo judicial que implique una base salarial que por su desactualización sea inferior al salario mínimo vital y móvil -vigente al momento de tomar la persona trabajadora posesión de su propiedad en expectativa, vulnera todo el conjunto de derechos que la protegen.

Se vulnera el principio de igualdad respecto a quienes reciben una reparación civil. En este ámbito, la justicia debe tener en cuenta el salario mínimo vital y móvil como la pauta mínima al momento de dictar sentencia y/o parámetro objetivo de actualización mediante una comparación del salario mínimo vital y móvil vigente al momento de la sentencia con el vigente al momento del hecho para resguardar la indemnidad.

Cualquiera sea el crédito laboral que para ser obtenido deba tramitar un proceso judicial; implica retener la propiedad de la persona que trabaja, restricción de su libre uso y goce. Esa propiedad expectante se ve frustrada de hacerse efectiva por incumplimiento de la parte empleadora, ART o Estado, según en cabeza de quien se origine el cumplimiento de la obligación.

Sostenemos que todo crédito es una deuda de valor, porque está sujeto a parámetros de valor, la unidad de medida es el salario, solo se reemplaza por dinero cuando se efectiviza. Vale recordar en este sentido que el fallo “Cristos” con cita de “Fraccero”, en el voto del Dr Genoud sin disidencias, establece que el carácter principal es un valor, pero había una función accesorio que permitía reemplazar el valor prometido por dinero. El dinero reemplaza a la cosa en su valor y lo denomina subrogación real.

Si consideramos todos los créditos laborales que están por fuera de aquellos comprendidos por los daños y perjuicios, estamos hablando de valores a los que los trabajadores tienen derecho a acceder.

Esos valores, como podría ser un salario básico o cualquier crédito laboral, están representados por un valor, que excede la relación contractual al ser fijado por Convenios Colectivos, Acuerdos, etc.

Podríamos plantear un caso hipotético en el que la persona que trabaja tiene derecho a una indemnización por despido en los términos del artículo 245 de la Ley de Contrato de Trabajo ante un despido sin causa. Asimismo, otros rubros como el preaviso, integración mes de despido, etc. Todos y cada uno de los rubros representan un valor para esa persona trabajadora, -además de su carácter alimentario- que al momento de recibirlo son expresados en dinero. Aquí también se da por analogía los presupuestos de la subrogación real.

Empezamos a vislumbrar entonces que la solución que se aparte del caso concreto, desconoce las garantías mínimas relativas a la retribución justa y salario mínimo, vulnera la protección de las leyes a las que se refiere el mandato constitucional del artículo 14 bis. Es contraria a la *justitia socialis* que impone el deber de interpretar las normas en favor de quienes resultan alcanzados para que puedan desarrollar su vida y la de su familia con dignidad.

El caso en concreto es un aspecto necesario, para trasladar de la teoría abstracta a la acción judicial entendida no como inicio del proceso, sino la forma en que desarrolla su actividad. Nos adentramos en el tercer capítulo mediante el cual pudimos mostrar como esa desigualdad inclusive se exacerba en la propia justicia laboral, según el lugar donde tramita la causa y los parámetros de cuantificación que utilicen.

Es doctrina legal que la aplicación de intereses es facultad discrecional de los jueces. Pero necesitan pautas más claras y uniformes que pueda tener a mano para actualizar en el contexto de la realidad económica y luego aplicar intereses conforme a su naturaleza.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se postuló bajo la teoría nominalista con la Ley 23.928 ratificada por Ley 25.561, sin embargo, pudo generar una mirada creativa compatible sin causar efectos contrarios, precisamente por la inestabilidad de la moneda en nuestro país.

Así es que aparecen fallos como “Vera”, “Nidera”, “Aguiar”, “Papalia” y “Cristos”. Sin embargo, pese a dicha doctrina, los tribunales inferiores son muy renuentes a su aplicación efectiva. En algunos juzgados civiles a mediados del año 2020, es decir tres años después de “Vera” y “Nidera”, comenzaron a aplicarla por los resultados irritantes que tenían las sentencias. Tampoco la adhesión es mayoritaria.

En el ámbito laboral, existe aún otro inconveniente, porque “Aguiar” y “Papalia” no se aplican aún, o al menos solo una minoría. Pero además esta doctrina se limita a los daños y perjuicios.

Los despidos y demás indemnizaciones denominadas tarifadas aún no tienen un criterio similar. Por lo tanto, continúan teniendo el efecto negativo de la doctrina legal de valores históricos más tasa pasiva digital. Lo que fomenta procesos judiciales que se benefician en la dilación del tiempo. Por efecto de la inflación encuentran una gran rentabilidad.

Probablemente esa resistencia se encuentre fundada en la constitucionalidad de los artículos 7 y 10 de la Ley 23.928 modificada por Ley 25.561. No es necesario cuestionar su validez, al menos cuando hay en juego deudas de valor y/o resultados injustos o inequitativos, por el principio de razonabilidad fundada que incorporó el artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación no es posible convalidar este tipo de resultados. El juez tiene las herramientas y las facultades para tomar una decisión razonable. El juez debe resolver con equidad y justicia.

Si vemos en la historia este cambio de paradigma es muy reciente y puede ser un factor negativo, lo nuevo genera incertidumbre. También es cierto que la sujeción a la ley conlleva a sentencias similares que se alejan del análisis en el caso concreto.

Un aspecto a tener en cuenta es analizar si llevar a valores actuales solo se emplea en casos extremos tales como las incapacidades totales de “Aguiar” y “Papalia”. De allí parecería una justificación para dejar un poco más a salvo el monto indemnizatorio frente a la inflación.

En este sentido vale resaltar lo expuesto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo “Cristos” con el voto del Dr. Soria. Expresamente señala que las deudas de valor no están sujetas a ninguna circunstancia fáctica tales como gravedad de la lesión, daños en el cuerpo o en los bienes, etc.

Más allá de corroborar en este estudio que todo crédito laboral debe considerarse una deuda de valor, otro camino a transitar es cuantificar su valor, tema que seguramente llevará a un futuro trabajo. Actualizar los montos hacen al derecho a la retribución justa fundados en el principio de indemnidad establecido en la Constitución Nacional.

Es importante mantener el equilibrio, y de ahí nuestra posición que no es apropiado la utilización de índices conforme las leyes que prohíben la indexación -aunque de dudosa vigencia-, por lo menos en su plenitud luego de la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

No se trata de tomar posición para atacar a la parte empleadora y que la persona que trabaja obtenga un enriquecimiento sin causa; cuestiones que aparecen en algunos portales de noticias cada vez que un proyecto de reforma como los del artículo 276 de la Ley de Contrato de Trabajo aparecieron. Eso no es ni justo ni equitativo, las leyes laborales no son injustas y su desigualdad está dada por la necesidad de equilibrar la balanza entre desiguales, por lo tanto, es equidad.

Esa equidad debe mantenerse en todo sentido, no siempre el resultado será favorable a la persona que trabaja si su reclamo no tiene sustento. Si la balanza se inclina demasiado hacia un lado, aunque sea el más vulnerable, entonces estaremos en la misma posición de ahora. No puede haber perjuicios hacia ninguno de los justiciables.

Lo que tratamos de demostrar es que bajo la premisa del realismo económico es necesaria una mirada práctica para una solución justa y eso implica contemplar a las dos partes. Lo que sucede en la actualidad es que la persona que trabaja no mantiene indemne su crédito, esa pérdida es una transferencia directa hacia la parte contra quien reclama sea empleador o ART.

Si tomáramos la utilización de índices en forma arbitraria sería por un lado práctico para los jueces, porque aplicarían la misma fórmula para todos. Pero no podemos tener una reforma del artículo 276 de la Ley de Contrato de Trabajo en ese sentido; sería un retroceso jurídico y cultural, no aprendimos nada de nuestro pasado.

Ello no quita que puedan contemplarse determinados parámetros, pero es importante la actuación del juez, el que debe tener herramientas para manejarse de manera uniforme. También respecto de la aplicación de intereses para todo el país, para que su aplicación cumpla con la función que tienen.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dado claras señales de la utilización de la teoría del realismo económico a través de la Ley 24.283, aunque hasta el momento solo para los daños y perjuicios en el ámbito del derecho del trabajo. Aún no se ha expedido por todos los créditos laborales y es necesario que lo hagan.

En los fallos “Aguiar” y “Papalia” -si bien destaca la importancia de aplicar valores actuales mediante un interés puro-, no brinda mayores herramientas para que el juez de grado pueda orientarse en la aplicación práctica. Esto es una tarea que le compete al Congreso y se requiere de una legislación en ese sentido.

Tampoco la justicia actual puede adoptar una posición en la que todo surja de la aplicación literal de la ley. El resultado justo y equitativo está dado por un ordenamiento jurídico sólido, pero es su decisión individual en el caso concreto que hará posible una justicia eficaz y efectiva.

En las propuestas de Grisolía (2013, 1/5) añade una reflexión que apunta al arbitrio judicial: “la importancia del factor humano en cualquier acción transformadora, que vengo reiterando desde fines de la década de los ochenta ...Para lograr el objetivo de brindar soluciones a los conflictos laborales y propender a una justicia eficiente en tiempo y forma es importante contar con un marco normativo adecuado, pero también es primordial que todos los operadores internalicen la esencia de los principios rectores que dimanen de las leyes procesales y sustanciales, en el entendimiento de que el tiempo es justicia y que el derecho del trabajo es un derecho humano fundamental”.

Es necesario materializar la protección efectiva del crédito laboral, ya que la indemnización tiene carácter alimentario, hace a la subsistencia de la persona que trabaja y de su núcleo familiar.

Para lograrlo se requiere trabajar en dos sentidos. El Congreso de la Nación tiene la obligación de defender el valor de la moneda y de proteger el crédito y propiedad de la persona que trabaja. Por ello, además de las facultades que le competen al juez frente al caso en concreto, se requieren de fijar dos objetivos primordiales de trabajo. Por un lado, la uniformidad en la aplicación de las tasas de interés por la privación de uso de esa propiedad. Por el otro mantener el poder adquisitivo que ese crédito tenía al momento que se tornó exigible.

Uno de los problemas que observamos es la falta de argumentación suficiente. Probablemente pueda darse por el pedido de las letradas y letrados cuando la petición sobre la desactualización monetaria se limita a la inconstitucionalidad de las leyes que prohíben la indexación.

No obstante, la mirada debe apuntar a la equidad y justicia para que no haya enriquecimiento ni empobrecimiento sin causa. En “Ginossi”, de Lazzari explica que no debe haber enriquecimiento sin causa, se debe tener en cuenta para fundamentar la aplicación excesiva de intereses y/o actualización. En igual sentido la falta adecuada de actualización que produce enriquecimiento sin causa del deudor.

En “Chiara Díaz” la Corte Suprema de Justicia de la Nación estableció los principios de razonabilidad sobre la generalidad que establecen Zaffaroni y Lorenzetti. En este sentido, ver lo que hacen las demás jurisdicciones para que no haya una diferencia grosera respecto a la intangibilidad de los sueldos de los magistrados, resulta aplicable por analogía.

Observamos como la aplicación de diferentes tasas de interés a modo de mantener el poder adquisitivo de los créditos labores es absolutamente grosera entre jurisdicciones lo que afecta el principio de igualdad.

Otro aspecto que observamos es el momento en que la deuda de valor se convierte en una deuda de dinero. Siendo una deuda de valor, la misma ha de mantenerse aún después de la sentencia. Ello nos lleva a plantear el razonamiento del 772 último párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación para lo cual citamos a Barreiro y Cornaglia (2020) que señalan: “la letra del referido 772 CCyC permite una interpretación conforme a los fines, que han sido rescatar al plano del derecho positivo vigente el concepto deuda de valor. De manera tal que podría válidamente sostenerse que cuando la norma se refiere a la posibilidad de cuantificar en dinero una deuda de valor, se hace referencia a una novación objetiva, que solo puede hacerse por voluntad concurrente de las partes. Descartamos así, que la cuantificación judicial en una sentencia, represente una cristalización o desnaturalización del

crédito. Esto último carece de razonabilidad jurídica y violentaría el *alterum non laedere*, consagrado en el art. 19 CN al mismo tiempo, viola una regla básica de la lógica formal de que algo puede ser y no ser al mismo tiempo”.

Por ende, solicitamos se establezcan las pautas para que el monto que arroje la sentencia mantenga su valor en el tiempo para el caso que no se cumpla en tiempo y forma, sea por la falta de pago o el planteo de mecanismos recursivos.

Algunas ideas que podrían ser viables y/o disparadores de mejores pautas podrían ser establecer un monto de la liquidación a un valor equivalente a cierta cantidad de dólares estadounidenses y/o salarios mínimo vital y móvil y/u otra medida de valor abstracto (como, por ejemplo: ius, dólar link, nafta, etc). Solo al efecto de no perder su valor, sin que ello implique reclamar el monto en una moneda que no sea de curso legal. Uno de los mecanismos viables es el que aplican la mayoría de los juzgados de primera instancia en la Provincia de Santa Fe que establece capitalización de intereses.

Los criterios que establecen los votos de Zaffaroni y Lorenzetti en “Chiara Díaz”, los principios que se determinan en “Bonet” en líneas generales nos dice que la actualización, y las leyes que prohíben la indexación no son un dogma. Es necesario la razonabilidad, analizar el contexto y el caso concreto.

Por eso insistimos que lo más adecuado es la teoría del realismo económico y el análisis del caso en concreto que necesariamente es un rol protagónico y con compromiso que deben asumir los jueces en la instancia ordinaria. No puede un crédito laboral ser reconocido por vía extraordinaria con el tiempo que ello conlleva.

Es necesario que la justicia pueda estar provista de mejores herramientas que le garanticen el ejercicio de una tutela efectiva, en cumplimiento a los mandatos constitucionales nacionales y provinciales, la falta de pautas puede conducir a un abismo.

La justicia social que plantea Rawls para una sociedad más justa en protección de los más desventajados encaja en la necesidad de un juez del trabajo que vele por los principios generales del derecho y del derecho del trabajo.

La interpretación de todo el ordenamiento jurídico aplicado al caso en concreto no puede fundarse con apego a la literalidad de la norma sin analizar primero que la decisión sea justa y razonable. De lo contrario habrá quedado en el primer período de la motivación y la interpretación literal.

Tampoco cabe apartarse del ordenamiento jurídico, sino aplicarlo en su conjunto, lo cual incluye normas, Constitución Nacional, Tratados Internacionales y los principios generales del Derecho, analizar el caso concreto, en el contexto y la época en que se desarrolla y ajustar la decisión a que sea justa y razonable.

Coincidimos con Safi (2019), cuando señala que las sentencias no pueden ser abstractas, solamente fundadas en los principios generales y sin declaración de inconstitucionalidad de una ley que decide no aplicar. No obstante, esto no puede recaer sobre la interpretación literal de la ley en función de lo que establece ella misma, por ejemplo, los artículos 1 y 2 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por eso la importancia del razonamiento y decisión judicial, no basta solo fundar la sentencia con los principios generales para apartarse de la ley. La decisión debe ser razonablemente fundada, aplicando la lógica y su resultado ha de ser justo y equitativo para el caso concreto dentro de un contexto determinado de tiempo con las circunstancias económicas, sociales y culturales que lo rodean.

Implica un mayor compromiso, seguir los principios generales y específicos del Derecho del Trabajo que se encuentran en la legislación y el ordenamiento jurídico. También ser consciente que se enfrenta a cambios constantes que ponen a prueba su capacidad profesional y ética.

No basta una actitud pasiva de apego literal de la ley sin medir sus consecuencias, se requiere una condición proactiva que amplíe su campo visual de análisis, para lograr una mirada amplia, integral y considerando todo el ordenamiento jurídico para que la justicia sea efectiva en cada caso concreto.

Ello incluye la aplicación de los principios del derecho que en función de la dimensión o peso en los términos que plantea Dworkin (1977, 77) permite el movimiento sutil en la interpretación de la norma para que su aplicación no se torne una situación injusta.

En los ejemplos de Dworkin queda claro la necesidad de aplicar los principios para resguardar la esencia de justicia ante la aplicación de una norma rígida. Los principios hacen que la norma sea maleable, no al punto de perder su esencia, sino que le permite una oscilación natural dada por el peso relativo de los principios que se confrontan.

En función de los ejemplos citados de Dworkin, no se puede decir que la licuación de un crédito laboral sea un delito mucho menos un fraude imputable a una persona deudora.

Sin embargo, estamos frente a un enriquecimiento sin causa de la persona deudora, y un empobrecimiento sin causa de la persona acreedora, en este caso trabajadora o trabajador.

El Código Civil y Comercial de la Nación recepta esta teoría, precisamente por el juego armónico de todo el ordenamiento jurídico como señala el artículo 2 del Código Civil y Comercial de la Nación que toma el sistema de pesos relativos de los principios que establece Dworkin (1977, 77) frente a una cuestión de créditos

licuados por inflación el principio protectorio y tuitivo del trabajo humano, de carácter alimentario que requiere reparación plena, tendrá un peso relativo muy fuerte frente a las distorsiones que sufre frente al proceso judicial en ciclos inflacionarios.

Como señala Julio Grisolia (2019): “El juez es gestor de paz y equidad, lo cual se torna clave en épocas de crisis. No se es juez de la ley sino de la Constitución Nacional y de las normas supraleales. La función del juez no es hacer ciencia del derecho en base a especulaciones abstractas sino hacer jurisprudencia, usar de la prudencia en la realización efectiva del derecho. Como sostiene Fernández Moore no sirven los jueces de agua (incolores, inodoros e insípidos) sino aquello con verdadero compromiso social. Se debe aplicar la equidad si se observa un resultado notoriamente injusto y disvalioso, de cumplimiento oneroso, nocivo o perjudicial al bien común”.

El trabajo es el eje de la vida y la paz social desde épocas arcaicas, forma parte de los Derechos Humanos Económicos, Sociales y Culturales. Las protecciones a los estándares mínimos garantizan el respeto a la Dignidad Humana. El juez del trabajo debe resolver con equidad y justicia atendiendo estas circunstancias y puede declarar la inconstitucionalidad de una norma para un caso en concreto si arroja un resultado que contraría la esencia de los principios protectorios.

La falta de equidad puede derivar en que la persona que trabaja responda con su propiedad, que, aunque está en expectativa siempre fue suya. Solo estaba impedido de disponerla producto de la falta de pago entiempos oportuno. Esto constituye una clara violación y vulneración al derecho constitucional y convencional de propiedad.

Aplicar directamente la teoría del realismo económico evitará un dispendio judicial. En igual sentido tenerlo en cuenta tanto al momento de solicitar la actualización los letrados como en la interpretación que realizan los jueces.

El rol de las abogadas y abogados también influye en las acciones de los jueces. Es importante no limitar el reclamo a la aplicación de índices o de tasas o el planteo de inconstitucionalidad de las leyes que prohíben la indexación y apuntar más a demostrar cuál es el perjuicio en el caso en concreto. Una forma puede ser mediante la aplicación de ejemplos, para demostrar el apartamiento de la realidad en cuanto al poder adquisitivo.

Hemos visto en numerosos fallos, especialmente de los últimos tiempos el reconocimiento expreso de la necesidad de tener en cuenta el contexto económico y los periodos inflacionarios. La Corte bonaerense, en este sentido, ha remarcado

la importancia de las deudas de valor como alternativa frente a la inflación y en armonía con las leyes que prohíben la indexación.

Es muy importante volver sobre la frase "...el empleo de los índices oficiales solo constituye un arbitrio tendiente a obtener un resultado que pondere equitativamente, en la mejor medida posible, una realidad económica...". Esto conduce a pensar nuestro actual ordenamiento jurídico y las reiteradas insistencias en la aplicación de índices o diferentes tipos de tasas.

No hay una fórmula que garantice que una, otra o el conjunto de ellas conduzcan al resultado justo, no son el fin, son un medio para llegar a un resultado equitativo, considerando como tal el hecho de concordar con una realidad económica, la imperante para el caso. La comparación con la realidad es lo que le facilitará al juez asegurar un resultado justo.

Existe una postura que considera que las leyes que prohíben la indexación son inconstitucionales, nosotros consideramos que no lo son, porque de perder vigencia podrían aparecer los graves problemas que tuvo nuestro país con las indexaciones desproporcionadas que analizamos en el primer capítulo. Puede que se discuta su vigencia, pero esa es otra cuestión.

Tampoco estamos de acuerdo con utilizar a los intereses tasa activa o el incremento sobre su valor en cantidad de veces porque no es la finalidad para los cuales fueron creados como lo señalamos en el tercer capítulo.

La aplicación de intereses para morigerar los efectos inflacionarios no es viable porque no es la naturaleza de éstos. Además, tampoco estamos frente a una deuda de dinero cuando ese crédito laboral no fue abonado en tiempo y forma.

Por otra parte, vale resaltar que la persona que trabaja no es un operador financiero o conocedor de las reglas y manejo de las finanzas. Una persona que contrae una obligación con un banco, lo hace por su propia voluntad en la búsqueda de la realización de algún proyecto. En cambio, una persona trabajadora -al que no se le paga en tiempo y forma- no le queda otro camino que transitar un proceso judicial si quiere recuperar su crédito.

Creemos trascendental justipreciar a valores actuales, teniendo en cuenta el realismo económico para que el equilibrio esté dado por el momento en que se dicta el fallo para que no arroje resultados injustos a ningunas de las partes.

Es importante recordar los principios básicos de la Corte en Bonet:

- a) no prescindir de la realidad económica al momento del fallo
- b) si la aplicación de fórmulas matemáticas se torna injusta, la realidad debe prevalecer sobre las mismas
- c) el deber de los magistrados de ponderar de manera concreta el resultado
- d) la demostración práctica de la desnaturalización del contenido económico del crédito que lo torna irrazonable.

Asimismo, profundizar sobre los criterios que permitan establecer esos valores reales, con argumentos sólidos que le permitan al juez demostrar una razonabilidad fundada. No basta con hacer mención a valores actuales y determinar una suma aproximada, sino que es necesario que se vea reflejado todo el mecanismo que la jueza o el juez utilizó para llegar a una sentencia equitativa y justa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha recordado reiteradamente su doctrina respecto a que “las sentencias deben ajustarse a las circunstancias existentes en el momento en que se dictan”.

Aun cuando se reconocen los créditos laborales sean considerados como deudas de valor y así mantenerse actualizados, -como ocurre con el artículo 70 de la Ley 26.844-, la manda es genérica. No hay herramientas de aplicación o pautas de guía, lo cual genera confusión. Hemos visto incluso algunas posturas sobre el tipo de tasa aplicable o si realmente es actualización lo que significa.

Además, existe otra particularidad, aún si el crédito se cobra valores actuales, tampoco es justo para la persona deudora que aplique la tasa pasiva.

Nuestra postura es considerar que los créditos laborales son deudas de valor, no obstante, sabemos que existen otras posiciones, en especial sobre los créditos tarificados o no derivados de los daños y perjuicios que lo consideran deudas de dinero.

Si bien no compartimos dichas posturas, creemos que, para esos casos sería aplicable lo señalado por el Dr. Jorge Rossi (2017). Uno de los perjuicios que genera la morosidad en el pago puede darse por la depreciación monetaria, que disminuye el poder adquisitivo, con lo que podrían aplicarse los intereses moratorios.

Consideramos que el gran inconveniente que tiene utilizar la teoría del realismo económico es su falta de regulación, o modo de implementarla en la práctica que permita un trato igualitario justo y equitativo.

Las leyes que prohíben la indexación no solo han perdido estrictez, sino que han filtrado su esencialidad en el Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 771, -mientras no existan mecanismos que guíen al juez para actualizar y utilicen los intereses como alternativas, y para las deudas de dinero en las que se deba aplicar solo intereses- este artículo le otorga las herramientas al juez para ajustar a la realidad, disminuir el cálculo si lo considera desproporcionado.

### **III- Propuestas**

#### **III.1 Propuestas de reforma legislativa:**

Por el artículo 75 inc. 19 de la Constitución Nacional, la defensa del valor de la moneda le corresponde al Congreso de la Nación. Por ello es imperioso instar al Congreso de la Nación para que, en pos de la manda constitucional, tome las medidas que impliquen cambios estructurales e históricos.

Como vimos, la inflación no es un problema que haya causado un período de tiempo o un espacio político, es un flagelo que está presente, -con distintos ciclos en los que se agrava- desde que nuestro país se constituyó como nación, y aún previo a ello.

Es ineludible trabajar hacia dos sentidos: defender el valor de la moneda y de proteger el crédito y propiedad de la persona que trabaja. La primera de índole macro económica excede nuestro trabajo, la segunda puede orientarse hacia objetivos más específicos vinculados a nuestros objetivos propuestos.

Nuestro país, a diferencia de la mayoría del resto del mundo, tiene ciclos inflacionarios que sumado la extensión en el tiempo de los procesos judiciales -muchas veces generados a modo de renta- genera un colapso del sistema y la justicia no llega a tiempo.

De nada sirve aplicar intereses por el no uso del dinero, o por la mora, o inclusive por la conducta temeraria y maliciosa de la persona deudora, si la liquidación final ni siquiera alcanza a cubrir el poder adquisitivo de ese crédito de haber sido puesto a disposición en tiempo y forma.

Tampoco consideramos que la aplicación indiscriminada de tasas o índices que sobrevalore ese poder adquisitivo sea el camino adecuado. Se estaría perjudicando a los deudores que, lejos de pretender una rentabilidad, creen en sus diferencias con la pretensión reclamada y tienen derecho a defender su postura en un proceso.

En virtud de ello nuestras propuestas legislativas son:

1. Tomando la inquietud del Dr. Julio Grisolia es necesario instar al Congreso de la Nación para legislar en pos de la uniformidad en la aplicación de las tasas de interés por la privación de uso de la propiedad de la persona que trabaja.
2. Mantener el poder adquisitivo del crédito laboral que debió transitar un proceso judicial para que sea equivalente al momento de su pago en tiempo y forma.

Estas propuestas podrían plasmarse a través de una reforma del artículo 276 de la Ley de Contrato de Trabajo que lo modifique en su estructura. No significa restablecer sus viejas pautas y retomar la discusión: indexación sí o no. Por el contrario, en función de todo el ordenamiento jurídico vigente, podría modificarse para que los jueces del trabajo en su análisis del caso concreto tengan una herramienta que les brinde mayor seguridad al momento de dictar sentencia.

### III.2 Propuestas para las juezas y los jueces:

Mientras el Congreso no adopte las medidas que puedan desterrar a la inflación, problema histórico desde la génesis del país, el sistema judicial no puede mirar para otro lado.

La desvalorización es una vulneración a los derechos de la persona que trabaja como cualquier otro que ha sido reclamado y se le haya hecho lugar, o incluso más grave aún.

Ese derecho que estaba en expectativa, es un derecho constitucional de propiedad de la persona que trabaja cuya restricción vulnera su dignidad porque de él depende para obtener sus necesidades básicas.

Frente a un pedido sobre desvalorización monetaria no basta rechazarlo negando una inconstitucionalidad o manifestando que no existe tal vulneración. La sentencia debe demostrar mediante cálculos o parámetros que mantiene su poder adquisitivo. Es necesaria una fundamentación razonada que explique la solución adoptada y demuestre que de todos los caminos posibles fue la solución más justa y equitativa para las partes.

En este sentido tampoco debe temer en declarar la inaplicabilidad o inconstitucionalidad de una ley para un caso concreto si el resultado es injusto. Será suficiente que muestre la coherencia con los principios del derecho, el ordenamiento jurídico y la centralidad en la dignidad humana.

### **III.3 Propuestas para los Tribunales superiores:**

Tampoco podemos cargar todas las tintas sobre las juezas y los jueces inferiores, la valentía viene acompañada del contexto por lo que las omisiones a veces tienen que ver con la falta de respaldo. Es necesario un mensaje más claro. A modo de ejemplo, los fallos civiles “Vera” y “Nidera” de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dictados en el año 2018 requirieron de un buen paso del tiempo para que sean incorporados como doctrina legal y tampoco de manera uniforme.

### **III.4 Propuestas para las abogadas y los abogados:**

El problema en estudio, también les incumbe a las abogadas y los abogados, tenemos la obligación de activar la capacidad de creación, atacar la desvalorización

del crédito laboral como cualquier otro derecho que se reclama en la demanda y que ha sido vulnerado.

Es necesario demostrar cuál es el perjuicio que ocasiona a la persona que trabaja. Una propuesta es tener en cuenta al momento de redactar la demanda que bienes -cuyo precio se mantenga en el tiempo- pueden acceder con el crédito que reclaman. Es decir, establecer indicadores como señalaba el Dr. Genoud en “Ponce” citando al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “Vega”.

Adoptar medidas de valor, como podría ser dólares estadounidenses, o, el salario mínimo vital y móvil, litro de leche, litro de gasoil u otra medida que pueda mantenerse en el tiempo si no se quiere dolarizar. Existen muchos parámetros que se pueden utilizar, incluso es recomendable que sean varias por si algunas de ellas puedan llegar a ser depreciados mientras dure el proceso.

Es importante determinar desde el inicio de la demanda cuál es el equivalente de esos valores que conforma el crédito reclamado. Esto nos ayudará a defender la posible pérdida de poder adquisitivo y le otorgará herramientas de visibilidad a las juezas y jueces.

### **III.5 Propuesta de parámetros de cotejo:**

El dólar estadounidense es una alternativa viable ya que los ciclos inflacionarios están atados al mismo. Pero tiene como aspecto negativo que podría ser considerado como pérdida de la soberanía o de dolarización de la economía, además de no ser una moneda de curso legal. Sin embargo, aunque no lo contemple la ley, si el juez lo utiliza porque es el parámetro más justo que represente la realidad, puede mostrar los razonamientos que realizó para llegar a su aplicación, como en cualquier parámetro que utilice.

Otro camino a tomar podría ser el equivalente del salario mínimo vital y móvil. Es decir, a cuántos de éstos representaba al momento del pago. Como aspecto negativo pueden ser las fluctuaciones que tenga. Vale recordar que hubo épocas en la que estuvo muy bajo por falta de actualización o inclusive por cuestiones extraordinarias como la pandemia en el 2020.

Puede resultar útil, pero habría que trabajar también en una reforma del mismo a través de una modificación del capítulo VI de la Ley 24.013 para que se mantenga su valor a través de parámetros objetivos y no sea fijado mediante acuerdos políticos a través de reuniones periódicas.

De todos modos, es un parámetro que está vigente por la derogación del artículo 141 Ley 24.013 mediante Ley 26.598 y se debe tener en cuenta para cualquier indemnización que implique un monto menor o proporcionalmente menor si fuera un trabajo parcializado y/o cuando no fuera posible determinar la categoría.

El salario de convenio equivalente al que realizaba la persona que trabaja también es una opción viable porque se trata de la unidad de medida. Lo importante es al igual que el salario mínimo vital y móvil que no sufra asimismo depreciaciones.

En los fallos que hemos analizado hemos visto las distintas herramientas. Por ejemplo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en “Cristos” señala: “Bono Dólar-link emitido en el mercado local –decreto 164/13-; Bono de la Provincia de Buenos Aires con vencimiento en 2016 -resolución ministerial 54/09-; <http://www.ec.gba.gov.ar/areas/finanzas/index.php>) y nacionales en dólares o con cláusula CER (<http://www.minfinanzas.gob.ar/secretarias/finanzas/subsecretaria-definanciamiento/colocaciones-de-deuda/>) o depósitos a plazo fijo de Unidades UVI, ley 27.271 (<https://www.bancoprovincia.com.ar/web/plazofijo>)”.

### 3. COMENTARIO DE FALLOS

***a-* Voces: COMPENSACIÓN ECONÓMICA – EFECTOS DEL DIVORCIO - CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DEL ART. 442 CCYCN. PRUEBA. PERSPECTIVA DE GÉNERO.**

*Sumario:*

- I- Algunas consideraciones.
- II- El instituto de la compensación económica derivado del divorcio.
- III- Precedente jurisprudencial: “F.E.R. c/T.O. s/compensación económica”.
- IV- Prueba. Perspectiva de género.
- V- Conclusiones.

*Autora:* CHENA, Patricia Laura

*Abogada. Postgraduada en: “Derechos del Niño y Políticas Sociales para la Infancia y la Adolescencia”, dictado por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia y Universidad Nacional del Comahue. Postgraduada en: “Carrera de Especialización para la Magistratura”, dictado por la Universidad Nacional de San Martín. Ha realizado diferentes especializaciones y cursos en materia de familia. Actualmente se desempeña en la Defensoría General del Poder Judicial de la Provincia del Neuquén.*

I.- ALGUNAS CONSIDERACIONES. Se incorpora al derecho argentino la figura de la compensación económica, muy desarrollada en el derecho comparado. Alejada del concepto de culpa en el divorcio y basada en la solidaridad post conyugal, su objetivo es compensar el desequilibrio económico que la ruptura genera en una de las partes. El nuevo derecho matrimonial-patrimonial de familia, precedido por la libertad como principio rector, privilegia la autonomía personal. “En materia de derecho de familia hubo cambios significativos en la sociedad, en la legislación y en la jurisprudencia de los últimos años, que originaron un planteo profundo de sus instituciones. Este cambio social se vio reflejado primero y fundamentalmente en la reforma de la Constitución Nacional de 1994 que incorporó a su texto las convenciones internacionales de derechos humanos en su art. 75, inc. 22, en particular en lo que atañe a nuestra materia se pueden puntualizar la Convención Interamericana de 2 Derechos Humanos, la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer ...”. Azpiri, Jorge O., Incidencias del Código Civil y Comercial, Derecho de Familia, Volumen 1, Hammurabi, José Luis Depalma Editor, Buenos Aires, 2015, p. 23. Desde esta perspectiva, el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN) amplía la aptitud de decisión de los integrantes del matrimonio y modifica numerosas áreas, tanto al comienzo como al final de la relación, con el propósito de lograr un mejor y mayor equilibrio en la clásica tensión entre autonomía de la voluntad y orden

público. Este nuevo régimen matrimonial-patrimonial atiende a la libertad, igualdad y no discriminación, plasmadas en diversas leyes anteriores a la sanción del CCyCN que ampliaron derechos y borraron desigualdades, en atención a una realidad de la sociedad. Igual tarea cumplió tanto la doctrina como la jurisprudencia. La igualdad se consagra de modo amplio, en el régimen del matrimonio cómo en su ruptura, comprendiendo las consideraciones que la misma genera en el destino de cada uno de sus integrantes. “Constituye una herramienta valiosa para lograr una mayor igualdad real y no solo formal, con base en la protección al cónyuge más vulnerable, para que pueda lograr su independencia económica hacia el futuro y no se vea obligado a recurrir al pedido de alimentos.” Herrera, Marisa y otros –Directores, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo II, Libro Segundo, Ministerio de Justicia y Derecho Humanos, Presidencia de la Nación, 2016, p. 73. “El nuevo régimen de divorcio no admite la valoración de la conducta de los cónyuges para determinar la culpabilidad en la ruptura, y sólo contempla los alimentos posteriores en casos verdaderamente de excepción, lo que puede constituir una situación disvaliosa para uno de los cónyuges. Para evitar ese posible perjuicio se ha introducido una nueva institución en la legislación que es la compensación económica. Se parte de la base de la comparación entre la situación en la que se encontraban los cónyuges antes y después del divorcio, y si entre ellos se ha producido un desequilibrio que

signifique un empeoramiento de su situación se genera la posibilidad de requerir una compensación económica, tal como lo establece el art. 441 del CCyCN.” 3 Azpiri, Jorge O., Incidencias del Código Civil y Comercial, Derecho de Familia, cit., p. 75 y stes. En los fundamentos del Anteproyecto del CCyCN se expresó que: “... la igualdad es un principio constitucional que campea el régimen jurídico matrimonial y su ruptura ... Hay aspectos valorativos que caracterizan el anteproyecto ... que podemos resumir en los siguientes principios: ...Constitucionalización del derecho privado: En nuestro anteproyecto, tomamos muy en cuenta los tratados en general, en particular los de derechos humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de ... la mujer ... Puede afirmarse que existe una reconstrucción de la coherencia del sistema de derechos humanos con el derecho privado. ... se busca la igualdad real, desarrollando una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.” Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación – Fundamentos – 2012. El anteproyecto recepta

una figura que ya se encontraba establecida en varias legislaciones del derecho comparado, y que es coherente con el régimen incausado del divorcio; así, con fundamento en el principio de solidaridad familiar y en que el matrimonio no sea la causa de enriquecimiento o empobrecimiento económico de un cónyuge a costa del otro, se prevé la posibilidad de que los mismos acuerden o el juez establezca compensaciones económicas. Es una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, para un análisis comparativo de la situación de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio. El nuevo ordenamiento favorece la solidaridad familiar, se consagra así la igualdad de los cónyuges para ejercer su autonomía personal, sin lesionar los derechos humanos del otro; hay libertad de opción en la vida personal sin comprometer la dignidad de la persona humana. 4 Para una adecuada conceptualización de la compensación económica es necesario tener en cuenta el fundamento constitucional del derecho a la misma y su relación con los tratados de derechos humanos. Su base es el Estado de Derecho constituido por el Bloque de Constitucionalidad (art. 31 de la Constitución Nacional), en tanto norma fundamental de reconocimiento y entendido como un sistema jurídico que está integrado por los tratados referidos en el inc. 22 del art. 75 de dicho cuerpo. Estos tratados internacionales tienen jerarquía constitucional, y como tales deben orientar toda determinación judicial.

Así, entre ellos se menciona a la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW). La CEDAW en la Resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas en su inicio dejó sentado que: “Teniendo asimismo en cuenta las resoluciones, declaraciones y recomendaciones aprobadas por las Naciones Unidas y los organismos especializados para favorecer la igualdad de derechos entre el hombre y la mujer, Preocupados, sin embargo, al comprobar que a pesar de estos diversos instrumentos las mujeres siguen siendo objeto de importantes discriminaciones. ... teniendo presentes el gran aporte de la mujer al bienestar de la familia y al desarrollo de la sociedad hasta ahora no plenamente reconocido ...” En concordancia su art. 2 expresa: “Los Estados Partes ... convienen en ... c) establecer la protección jurídica de los derechos de la mujer sobre una base de igualdad con los del hombre y, garantizar, por conducto de los tribunales nacionales competentes y de otras instituciones públicas, la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación ...”.

**II.- EL INSTITUTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DERIVADO DEL DIVORCIO.** Prueba. Perspectiva de género. Con la sanción del CCyCN se abrió un nuevo espectro de reconocimiento de derechos destinados a lograr una igualdad real entre ambos géneros, que, si bien ya era considerado en la jurisprudencia y doctrina, no se encontraba regulado normativamente. 5 Uno de los nuevos

institutos que se incorporaron a nuestro ordenamiento es la compensación económica que aplica para el caso del divorcio. Tiene como base el principio de solidaridad familiar, principio que rige en todo el derecho de familia. La compensación económica tiene como objeto corregir las diferencias generadas durante la vida en común ante la elección del proyecto de vida en pareja, que se ve frustrado con la ruptura y genera así grandes desigualdades. Estas desigualdades se producen a causa de que durante el matrimonio se asignan roles de cierta manera que hacen que uno de los integrantes de la pareja resigna su vida profesional o laboral y que posteriormente le sea muy difícil reinsertarse en las mismas. Los ex cónyuges pueden convenir un monto y forma de pago, convirtiéndose en una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial de cada uno de ellos al momento de producirse el divorcio y, ante un desequilibrio proceder a su recomposición. No se trata solo de un análisis cuantitativo. Y cuando no se ponen de acuerdo sobre la compensación económica, el juez debe resolver sobre su procedencia y, en caso afirmativo, sobre su monto. Se diferencia de los alimentos porque estos están destinados a cubrir una necesidad y la compensación económica está destinada a evitar un desequilibrio. Este instituto se encuentra previsto en el art. 441 del CCyCN que expresamente ordena: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su

situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. ... ” Para que sea procedente quien desee reclamar debe haber sufrido un desequilibrio que le genere un empeoramiento de su situación económica y que tenga como causa el matrimonio y su posterior ruptura. Es necesario analizar cuál era la situación patrimonial de cada uno. En éste análisis además de la capacidad económica, se debe tener en cuenta las posibilidades que tuvo cada uno de estudiar, alcanzar un título, y cualquier otra circunstancia que lo posicionaría de mejor manera para incorporarse en el mercado laboral. 6 Como se adelantó, será el juez quien determine la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias: el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y finalización de la vida matrimonial, la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia, y a la crianza y educación de los hijos, y la que debe prestar con posterioridad al divorcio, edad y estado de salud de los cónyuges y de los hijos, la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica, la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge y la atribución de la vivienda familiar. “Este instituto está pensado para los casos en los cuales uno de los ex cónyuges, postergó su realización profesional o laboral en pos de la vida familiar y luego, quizás después de muchos años de matrimonio debe reinsertarse en la

sociedad para ganar su sustento, sin las mismas chances que años atrás hubiera tenido para rehacer su vida. ... La compensación económica está gobernada por el principio dispositivo, porque lo que está en juego es la autonomía de la voluntad, no el orden público.” Lorenzetti, Ricardo Luis - Director General, Código Civil y Comercial Explicado, Doctrina y Jurisprudencia, Derecho de Familia, Tomo I, arts. 401 a 593, Marisa Herrera – Directora, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, p. 123 y stes. La compensación económica es una institución sensible a los cambios experimentados por las familias contemporáneas. Hay ocasiones en que la ruptura coloca a unos de ellos en una situación de desventaja para afrontar la organización de su vida futura a causa de un desequilibrio económico que guarda relación directa con ese proyecto familiar que concluye. El nuevo derecho respeta la decisión individual o consensuada de poner fin a la vida en común y no permanece inerte ante ciertos sacrificios o postergaciones personales. Se introduce así al CCyCN artículos ubicados entre los efectos del divorcio y sus consecuencias jurídicas ante la ruptura. Estos textos normativos enuncian el objeto, los presupuestos de procedencia y las bases para determinar la cuantía. “La frustración del proyecto de vida en común va en desmedro de la economía familiar; ambos cónyuges o convivientes probablemente, se 7 empobrecerán. Esta es una realidad sobre la que poco o nada tiene para hacer el ordenamiento jurídico. Para concretar un proyecto compartido, los cónyuges y las

personas que conviven se distribuyen roles y asumen responsabilidades que, a veces, implican sacrificios y resignaciones. Si cuando el proyecto fracasa ambos no soportan con la misma intensidad las consecuencias perjudiciales, el Derecho debe venir en auxilio de aquel al que el divorcio coloca en peor situación.” Prólogo de Aída Kemelmajer de Carlucci en Molina de Juan, Mariel, *Compensación Económica, Teoría y práctica*, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, p. 12. Así lo determinó la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, (voto del Dr. De Lázzari): “... la recurrente sufrirá un desequilibrio económico en relación con la posición del otro cónyuge como consecuencia del cese de la relación matrimonial, que implica un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio. ... Aún más, a las dificultades para participar en el mercado de trabajo ante la incapacidad padecida se le sumará la pérdida de la obra social y una probable imposibilidad de cobertura médica asistencial por el alto costo exigido si pretende adscribirse a la misma obra social al ser una persona de edad mayor, enferma y sin actividad remunerativa. ... Considero necesario poner de resalto, en función del principio con arreglo al cual se efectivice la igualdad y equilibrio entre hombre y mujer en la relación familiar, así como el principio de cumplimiento de las obligaciones internacionales, con base en los tratados internacionales que tras la reforma tienen jerarquía constitucional.” Causa C 98.408, [www.scba.gov.ar/jurisprudencia](http://www.scba.gov.ar/jurisprudencia), SCJBA, cit. en Kemelmajer de Carlucci,

Aída y otras – Directoras, Tratado de Derecho de Familia, Tomo I, arts. 401 a 508, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, p. 423. Resulta evidente que, esta figura introduce un valioso mecanismo de perspectiva de género asociado a un sistema reparador frente a la distribución de roles discriminatorios que impacta en mayor medida en las mujeres, principales víctimas económicas del divorcio. Su aplicación puede ser muy útil al momento de la ruptura para quien resultó ser el miembro económicamente más débil de la relación conyugal. Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio y, ante un eventual desequilibrio proceder a su recomposición. El estado patrimonial de cada uno de los cónyuges no se limita a aquellos bienes que en definitiva integren sus patrimonios al inicio y al momento de la ruptura. También debe considerarse la dedicación de cada cónyuge a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante el matrimonio y, a la que debe prestar luego del divorcio. Estas tareas pueden haber sido causa del desequilibrio resultante porque no se pudo dedicar a generar bienes o a la capacitación profesional, y la dedicación posterior al divorcio será un elemento a tener en cuenta para la cuantificación de la compensación. Lo mismo sucede con la edad y estado de salud de los cónyuges y de los hijos, porque van a incidir en la posibilidad de dedicarse a

tareas con las cuales puedan restablecer el equilibrio entre ellos. “Asimismo, el nuevo personalismo jurídico exige que se protejan los derechos fundamentales de la persona ya no sólo frente al poder público sino también en los ámbitos privados, en las relaciones de familia y en la vida cotidiana.” Ferrer, Francisco A. M., Daños en las Relaciones Familiares, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2019, p. 21. La expresión compensación económica nos refiere un derecho deber derivado de las relaciones familiares que faculta a un cónyuge a ejercer una acción personal con el objeto de exigir al otro el cumplimiento de una determinada prestación, destinada a corregir el desequilibrio económico manifiesto que existe entre ellos, y remediar sus injustas consecuencias. Tiene una doble fuente que es la vida en común y su ruptura. María Victoria Pellegrini lo define como: “Un derecho reconocido al cónyuge o conviviente a quien el divorcio o cese del proyecto de vida en común produce un desequilibrio manifiesto, que representa un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura.” Pellegrini, María Victoria, Dos preguntas inquietantes sobre la compensación económica, en R. C. C. y C. Año III, marzo de 2017, p. 29. Se trata de un efecto patrimonial de la ruptura que se traduce en una obligación de dar. Se debe en tanto existió un proyecto de familia que 9 concluye. En el ámbito material es el efecto patrimonial de las relaciones de pareja entre adultos, poniendo el foco en la ruptura de la vida en común. La compensación

económica es uno de los posibles efectos del divorcio. A diferencia de lo que sucedía en el anterior Código Civil que asociaba los efectos del divorcio a las causas, aquí las responsabilidades posteriores a la extinción del vínculo responden a factores objetivos, anclados en el paradigma convencional-constitucional que subyace al Derecho familiar contemporáneo. “La razón primigenia del derecho a percibir una compensación económica reside en el “proyecto común” trazado por los cónyuges que concluye en el divorcio. El art. 431 del CCyC –que determina los derechos y deberes de los cónyuges- deja en claro que más allá de todo requerimiento formal, la esencia del matrimonio radica en el compromiso recíproco de compartir un espacio vital. ... También presupone un posicionamiento igualitario de los miembros de las parejas frente a responsabilidades familiares, auspiciado por las transformaciones en el rol de la mujer en especial. La nueva perspectiva no se conforma con “proteger” a la mujer –miembro tradicionalmente vulnerable, sino que significa “respetar” su condición de sujeto de derechos, y reconocer la transformación de los roles dentro y fuera de la familia.” Molina de Juan, Mariel, *Compensación Económica*, Rubinzal-Culzoni- Editores, Santa Fe, 2019, p. 69/70.

**III.- PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL:** “F.E.R. C/T.O. S/COMPENSACIÓN ECONÓMICA”. Rincón de los Sauces, 20 de octubre del año 2021.- VISTOS: Estos autos caratulados « F., E. R./ T., O. E. S/COMPENSACION ECONOMICA” (Expte Nro. 12694 / 2018, en

trámite ante este Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Minería y de Familia, y; RESULTA: Que se presenta F., E. R. con patrocinio letrado, promueve demanda por compensación económica contra T., O. E. peticionando se le condene a que abone una obra social a su favor por plazo indeterminado. Relata que contrajo matrimonio con el demandado en fecha 28/08/2009, habiendo obtenido sentencia de divorcio en fecha 01/06/2018. Que de dicha unión nació su hijo T., C. R., el cual se encuentra conviviendo con la actora y se encarga de su cuidado y alimentación. Que el demandado no habita el hogar familiar. Que trabaja en relación de dependencia en el supermercado IMPORTADORA Y EXPORTADORA DE LA PATAGONIA S.A. Expone que ella no cuenta con obra social. Que en el mes de noviembre del año 2009 10 aproximadamente comenzó a sufrir problemas de salud en la columna vertebral, rodillas y tobillos que le impedían realizar cualquier tipo de actividad laboral y le provocaron serios dolores, por los cuales requiere de costosos tratamientos médicos, medicinas y estudios periódicos de alta. Que por dicho motivo fue intervenida quirúrgicamente en fecha 28/04/2010 en el policlínico modelo Cipolletti y la segunda intervención quirúrgica fue efectuada en la clínica Pasteur en fecha 07/09/2012. Dice que se advierte un claro desequilibrio económico en el cual el demandado luego del matrimonio cuenta con un trabajo estable. Funda en derecho, ofrece prueba y peticona en consecuencia. Corrido el pertinente traslado, se presenta el demandado

con patrocinio letrado, contesta demanda. Reconoce la unión con la accionante y el hijo fruto de la relación. Realiza la negativa de rigor. En cuanto a los hechos relata que estuvo casado con la actora legalmente y como toda sociedad conyugal, se había conformado con activos y pasivos patrimoniales. En ese sentido se destacan distintos tipos de bienes de valor económico: muebles, inmuebles, derechos creditorios. Estos últimos en la forma de préstamos bancarios que contrajo, alguno de los cuales todavía está pagando. Con el divorcio vincular la actora adquirió la totalidad del acervo patrimonial. Asimismo, dice aportar cuota alimentaria para su hijo según consta en Exp. N° 7062/2015 “F., E. C/ T. S/ ALIMENTOS”, también se tramita un proceso de incidente de reducción de cuota alimentaria Exp. N° 11961/2018 por trámite ante este juzgado. Que trabaja en un supermercado ejerciendo como repositor de mercaderías, trabajo que no reporta buenos ingresos y que le da mínimo para su subsistencia. Que su sueldo es el único activo patrimonial del que dispone. Que, respecto al pedido de cobertura de obra social, solo puede tener beneficiario adherente a una sola persona aparte del hijo, lugar que tiene reservado para su futura esposa. Así una vez producido el divorcio, y con ello la cesación recíproca de todo débito conyugal, se produce también la cesación de dicha cobertura. Agrega que la actora ejerce por sí misma variadas actividades lucrativas que le reportaría con cierta holgura los ingresos suficientes para procurarse una obra social, lo que

además redundaría para nuestro hijo en un mayor beneficio, atento el menor podría disponer de la cobertura de las dos obras sociales. Por último, expone que, si se hace una comparación de ingresos de cada parte, se concluye que no existe en absoluto “claro desequilibrio” entre las partes de este proceso. Abierta la causa a prueba, transcurrido el plazo para su producción, se dicta providencia de llamado de autos para sentencia. CONSIDERANDO: 1).- A los fines de resolver la cuestión planteada, debe dilucidarse si se dan en el caso los elementos exigidos por los arts. 441 y 442 del Código Civil y Comercial para que resulte procedente una compensación económica. Así el artículo 441 define la compensación económica de la siguiente manera: “El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura tiene derecho a una compensación”. Lo primero que se desprende de la norma es que el divorcio debe producir un desequilibrio manifiesto de la situación de uno de ellos causada por la ruptura matrimonial. 11 Esto conduce a que deba compararse la situación en que estaba el cónyuge que pide la compensación durante la vida matrimonial y la que comienza a tener luego de la separación. La finalidad de este instituto radica en la necesidad de compensar a aquel de los cónyuges que ha quedado en una situación económica desventajosa a causa de la ruptura matrimonial, a fin de colocarlo/a en una situación en la que

pueda lograr autonomía e independencia. Ante el quiebre matrimonial entonces se pone en marcha el mecanismo de la compensación económica para equilibrar lo que desequilibró el divorcio, especialmente cuando se produce una desigualdad entre las capacidades de ambos ex cónyuges para obtener ingresos. Esta figura introduce “un valioso mecanismo con perspectiva de género para superar el “estigma” de tener que “ser alimentado”, generalmente asociado a un sistema de distribución de roles discriminatorio que impacta en mayor medida en las mujeres, principales víctimas económicas del divorcio. Su aplicación puede resultar de utilidad para evitar un cúmulo de conflictos posteriores, nacidos precisamente de esta situación de “dependencia” de una cuota alimentaria por quien resultó ser el miembro económicamente más débil de la relación conyugal” KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LLOVERAS, Tratado de Derecho de Familia” Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015, p. 459. “Al tratarse de una herramienta destinada a lograr un equilibrio patrimonial, es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una ‘fotografía’ del estado patrimonial de cada uno de ellos, y, ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición. Ahora bien, dicha “fotografía” del estado patrimonial de cada uno de los cónyuges no se limita a aquellos bienes que en definitiva integren sus patrimonios al inicio y al momento de

la ruptura. Es decir, no se trata sólo de un análisis cuantitativo, porque aquello relevante es cómo incidió el matrimonio y el posterior divorcio en la potencialidad de cada uno de los cónyuges para su desarrollo económico” KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LLOVERAS, Tratado de Derecho de Familia” Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015, p. 426. Entrando en el análisis de la cuestión a resolver, corresponde analizar la acreditación de todos los recaudos fácticos legalmente exigidos para la procedencia de la acción, y—sólo en caso de cumplirse los mismos- he de pronunciarme respecto del monto y modalidad de pago de la compensación demandada. “Tres son las condiciones fácticas que justifican su procedencia: a. que se produzca un desequilibrio manifiesto de un cónyuge respecto al otro; b. que tal desequilibrio implique un empeoramiento en la situación del cónyuge que reclama; y c. que tenga por causa adecuada el matrimonio y su ruptura, a través del divorcio. Esta figura no resulta una consecuencia necesaria del divorcio, sino que procede sólo ante la comprobación de tales presupuestos que pueden derivar de varias y diversas circunstancias, como la colaboración en la actividad lucrativa del otro, la situación patrimonial, la edad, el estado de salud, la labor de educación y crianza de los hijos menores, las posibilidades de acceso al mercado de trabajo, la cualificación profesional, entre otras.” Código Civil y Comercial Comentado - Herrera, Caramelo, Picasso - Ed. Infojus Tomo II, pág. 75. Con respecto al primero de los requisitos

antedichos, la existencia de un desequilibrio manifiesto entre los cónyuges, la doctrina ha señalado que “Como consecuencia directa del divorcio, la situación económica entre los cónyuges debe aparecer claramente 12 desbalanceada. A su vez comprende tanto la situación patrimonial específica y concreta, como así también las posibilidades o habilidades de progreso económico... A los efectos de determinar la presencia de tal desequilibrio resulta necesario tener en cuenta las pautas establecidas para fijar la cuantía de la compensación en el art. 442, pues si bien brinda indicadores para su cuantificación y establecer así el monto, funcionan como elementos de constatación del desequilibrio económico.” KEMELMAJER DE CARLUCCI, HERRERA y LLOVERAS, Tratado de Derecho de Familia” Tomo I, Rubinzal Culzoni, Santa Fe 2015, p. 428. 2).- Ahora bien, analizada la prueba producida durante este proceso bajo los parámetros antes expuestos, no encuentro debidamente acreditado como estaba integrado el patrimonio de las partes al inicio y a la finalización de la vida matrimonial, si se puede observar que cotejado el sistema dextra, tramitan por ante este Juzgado los autos caratulados: «T., O. E. C/ F., E. R. S/ DIVORCIO» Expte.: (11874/2018) en audiencia de fecha 4 de Mayo del año 2018 las partes acordaron: “Régimen amplio de comunicación del progenitor con el niño C. R., respecto de los bienes gananciales, el demandado desiste del pedido de división de la motocicleta y respecto de la vivienda se acuerda la atribución de vivienda de

familia en favor de la demandada quien convive con el niño.” En cuanto a la situación actual del demandado, nada se acredita si es titular de bienes muebles o inmueble ni datos bancarios, en cuanto a su actividad laboral, a fojas 153/163 se han acreditado recibos de haberes de los cuales se desprende que se encuentra en relación de dependencia desde el día 10 de abril de 2012, percibiendo una suma aproximadamente de \$30.000,00 mensuales. Previo a dicha fecha no se acredita nada respecto de su situación laboral. En cuanto a la Sra. F., tampoco se acredita si la misma resulta ser titular de bienes muebles o inmuebles, salvo la existencia de la motocicleta que hace referencia el acta de acuerdo en el expediente divorcio y que tiene a su favor la atribución de vivienda familiar. De su actividad laboral, la testigo R. J. declaró que conoce a la actora por ser compañera de trabajo en el Juzgado de paz, y que la conoce hace más de 10 años” (ver actas de audiencia fojas 33 respuestas 1° y 3°), nada se acredita en cuanto a que actividad laboral realizaba en esa oportunidad la actora. Cotejado el sistema dextra, tramitan por ante este Juzgado los autos caratulados «F, E. R.Y OTRO S/SITUACION LEY 2212» Expte.: (1449/2010), del mismo surge acta de audiencia de fecha 11 de marzo del año 2015 en la cual la Sra. F. expuso: “que ella trabaja en la Escuela Privada y él en la Anónima...Que el año pasado volvieron a convivir en febrero hasta el 18 de diciembre del 2014 que él se fue de la casa. Que ella estaba enferma y él se fue de la casa. Que ella quiere arreglar por

Juzgado el tema de la cuota alimentaria y que él si quiere hago los trámites de régimen de visita. Que su hijo va a la Escuela N° 314 a la mañana. Que ella lo lleva y O. lo va a retirar, ella sale a las 13.00 hs. del trabajo así que a la tarde está con ella.” Por último de la prueba testimonial antes referenciada - la única producida durante la tramitación de este proceso - la testigo declaró en cuanto a la actora, que “El único ingreso que tiene es la cuota alimentaria y no tiene otro ingreso. Esto le consta de dichos de la Sra. F.“ella siempre se la rebusca para hacer cosas, tener algún ingreso pero por su problema de columna no puede levantar peso, hacer fuerza, que es muy emprendedora que ha vendido desde ropa hasta muchas cosas de la manera que sea para poder sostener los gastos. Esto le consta de verlo.” (ver acta audiencia fojas 33). Ahora bien, tal como fuera expuesto, entiendo que no se encuentra acreditado cuál era el patrimonio de las partes previo al inicio de la vida matrimonial, sin embargo, posterior a su 13 finalización, la actora se encuentra en uso de la vivienda familiar y de una motocicleta, que si bien no se acreditaron condiciones de dominio, serían bienes gananciales. Respecto de la situación laboral de ambos, el demandado desde el año 2012 trabaja en relación de dependencia en el mismo empleo, y la demandada por lo expuesto por la testigo Jara y lo manifestado en audiencia bajo Expediente N° 1449/10, al inicio de la vida matrimonial trabajaba, durante el transcurso de la misma también y en la actualidad, no registra relación laboral bajo dependencia, realizando

trabajos de manera privada. En cuanto a la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación del hijo durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio. Nada se acredita en el expediente respecto de la dinámica familiar durante la vida matrimonial, si puedo observar que atento lo expuesto por la Sra. F. en la acta de audiencia en el expediente N° (1449/2010), su horario de salida de su trabajo era a las 13.00 horas, en cuanto al demandado nada se acredita respecto de su carga horaria laboral, tampoco se acredita si durante el vínculo matrimonial hubieran contratado algún personal de trabajo doméstico. Una vez finalizado el vínculo, tal como fuera expuesto en la audiencia de divorcio, el niño tiene residencia con la actora en el domicilio donde se encontraba constituido el hogar conyugal, mientras que con su progenitor mantiene un régimen de comunicación amplio, asimismo tramitan por ante este Juzgado los autos caratulados «F., E. R. C/ T., O. E. S/ALIMENTOS PARA LOS HIJOS», Expte.:(7062/2015) en los cuales se fijó una cuota alimentaria definitiva para el niño C. en la suma que represente el 35 % de los haberes del Sr. T. excluidas las viandas y los montos no remunerativos y los descuentos obligatorios por ley, más proporcional del SAC. En cuanto a la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo, nada se ha acreditado en este supuesto. Por último, se ha acreditado en autos mediante informe pericial médico (fojas 194/197) que F. padece de una incapacidad del 39,07%. 3).- Culminando,

de todo lo expuesto, el único desequilibrio es el que denuncia la actora en su escrito de demanda, en tanto el demandado cuenta con un trabajo estable y ella no, sin embargo, no se logra acreditar de qué manera empeora la situación de la actora, si bien denunció que no cuenta con obra social, no se expone de qué manera esto le perjudica, teniendo en cuenta que en su defecto podría acudir a la salud pública. Si bien no desconozco la situación de salud de la actora, y que no cuenta con obra social, lo cual es producto principalmente de la carencia de un empleo o actividad remunerada registrada, sin embargo, no considero que haya quedado debidamente acreditado que el mismo haya tenido su origen en un eventual sacrificio de su posición personal, desarrollo e independencia en pos del proyecto familiar. ..." Por lo expuesto, RESUELVO: I.- Rechazar la demanda deducida por F., E. R. en contra de T., O. E., conforme los considerandos obrantes en la presente. ... IV.- Regístrese y Notifíquese electrónicamente. Dr. Sebastián Andrés VILLEGAS Juez S. A. REGISTROSE. - Se notifica electrónicamente. NEUQUEN, 2 de febrero de 2022.- Y VISTOS: 14 En acuerdo estos autos caratulados: "F., E. R.C/T., O. E. S/COMPENSACION ECONOMICA", (JRSCI1 EXP Nº 12694/2018), venidos a esta Sala II integrada por los vocales Patricia CLERICI y José I. NOACCO, con la presencia de la secretaria actuante Micaela ROSALES y, de acuerdo al orden de votación sorteado, Patricia CLERICI dijo: I.- La parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de fs. 212/216 vta., dictada el día

20 de octubre de 2021, que rechaza la demanda, imponiendo las costas en el orden causado. a) En su memorial de fs. 227/229 –presentación web de fecha 30 de noviembre de 2021-, la recurrente se agravia por el rechazo de la demanda. Dice que el juez de grado entendió que su parte no logró acreditar de qué modo ha empeorado su situación, cuando en las presentes actuaciones se ha acreditado que la actora durante el matrimonio contaba con obra social, y que luego del divorcio perdió esa obra social. Agrega que también se han probado los problemas de salud que padece, los que le impiden trabajar dignamente, como así también que no tiene trabajo, en tanto que el demandado continúa desempeñándose en relación de dependencia. Sigue diciendo que la sentencia recurrida no ha tenido en cuenta que siempre se encargó del cuidado y manutención del hijo, conforme surge de los expedientes judiciales que individualiza. Considera que el fallo apelado carece de perspectiva de género. Insiste en que el demandado cuenta con trabajo estable, en tanto que la actora está desempleada y con muchos inconvenientes para conseguir trabajo como consecuencia de sus problemas de salud. Destaca que el perito médico le ha otorgado un 39,07% de incapacidad, y que también surge del informe pericial que dejó de hacer rehabilitación cuando se quedó sin obra social. b) La parte demandada no contesta el traslado del memorial. II.- Ingresando en el tratamiento del recurso de apelación de autos y analizadas las constancias de la causa, entiendo que la sentencia

de primera instancia debe ser confirmada. La actora ha reclamado como compensación económica que el demandado le abone una obra social por tiempo indeterminado. Funda su pretensión en la dolencia que la afecta y que le impide obtener un trabajo rentado, señalando que su situación ha empeorado con posterioridad al divorcio por tener que acudir al sistema público de salud para la atención de su enfermedad, y que al ser dada de baja de la obra social no pudo continuar con la rehabilitación. De las constancias del expediente surge, conforme lo ha destacado el juez a quo, la ausencia de prueba respecto de los extremos que enumera el art. 442 del CCyC. Marisa Herrera, comentando el artículo citado, señala que la norma establece las pautas que el juez debe tener en cuenta para determinar no sólo el monto de la compensación económica, sino, primeramente, su procedencia. La autora citada dice: “Justamente, a los fines de determinar su procedencia y cuantía, el juez debe tener en cuenta una serie de circunstancias previstas por el legislador, con el objeto de brindar herramientas de interpretación acerca de la viabilidad y extensión de la pensión compensatoria. “Entre ellas, se destacan el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; la dedicación brindada a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia; la evaluación de la capacidad laboral y la posibilidad de acceder a un empleo de quién requiere la compensación, y el grado de colaboración

que uno prestó a las actividades del otro. 15 “En los Fundamentos se sostiene que es necesario realizar un análisis comparativo de la situación patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio del matrimonio y al momento de producirse el divorcio, esto es, obtener una fotografía del estado patrimonial de cada uno de ellos, y ante un eventual desequilibrio, proceder a su recomposición...El análisis que realiza el juez no debe ceñirse a la situación patrimonial de los esposos, esto es, cuál es el activo y el pasivo con el que cuentan al momento de legalizar la ruptura conyugal; ni siquiera la consideración de cuanto poseían los consortes a la celebración del matrimonio y con posterioridad al divorcio. “La investigación es más amplia, y debe incluir la capacitación laboral que posea cada uno de ellos, con la consecuente potencialidad que esta circunstancia posee en su capacidad, no sólo de generar recursos, sino también de conservarlos; pues de lo contrario y aún ante una importante cantidad de bienes, ellos serán consumidos rápidamente. “En suma, es necesario entender que, vigente el vínculo matrimonial, el deber de asistencia recíproco (conf. art. 431) que impera allí mantiene ocultas las posibles diferencias en la potencialidad económica de cada uno de los esposos y, producido el divorcio, la realidad saldrá a la luz” (conf. aut. cit., “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2015, T. II, pág. 766/768). El déficit probatorio que se presenta en autos impide efectuar el análisis que reclama la norma legal, no contándose con elementos

que permitan afirmar que existe un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, derivado del divorcio y del proyecto de vida que llevó adelante el matrimonio. Actora y demandado contrajeron matrimonio en la ciudad de Rincón de los Sauces el día 28 de agosto de 2009 (fs. 1/vta.). Surge del acta de matrimonio que ambos eran solteros, constando que el esposo era empleado y la esposa ama de casa. Por sentencia de fecha 1 de junio de 2018 se decreta el divorcio vincular de los esposos (fs. 4/5vta.). Surge de la sentencia de divorcio que las partes tienen un hijo en común, y que los bienes que integraban la sociedad conyugal son una motocicleta y -en principio- una vivienda, respecto de la cual se desconoce si realmente es de titularidad de los litigantes. Ambos bienes se atribuyen a la actora. De acuerdo con la declaración jurada de bienes de ingresos de fs. 13/vta., la actora se dedica, con posterioridad al divorcio, a la venta de comida, denunciando un ingreso mensual de \$ 3.000,00 (a octubre de 2018), y que percibe además la asignación universal por hijo y la cuota alimentaria para el niño. La testigo R. J. declara conocer a la actora desde hace más de diez años. Si tenemos en cuenta que la fecha de la audiencia testimonial es 3 de junio de 2019, tenemos que la testigo conoce a la accionante desde antes que se casara con el demandado. Dice la testigo que conoció a la actora en el Juzgado de Paz, siendo compañeras de trabajo, y que desde que la conoce la demandante tenía el problema de columna, que ya la habían operado por primera vez (acta de fs. 33/

vta.). La obra social OSECAC informa que la actora fue registrada como familiar a cargo del demandado desde el 2 de noviembre de 2007 como concubina, siendo dada de baja el día 16 de octubre de 2018 (fs. 47). De los recibos de haberes de fs. 153/163 surge que el demandado trabaja en relación de dependencia con Sociedad Anónima Importadora y Exportadora de la Patagonia, con fecha de ingreso el día 10 de abril de 2012, grupo profesional Ventas B, con un salario neto a septiembre de 2019 de \$ 26.581,78. 16 La pericia médica de fs. 194/196 informa que la actora "... cuenta con antecedentes de lumbociatalgia crónica, discopatía L4-L5 y L5-S1, que fue intervenida quirúrgicamente por tal motivo en abril de 2010 con material de osteosíntesis, artrodesis lumbosacra L4 a S1 y re intervenida para retiro de dicho material en diciembre de 2012. En los últimos años agregó dolor en miembro inferior derecho, localizado en rodilla con irradiación a tobillo, y fue estudiada con diagnóstico de desgarramiento del ligamento cruzado anterior y de meniscos tanto interno como externo de dicha rodilla. En la actualidad padece de obesidad grado IV". Le asigna un 35,20% de incapacidad, sin factores de ponderación: y con ellos se eleva -la incapacidad- al 39,07%. El perito indica que la dificultad para la realización de las tareas es intermedia y que no amerita recalificación laboral. En el interrogatorio que realiza el experto la actora da cuenta de que a ese momento trabaja de forma independiente, haciendo comidas para vender y que a la época de la primera

manifestación invalidante (16 de noviembre de 2009) era ama de casa. Finalmente, la Subsecretaría de Discapacidad informa que la actora cuenta con Certificado Único de Discapacidad, otorgado el día 28 de noviembre de 2018, con vigencia hasta el día 28 de noviembre de 2023, y que dicho certificado es un documento público con validez en todo el territorio nacional, que genera a favor de la persona una serie de derechos: prestación básica y de rehabilitación integral (ley 24.901), tarifa social, derecho a educación inclusiva, transporte gratuito y tarjeta alimentaria crecer, entre otros (fs. 198/vta.). Conforme la prueba detallada en los párrafos anteriores, concluyo que las partes de autos son personas de bajos recursos económicos, sin estudios terciarios o universitarios ni capacitación específica, y que su situación patrimonial no ha variado sustancialmente durante el matrimonio y la convivencia anterior a él (en total, aproximadamente 11 años de vida en común). La actora comenzó su matrimonio siendo ama de casa y se encontró en igual situación al momento del divorcio. No obstante, ello, surge de los expedientes tramitados entre los litigantes, lo que es puesto de manifiesto por el juez de grado, que en el año 2015 la actora trabajaba en una escuela privada, en tanto que la testigo Jara ha dicho que conoció a la actora cuando ambas trabajaban en el Juzgado de Paz. Entiendo, entonces, que la demandante ha desempeñado tareas en relación de dependencia antes del matrimonio y durante la vigencia de éste, pero se desconoce cuáles fueron los

motivos por los cuales la demandante dejó esos trabajos, si fue por decisión personal para dedicarse a la atención de su familia, o si ello obedeció a otras causas. En definitiva, no puede conocerse, con la prueba aportada, si la actora frustró un proyecto personal en pos de la dedicación a la atención de su familia, o para ayudar a su esposo en su oficio o en su trabajo. Tampoco se advierte que exista un progreso marcado del demandado en su faz laboral, ni que el sostenimiento del empleo por parte de éste sea consecuencia –en todo o en parte- de la colaboración brindada por la actora. Asiste razón al juez de primera instancia respecto a que no se conoce cuál fue la dinámica familiar, si la actora se dedicó con exclusividad a la atención del hijo y del hogar, si el demandado colaboraba o no con dichas tareas. Consecuentemente no puede afirmarse que exista aquel desequilibrio entre las partes, que determine un empeoramiento de la situación de la demandante con causa adecuada en el vínculo conyugal y en el divorcio (art. 441, CCyC). Indudablemente la demandante debe de haberse ocupado del hogar común y de la crianza del hijo, pero ello, por sí solo, no habilita la procedencia de la compensación económica. 17 No paso por alto que la actora se encuentra enferma, y que dicha enfermedad le obstaculiza la obtención de un empleo en relación de dependencia, pero la atención médica y la rehabilitación -que es lo que en definitiva persigue la demandante, ya que su única pretensión es contar con obra social- puede ser brindada por el sistema público de

salud. En otras palabras, la demandante no se ve privada de aquellas prestaciones por carecer de obra social. Incluso la ley 24.901 -recordemos que la actora cuenta con Certificado Único de Discapacidad- dispone en su art. 4° que las personas con discapacidad que carecieren de cobertura de obra social tendrán derecho al acceso a la totalidad de las prestaciones básicas comprendidas en la norma, a través de los organismos dependientes del Estado; encontrándose entre dichas prestaciones básicas, las de rehabilitación (art. 15°). Para finalizar este desarrollo argumental, señalo que el análisis realizado por el juez de grado y que el que aquí se lleva a cabo no carece ni soslaya la perspectiva de género. Al sentenciar la causa “Staicos c/ Sabio” (JNQFA4 Expte. nro. 125.618/2020, 20/10/2021) sostuvo: “Si tenemos en cuenta que el art. 3 del CCyC manda al juez a que resuelva los asuntos sometidos a su jurisdicción, mediante una resolución razonablemente fundada, en tanto que por aplicación del art. 1 del mismo código los asuntos deben ser resueltos aplicando la legislación pertinente conforme la Constitución Nacional y los tratados sobre derechos humanos en los que la República Argentina sea parte, la perspectiva de género es una pauta de análisis que debe estar presente en la sentencia, en los casos en que aquella corresponda ser aplicada. “Ahora bien, para pasar de la teoría a la práctica es necesario identificar cuando un caso debe ser abordado con perspectiva de género. “Ornella C. Piccinelli indica como primer paso para construir una

resolución desde la perspectiva de género, la identificación de la necesidad de tutela diferenciada. Dice la autora citada: “Identificar cuando un caso requiere ser abordado con enfoque de género ha de ser el primer punto para considerar. Los diferentes discursos sobre este problema evidencian un abanico de posibilidades que ofrece en un extremo aquellas posiciones que circunscriben la necesidad de tutela a ciertos tipos de casos -generalmente emparentados con situaciones de grave violencia física-, o a ciertos fueros -generalmente penal o de familia-, y en el otro extremo aquellas que pretenden que adquiera virtualidad en cualquier situación en que se halle involucrada una mujer, sin más consideración. “Lo cierto es que ninguna de estas posiciones resulta a priori acertada. Ni la necesidad de tutela a cierto tipo de asuntos ni -en el otro extremo- la sola participación de una mujer en el litigio torna necesaria la implementación de esta especial forma de tutela. “¿Cuándo es necesario abordar un caso con enfoque de género? “Una primera aproximación a esa respuesta debe partir de la exploración del tipo de relación que existe entre las partes en conflicto. De acuerdo con la experiencia comparada, y según la metodología propuesta por los documentos que sirven de guía a este desarrollo, existen diversas situaciones que disparan la necesidad de juzgar con enfoque de género: “a) aquellas en las que se identifica o alega una relación de poder o asimetría basada en el género, “b) aquellas en las que se detecta o denuncia un contexto de violencia (en cualquiera

de sus formas), discriminación o vulnerabilidad derivada de esa categoría, y “c) por último, aquellos en los que, a pesar de no acreditarse una situación de poder o un contexto de violencia, se advierte la posibilidad de que exista un trato o impacto diferenciados basados en el género, lo cual muchas veces se expresa mediante estereotipos o roles de género implícitos en las normas y prácticas institucionales y sociales” (cfr. aut. cit., “Estándares convencionales para una decisión razonablemente fundada. Herramientas 18 para la construcción de sentencias con enfoque de género”, TR LALEY AR/DOC/2566/2021). “En esa senda conceptual, parto de considerar que si bien el enfoque de género debe estar presente cuando se detectan vulnerabilidades derivadas del género de la persona involucrada, no siempre que una de las partes del proceso sea una mujer significa que existan aquellas vulnerabilidades. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido clara: “no toda violación de un derecho humano cometido en perjuicio de una mujer conlleva necesariamente una violación de las disposiciones de la Convención de Belem do Pará. Es necesario que la condición de especial vulnerabilidad por el hecho de ser mujer haya sido el presupuesto de esa transgresión” (caso “Perozo y otros vs. Venezuela”, sentencia del 28/1/2009)”. En autos no se advierte la presencia de relaciones de poder o asimetría, estereotipos de roles de género ni menos aún, un contexto de violencia. La parte actora no ha logrado acreditar los requisitos legales

de procedencia de la compensación económica, y este es el motivo del rechazo de la demanda. III.- Conforme lo dicho, propongo al Acuerdo rechazar el recurso de apelación de autos y confirmar el resolutorio recurrido. Las costas por la actuación en la presente instancia son a cargo de la parte apelante (art. 68, CCyC). No se regulan honorarios profesionales por ser el letrado patrocinante de la actora integrante de la Defensa Pública. José I. NOACCO dijo: Por compartir los fundamentos vertidos en el voto que antecede, adhiero al mismo. Por ello, esta SALA II RESUELVE: I.- Confirmar la sentencia de fs. 212/216vta., dictada el día 20 de octubre de 2021.- II.- Imponer las costas de Alzada a cargo de la parte apelante (art. 68, CCyC)- III.- Sin regulación de honorarios profesionales por ser el letrado patrocinante de la actora integrante de la Defensa Pública. - IV.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, en su oportunidad, vuelvan los autos a origen. - PATRICIA CLERICI JOSÉ I. NOACCO Jueza Juez MICAELA ROSALES Secretaria.

**IV.- PRUEBA. PERSPECTIVA DE GÉNERO.** En el presente caso se plantea cual es la forma correcta de presentar las pruebas, si las cargas probatorias deben ser dinámicas y si se debe resolver con perspectiva de género. Ya hay varios precedentes que nos indican los lineamientos que debemos seguir a la hora de solicitar la compensación económica. Una de las cuestiones más complejas que presenta este instituto, es la cuestión probatoria. La prueba para solicitar una compensación económica en el

caso 19 de la ruptura de los matrimonios suele generar dificultades a la hora de demostrar el desequilibrio de ambas partes. A fin de solucionar estos obstáculos se podrá recurrir a otros artículos del referido cuerpo legal. El art. 710 ordena que: “ ... Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.” También es importante valerse de precedentes jurisprudenciales y doctrinarios. La actividad judicial cobra un dinamismo y un protagonismo diferente en función de la influencia que causó en el derecho de familia la constitucionalización del derecho privado. Para que los derechos humanos incorporados al bloque de constitucionalidad federal no se estanquen en una mera enunciación, sino que se efectivicen y cobren vida, son necesarios ajustes al sistema jurídico. El art. 710 del CCyCN “... adopta el indiscutido principio de libertad y amplitud probatoria que alcanza tanto a lo que refiere al objeto a probar como a los medios probatorios, lo que involucra, además, al criterio de flexibilidad y proporcionalidad de la prueba. Debe leerse en el contexto diseñado por las normas anteriores en lo referido a las facultades del juez para dar impulso e intervenir en el procedimiento. En desarrollos doctrinarios actuales se señala que existen hechos o situaciones de difícil demostración, supuestos en los que se propicia la aplicación del llamado favor probationes. La norma consagra, como regla, la que resulta de

la denominada “doctrina de las cargas probatorias dinámicas”. La previsión actual logra aventar las críticas que se formularan cuando los tribunales aplicaban este criterio sin norma expresa que lo autorizara.” Kemelmajer de Carlucci, Aída y otras – Directoras, Tratado de Derecho de Familia, cit., p. 447/8. En principio parece ser que el juez debe tener en consideración los puntos establecidos en el art. 442 del CCyCN, puntos que no deben faltar detalladamente en la demanda, para asegurar una sentencia favorable. En el caso que se desarrolla el juez a quo rechazó la demanda en consideración a que no se probaron los recaudos fácticos legalmente exigidos por la procedencia de la acción. En su considerando destacó en varias oportunidades que la actora no había acreditado si era titular de bienes muebles o inmuebles, entendió que: “no se encuentra acreditado cuál era el patrimonio de las partes 20 previo al inicio de la vida matrimonial”, y expresó también que: “Nada se acredita ... respecto de la dinámica familiar durante la vida matrimonial”, “... no se logra acreditar de qué manera empeora la situación de la actora”. Con igual criterio la Excma. Cámara consideró que: “De las constancias del expediente surge, conforme lo ha destacado el juez a quo, la ausencia de prueba respecto de los extremos que enumera el art. 442 del CCyC”, y que: “El déficit probatorio que se presenta en autos impide efectuar el análisis que reclama la norma legal, no contándose con elementos que permitan afirmar que existe un desequilibrio patrimonial entre los cónyuges, derivado del

divorcio”. Por último, destaca que: “La parte actora no ha logrado acreditar los requisitos legales de procedencia de la compensación económica, y este es el motivo del rechazo de la demanda.” Cabe preguntarse si el juez al resolver debe considerar las normas establecidas en los tratados internacionales cuando se encuentra con una demanda donde no se desarrolló la prueba, donde no se detallan las circunstancias que debe considerar S.S. a fin de determinar su procedencia. (art. 442 del CCyCN). Y así, cumplir con los tratados internacionales y regionales de Derechos Humanos que integran el bloque de constitucionalidad. (art. 75 inc 22 CN y art. 1 CCyCN). La respuesta afirmativa es posible. “El denominado bloque de constitucionalidad está constituido por la Constitución Nacional (art. 31 CN) en tanto norma fundamental de reconocimiento del Estado de Derecho. Está integrado por los tratados que en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional ... y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. (art. 75 inc. 22 CN). El paradigma protectorio tutela a los vulnerables y es consistente con el acceso. Su fundamento constitucional es la igualdad. Su principio estructurante es la protección de la persona. En el Derecho Público se manifiesta en los derechos humanos, que son regulados en tratados.” Lorenzetti, Ricardo Luis, Teoría de la Decisión Judicial, Fundamentos de Derecho, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, p. 461. “Los juristas han advertido que la constitución es una fuente de normas

que pueden tener una eficacia directa y no solamente programática; en la Argentina ha sido muy valioso el rol de la Corte Suprema para que esto se entendiera, pues hace casi 50 años en dos extraordinarias sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia quedó establecido que los particulares pueden reclamar la efectividad de derechos reconocidos en la Constitución sin necesidad de una norma inferior que reglamente su ejercicio.” Rivera, Julio César y otra, Derecho Civil y Comercial, Derecho de Familia, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 23. Refiere a la acción de amparo de los precedentes “Siri” y “Kot”, Fallos 239.459 y 241.291. En todos los tratados de derechos humanos se encuentran vigentes los principios de igualdad y no discriminación. Y según la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-4/84 “la noción de igualdad se desprende directamente de la unidad de naturaleza del género humano y es inseparable de la dignidad esencial de la persona, frente a la cual es incompatible toda situación que ... por considerar inferior a un grupo, lo discrimine del goce de derechos que sí se reconoce, a quienes no se consideran incurso en tal situación de inferioridad.” (párr. 55). Por otro lado, se debe considerar si el requerimiento de una compensación económica por parte de una mujer, se debe resolver siempre con perspectiva de género. Las opiniones no son unánimes. En caso negativo lo resolvió el Juez de Primera Instancia de Familia, Niñez y Adolescencia, Villa La Angostura, IV Circunscripción Judicial: “Lo que determina la

pertinencia de aplicar la perspectiva de género no es el hecho de que está involucrada una mujer, sino que la cuestión está originada en relaciones asimétricas de poder y situaciones estructurales de desigualdad basados en ... el género de las personas. ... La perspectiva de género como categoría de análisis habilita la visualización de las necesidades ... evitando los estereotipos y las relaciones desiguales de poder que afectan a las mujeres o mejor dicho, considerándolos, para adoptar medidas que tiendan a la igualdad y no discriminación.” “R. Y. E. c/A. A. A. s/Compensación Económica.”, 2022. La Excma. Cámara en el fallo que hoy citamos dejó en claro que: “La perspectiva de género es una pauta de análisis que debe estar presente en la sentencia, en los casos en que aquella corresponda ser aplicada. ... no siempre 22 que una de las partes del proceso sea una mujer significa que existan aquellas vulnerabilidades.”

**V.- CONCLUSIONES.** Analizando el proceso que va desde el Código Civil como constitución a la Constitución Nacional como fuente de derechos civiles, que los actos del Estado se deben ajustar a ella. Incluye, claro está, las sentencias judiciales. Un avance importante ha sido la constitucionalización del derecho civil tal como está reflejada en el nuevo CCyCN; ya sea en todo el ordenamiento y, especificado en su art. 1 que menciona a la Constitución Nacional como fuente de derecho junto a los tratados de Derechos Humanos. Estas son las fuentes formales para resolver

cualquier cuestión civil. Tienen una jerarquía superior a la ley (art. 31 y 75 inc. 22 CN). La supremacía constitucional apunta a que la Constitución Nacional entendida como de supralegalidad, ordene que las normas y los actos del Estado se ajusten a ella. Ha sido un largo proceso. Al publicar en 1934 la Teoría pura del derecho, Kelsen expresaba que: “Un Estado debe estar ligado por las normas del derecho internacional. Aparece como un orden jurídico al cual los derechos nacionales están subordinados de tal manera que tenemos un sistema jurídico internacional.” Kelsen, Hans, Teoría pura del derecho, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Buenos Aires, 1996, p. 212. No siempre ha sido así. El mismo profesor Borda en su nota de elevación de la Ley de reformas 17.711 se manifestó sobre que “el Código Civil es más importante que la propia Constitución Nacional, porque ella está más alejada de la vida cotidiana del hombre que el Código Civil.” Es innegable el avance de nuestra legislación. La reforma establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho privado y el derecho público, manifestada en la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales. Este nuevo paradigma protectorio tutela a los vulnerables, siendo su fundamento la igualdad que se manifiesta en la incorporación de los Tratados 23 de Derechos Humanos. Este bloque constitucional ha tenido un fuerte impacto en el derecho de familia. El único límite es el abuso del derecho, plasmado en el art. 10 del CCyCN. Donde sea visible una relación de

dominación varón-mujer se requiere de una mirada con perspectiva de género. Su fundamento constitucional es la igualdad. Pero la sola actuación de una mujer no siempre amerita dicha protección. Las acciones del Estado deben estar presentes cuando se profundicen estas relaciones, tanto doctrina como jurisprudencia deben contribuir a reforzar este camino. Se requiere de una visión con perspectiva de género que permita analizar cada caso y, actuar si fuera necesario. Este nuevo CCyCN reclama la benevolencia de los operadores del derecho para su juzgamiento. Esperemos estar a la altura.



**b- UN NUEVO FALLO QUE APLICA LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.**

*Autora:* Eloísa B. RAYA DE VERA<sup>13</sup>

**I.- Los hechos**

El 21 de diciembre de 2021 la Cámara de Apelaciones de la Ciudad de Puerto Rico de la Provincia de Misiones emite un fallo novedoso ya que aplica la perspectiva de género en un proceso de restitución internacional de niños, niñas y/o adolescentes.

El caso posee los siguientes elementos fácticos: la niña nació en Argentina, pero vivió sus primeros años de vida en Paraguay en la sede del hogar familiar en un ambiente plagado de violencia. La madre de la niña (de nacionalidad argentina)

---

13 Abogada. Magister en Negociaciones y Relaciones Internacionales (FLACSO-UDESA). Magister en Relaciones Económicas Internacionales (Universidad de Barcelona). Profesora Titular Permanente de Derecho Internacional Privado (UM). Directora del Instituto de Derecho Internacional Privado (CAMGR). Directora del Instituto de Derecho Internacional (FACA). Vicepresidenta Primera del CAMGR.

viajó a su país para dar a luz ya que el sistema hospitalario argentino era mejor. La niña recién nacida solo fue inscrita con filiación materna. La violencia acompañó a la madre y a la niña desde el embarazo. Debido a los golpes recibidos tuvieron que adelantar el parto y la niña nació prematura. Envuelta en el círculo de la violencia la madre de la niña regresa a Paraguay con su hija junto al perpetrador de tanta violencia, con la autoestima desecha y sin mecanismo de defensa. Fue la propia hermana del padre de la niña -harta de asistir a situaciones de extrema violencia- quien ayudó a la demandada a escaparse de Paraguay y viajar hacia la Argentina con la niña.

El padre de la niña, primero reconoce a la pequeña y luego inicia un proceso de restitución internacional para que la niña sea reintegrada prontamente a Paraguay. Dicho proceso queda radicado ante el Juzgado de Primera Instancia de la Ciudad de Puerto Rico, el que aplicando literalmente la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989 ordena el reintegro de la niña en el mes de Julio de 2021.

La madre de la niña apela y durante el trámite de apelación, la Cámara ordena ciertas medidas de mejor proveer (exhortos a la Policía de Paraguay para que informe sobre las denuncias de violencia y causas instruidas por dichas

denuncias y oficio al Hospital de Misiones para que informe las circunstancias que generaron el adelantamiento del parto e historia clínica de la madre de la niña). Luego de evacuados dichos requerimientos, la Cámara rechaza el reintegro de la niña por considerar que existía grave riesgo en la salud física y/o psicológica en caso de retornar. Sin embargo, sus puntos más novedosos son: a) que efectúa el control de convencionalidad entre la Convención Interamericana aplicable y las normas constitucionales y de derechos humanos que poseen jerarquía constitucional en Argentina; b) considera que los hechos de violencia le quitan ilicitud al traslado en virtud al deber que poseen los jueces de juzgar con perspectiva de género y c) que es necesario hacer un análisis del interés superior del niño en cada caso particular. Veamos estos aspectos en particular.

## **II.- El proceso de restitución, el control de convencionalidad y la perspectiva de género**

La Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo de 1989 es un tratado clásico de cooperación (no posee jerarquía constitucional) que contiene disposiciones de carácter eminentemente procesal.

Una de sus más importantes cláusulas establece que no podrá decidirse sobre la cuestión de fondo de los derechos de custodia (art. 17) y que deberá recurrirse a procedimientos de urgencia (art. 12 y 13) para lograr el pronto reintegro del niño.

Por lo tanto, en un procedimiento abreviado debe decirse sobre la residencia habitual del niño, si existió traslado o retención indebida, si se producen las causales de excepción para finalmente establecer si corresponde o no restituir.

Toda aquella cuestión vinculada a determinar la idoneidad de alguno de los progenitores para el cuidado del niño, si existió alguna manifestación de violencia de género o en suma analizar profundamente la problemática familiar, está vedado en este tipo de procedimiento.

Ya se han escuchado algunas voces<sup>14</sup> que vienen sosteniendo que los tratados de derechos humanos (como la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer o la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño) exigen un amplio tratamiento de la dinámica familiar

---

14 RAYA DE VERA ELOISA, El Control de Convencionalidad y el Convenio de La Haya de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores”, publicado en el e-book sobre Restitución Internacional de Niños a la luz del Derecho Internacional Privado, Directora Sara Feldstein de Cárdenas, El Dial, 2019, pág. 109.

que no se puede acallar por disposiciones formales (aunque se encuentren en un tratado) o cuestiones de cooperación.

Ciertamente, la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional es un tratado clásico que posee jerarquía supra legal pero que no tiene jerarquía constitucional ni conforma parte del bloque de constitucionalidad. Por lo tanto, puede ser objeto del control de convencionalidad cuando en su aplicación se oponga o tenga una interrelación negativa con respecto a disposiciones convencionales de mayor jerarquía.

Con la Reforma constitucional de 1994, el derecho internacional comenzó a insertarse dentro de nuestro derecho interno<sup>15</sup>, gracias a la función de dos fórmulas constitucionales: la puente y la habilitante, por las que se le otorgó jerarquía constitucional a ciertos tratados de derechos humanos y el Estado delegó competencias a organismos supranacionales (por ejemplo Corte Interamericana de Derechos Humanos).

---

15 AMAYA, Jorge, Alejandro, Diálogos entre Tribunales Internacionales y Tribunales Internos, en Calógero Pizzolo-Luca Mezzetti Coordinadores, Tribunales supranacionales y tribunales nacionales, Tomo 1, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2016, pág. 21 y subs.

La Reforma de 1994 generó la apertura de nuestra Constitución, que significó no solo la inclusión del Estado en la comunidad internacional aceptando las dimensiones fácticas y jurídicas de interdependencia internacional sino también que la Constitución argentina deja de tener la pretensión de proporcionar un esquema de regulación exclusivo y totalizador sobre la base de un poder soberano para aceptar los marcos reguladores de la comunidad internacional <sup>16</sup>.

Todo lo cual ha traído como consecuencia la erosión del monopolio en el ejercicio del control de constitucionalidad, sino que también le impone a nuestro Máximo Tribunal y a todos los jueces de todos los fueros y de todas las instancias ejercer el control de convencionalidad.

El término control de convencionalidad fue por primera vez acuñado expresamente por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) en el caso “Almonacid Arellano vs. Chile” y complementado en el caso “Trabajadores cesados del Congreso vs. Perú” en donde dispuso que todos los jueces de cualquier instancia debían velar por la adecuación de su derecho interno vis a vis las convenciones sobre derechos humanos y las interpretaciones que la Corte IDH realizara de ellos, incluso de oficio.

---

<sup>16</sup> PIZZOLO, Calógero, Las Normas Interconectadas, Editorial La Ley, 2013.

Los jueces de Cámara en el fallo aquí comentado -ejerciendo el control de convencionalidad- determinaron que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) posee jerarquía constitucional y tiene aplicación prioritaria y prevalente al procedimiento establecido por la Convención Interamericana. Asimismo, establecieron el deber de los jueces de juzgar con perspectiva de género, por lo que la situación de violencia vivida por la demandada no podía quedar desatendida por la justicia argentina.

Ciertamente, la equiparación constitucional del derecho internacional de los derechos humanos es concedida por la Constitución Argentina (art. 75 inc. 22), razón por la cual, en el supuesto que se produjere una incompatibilidad entre una norma inferior (como la CIDIP) con respecto a los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional, ésta adolecería de inmediata validez.

El sistema de derechos humanos, en especial la CEDAW, se ocupa y preocupa por garantizar el goce de los derechos y libertades de las mujeres, en condiciones de igualdad con los hombres, a través de la adopción de medidas destinadas a modificar aquellos estereotipos basados en la supuesta noción de inferioridad de las mujeres. La situación de la mujer en la familia es uno de ellos, centrada en un rol de cuidado

del hogar y de los hijos, por contraposición a la función proveedora del sustento que le es asignada a los hombres <sup>17</sup>.

Atendiendo a esta perspectiva, la Cámara determinó que no había ilicitud ni en el traslado ni en la retención de la niña en Argentina. Es decir, la conducta de la madre estaba justificada en las normas sobre derechos humanos (directamente operativas). Lo contrario llevaría a considerar al proceso de restitución como un “solve et repete”, totalmente incompatible con el respeto a la integridad personal y los derechos de la niña y su madre.

### III.- Interés superior del niño

Según lo estipula la Convención Internacional sobre los derechos del niño, toda medida vinculada a menores debe tomarse atendiendo a su interés superior <sup>18</sup>.

---

17 LORENZETTI, Luis Ricardo, Director, Código Civil y Comercial explicado, Derecho de Familia, Tomo 1, Rubinzal-Culzoni Editores, pág. 16).

18 Conf. Art. 3 de la Convención de los Derechos del Niño: En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

Podría definirse este interés como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado, y entre ellos, el que más conviene en una situación histórica determinada <sup>19</sup>.

Ciertamente, los niños tienen “derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado” <sup>20</sup>.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) es aún más contundente al manifestar que “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho de un niño o una niña, debe tomar en cuenta el principio del interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia” <sup>21</sup>.

Por ello, resultan insuficientes los criterios interpretativos genéricos a los que recurre nuestro Máximo Tribunal en casos de Restitución (y la mayor parte de los jueces que resuelven casos de restitución) para armonizar la Convención Internacional sobre los Derechos del niño con el Convenio de La Haya de 1980 y la

---

19 WEINBERG, Inés, Convención sobre los Derechos del Niño, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2002.

20 Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002, párr. 65, y Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, párr. 126.

21 Cfr. Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina, párr. 126.

CIDIP IV cuando afirma “que el interés superior del niño orienta la interpretación que deba darse a un convenio internacional que, como la Convención de La Haya, fue suscripto, ratificado y aplicado por el Estado nacional en el profundo convencimiento de que los intereses del menor son de una importancia primordial para todas las cuestiones relativas a su custodia. Esa declaración, incluida solemnemente en el preámbulo de la Convención de La Haya, inspira el procedimiento instaurado en su texto, destinado a implementar una exigencia que la comunidad internacional formuló en la década de los años setenta: la protección del derecho esencial del niño a no ser desarraigado por una vía de hecho de su medio habitual de vida familiar y social. La Convención parte de la presunción de que el bienestar del niño se alcanza volviendo al “statu quo” anterior al acto de desplazamiento o de retención ilícitos (conf. CSJN, “Wilner C. Osswald”).

Presumir genéricamente que restituir es proteger el interés superior del niño violenta los lineamientos fundamentales de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Por el contrario, la concreción del interés superior exige analizar cada caso en particular.

En la Opinión Consultiva 17/2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostuvo que los jueces deben realizar una interpretación dinámica en todas aquellas cuestiones que involucren a niños. Esa interpretación dinámica impone a

los operadores judiciales evaluar ampliamente el contexto en donde se produce el conflicto familiar -siempre cambiante y complejo- y los obliga a reanalizar el caso a fin de que las resoluciones no pierdan actualidad con respecto a la situación del niño.

El fallo de Cámara aquí analizado, en esa misma sintonía dispone que “persistir en la idea formalista de que existe un interés del niño para la generalidad de los casos y otro distinto para los procesos de restitución, es una falacia”. Si el niño sufre violencia o vive en un ambiente violento, la justicia no debe amparar su regreso basándose en máximas exclusivamente de naturaleza procesal.

Sin dudas, se ha iniciado un proceso de revisión de la restitución internacional, que tuvo eco en parte de la doctrina y que hoy está teniendo manifestaciones concretas en la jurisprudencia <sup>22</sup> (el fallo aquí analizado es un ejemplo de ello). Ojalá esta revisión lleve a procesos más justos, más inclusivos y más igualitarios.

---

22 No puede dejar de mencionarse el emblemático caso “Neulinger y Shuruk vs. Suiza” de la Corte Europea de Derechos Humanos” (2010) y la medida cautelar de la Comisión Interamericana en el caso “R.M.A. c. F.M.B. s. Reintegro de hijo” (2016) o en el caso “V. M. c. S.Y., C. s. Reintegro del niño” en trámite por ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil nro. 82.



**c- “LA GRAVITACIÓN DE ESTABLECER, EN PROPIEDAD HORIZONTAL, EL CARÁCTER DE LAS PARTES EN EXCLUSIVAS O COMUNES Y SU INJERENCIA EN LA RESPONSABILIDAD.”**

*Autor:* FERREIRA MORAIS, Ignacio Enrique  
*Profesor de Derechos Reales.*

I.- Introducción. El caso traído al análisis 1 parte de la necesaria y especial relevancia de establecer el carácter de las partes en la Propiedad Horizontal. En el mismo se denota la gravitación que tiene esta determinación para resolver quién será el responsable ante el evento dañoso que se reclama. Dicho en otras palabras, poniéndonos más en contexto tanto la sentencia de la Magistrada de primera instancia como el fallo de la Alzada, Sala “C”, parten de la importancia de asignar el carácter de propio o común a la parte en cuestión -un balcón-, y la relación directa en realizar un examen exhaustivo de donde proviene el perjuicio que ocasiona el daño para finalmente determinar quien debe responder. Cabe resaltar, que sin la determinación de la parte no podría establecerse la responsabilidad, como así tampoco podría determinarse el carácter de la parte si no se conoce el origen exacto del daño. En el presente trabajo nos disponemos a desarrollar de forma paulatina el caso, su resolución y llegar así para ofrecer el contexto jurídico del derecho real de Propiedad Horizontal

colocando, de esta manera, en situación al lector. Finalmente nos expediremos sobre las consideraciones lógicas al momento de diferenciar una parte común de una parte privativa con su correspondiente gravitación en la responsabilidad junto con un apartado con conclusiones finales. En sí, buscaremos aclarar aquellos puntos controvertidos sobre la confusión reinante en la determinación de una parte como es el balcón y sus revestimientos, y la gravitación de ello en la responsabilidad.

**II.- Síntesis de los hechos del Caso.** Quid de la controversia. En este apartado se intentará resumir los hechos planteados por las partes de una forma simplista para luego adentrarnos en las controversias, a saber: 1. — La Sra. María Roxana Poulis demanda al Consorcio de Copropietarios de la calle Aráoz 2241 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por daños y perjuicios derivados de filtraciones del balcón de otra unidad funcional (10mo. “A”) las cuales ocasionaron un detrimento en su departamento 9no. “A”. Es dable aclarar que el mentado departamento, del cual su hermana es condómina, es utilizado por ambas como consultorio médico. En resumen, el reclamo que realiza alude no solo a requerir las reparaciones de la unidad funcional sino también a un resarcimiento económico por el daño emergente, moral y gastos ocasionados por el evento dañoso. 2.— Luego el Consorcio de

Copropiedades contesta el reclamo de la actora haciendo especial hincapié en que el mantenimiento de los revestimientos de los balcones queda a cargo de los propietarios de las unidades funcionales fundándose en lo dispuesto por el artículo 2043 del Código Civil y Comercial. Es por ello que plantea que las refacciones no deben ser reclamadas (\*) Abogado y Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Morón. Posgraduado Docente Superior Universitario y Posgraduado en Herramientas TICs (UM). Director del Instituto de Derechos Reales y Director Adjunto del Instituto de Contratos en el Colegio de Abogados de Morón. Director de la “Revista de Derecho Privado - Revista Jurídica Digital CAM” . Profesor Adjunto Regular por concurso de Derecho Civil IV en la Escuela Superior de Leyes y Profesor de Ingeniería Legal y Ejercicio Profesional en la Escuela Superior de Ingeniería, Informática y Ciencias Agroalimentarias ambos en la Universidad de Morón. Autor de varios artículos y publicaciones. Disertante. Conferencista. 1 Juzgado en lo Civil nro. 45 PJN, 15/04/2021, autos: “Poulisis, María Roxana c. Cons. de Coprop. Aráoz 2241 s. Daños y Perjuicios” Expte. nro. 68036/2017.- al Consorcio sino al propietario del 10mo. “A”, imputando de esta manera al Sr. Federico Friedlander la responsabilidad por los daños acaecidos en el departamento de la Sra. Poulisis por ser éste titular dominial de ese departamento. En fin, el Consorcio de Copropietarios solicita el rechazo de la demanda y la citación del Sr. Friedlander al proceso. 3.— Es así como

el Sr. Friedlander se presenta contestando la citación como tercero incoada y de esta manera reconoce la existencia de las filtraciones pero alega que las mismas no son provenientes por roturas de los revestimientos del balcón sino de la estructura y la falta de mantenimiento en la impermeabilización del mismo, en particular apunta que pueden ser debido a fallas en la aislación hidráulica de la losa, el desagüe pluvial o el frentín del mentado balcón, cuya reparación incumbe al consorcio por ser aplicable el carácter determinado por el art. 2040 del Código Civil y Comercial.- A continuación, exponemos los puntos controvertidos: 4.— Las cuestiones ventiladas tanto en la demanda como en las sendas contestaciones, exhiben la necesidad de discutir la procedencia del evento dañoso (deterioros provenientes de las filtraciones y humedad) y así delinear la responsabilidad que les cabe a los intervinientes en el proceso judicial. 5.— En primer término, fue imperioso en el caso determinar la causa de las filtraciones puesto que de esta manera se puede dar con el responsable de esos daños causados por las mismas. 6.— Continuando con este pequeño análisis de los hechos y las controversias ocasionadas, mencionaremos unos ítems extras que se tuvieron en consideración. En sí, se precisó que, en materia de daños provenientes de cosas inanimadas, estando en propiedad horizontal, se debe diferenciar entre cosas comunes, las cuales es responsabilidad del consorcio su mantenimiento y refacción, y cosas exclusivas, las cuales es responsabilidad del propietario de la respectiva

unidad. Por otro lado, se aclaró que cuando se trata de humedades y filtraciones originadas en superficies y lugares comunes (balcón) del edificio, corresponde al consorcio, mientras que, si los daños derivan de los revestimientos de esos balcones, el responsable es el dueño del departamento que hubiera originado el perjuicio. Otro de las cuestiones a considerar es el daño moral pretendido por la actora, como consecuencia de los daños materiales originados y el sufrimiento por esta situación que ésta ha tenido. 7.— Finalmente llegamos a las probanzas del proceso, recordemos que no se discutieron en ningún momento los daños materiales, es decir, todas las intervinientes involucradas en el juicio reconocieron la existencia de éstos. Por ello que la controversia siempre se planteó sobre quién debía reparar y pagar la indemnización por los mismos. En consonancia a ello, se llevaron a cabo una serie de pruebas, siendo la pericial la encargada de determinar el origen de los daños y que de esta manera se resolviera si provenían de una parte común o de una parte privativa. En síntesis, luego de varios informes presentados y explicaciones dadas por peritos se determinó que el evento dañoso tenía su nexo causal en fallas en la capa de aislación hidrófuga del balcón de la unidad funcional del Sr. Friedlander, lo cual no correspondía al revestimiento del mismo (art. 2043 del Código Civil y Comercial) y por consiguiente se determinó el carácter común siendo responsabilidad exclusiva del consorcio su reparación y abono de la indemnización.

III.- Fallo Teniendo en claro las líneas antes planteadas, acercaremos lo resuelto por la magistrada de grado y luego el fallo de la Cámara Sala “C”. La sentenciante resolvió admitir la demanda condenando al Consorcio de Copropietarios de la calle Aráoz 2241, y desestimando la pretensión contra el consorcista Sr. Friedlander, puesto que según las probanzas de autos se desprendía a simple vista de los dictámenes periciales que las filtraciones que dañaron el departamento de la Sra. Poulisis provenían de la aislación hidrófuga del balcón, siendo esta una cuestión estructural y por consiguiente común en donde la responsabilidad directa es del Consorcio, agregando que este último no pudo quebrar el nexo causal entre el evento dañoso y la parte común por la cual es responsable. Por otro lado, la magistrada le ordenó pagar una indemnización, presupuestando \$ 250.000.- en concepto de daños morales por considerar el sufrimiento que padeció la accionante por los eventos que dieron origen a la demanda en consideración a los testimonios, fotografías e informes agregados. Ante esta sentencia, el Consorcio de Copropietarios apela y presenta sus agravios en base a considerar que la responsabilidad atribuida en la misma y la procedencia o cuantía establecida en cuanto al daño moral no son correspondientes con las probanzas de autos. Por su parte la Sra. Poulisis también se agravia en cuanto al monto fijado para resarcir el daño moral y la fecha para el inicio del cómputo de los intereses. En consecuencia a ello se eleva a Cámara y los Señores Jueces de la

Sala “C” fallan sobre la base de las siguientes apreciaciones: 1.— Con respecto a los agravios presentados por el Consorcio en donde el demandado manifiesta que no existe vinculación o nexo causal entre el evento dañoso y una parte reputada como común, es decir, plantea el agraviado que en realidad el daño proviene de una parte privativa eximiéndolo de esta manera de responsabilidad; los camaristas aclaran que en cuanto a ello son solo especialistas en la ciencia del derecho, siendo que para cualquier otra cuestión técnica -se refieren a determinar si el daño proviene de una parte común o exclusiva- requieren de la asistencia de un sujeto idóneo llamado perito para que dictamine sobre ello. Ahora bien, sustentan su fallo en que “el juez debe demostrar que el dictamen (pericial) se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos”<sup>2</sup>, de esta manera agregan que no han advertido que existan errores para desmerecer las pericias presentadas y en consideración a lo dictaminado en ellas con respecto a que el daño proviene de una parte común resuelven el rechazo del planteo del consorcio confirmando la sentencia de grado. 2.— En otro orden de ideas, con respecto a los agravios sobre el daño moral planteados tanto por la Sra. Poulisis y por el Consorcio, resuelven revocar el rubro indemnizatorio del daño moral considerando que no se advierten cuestiones que influyan en los sentimientos de la actora generando dolor

o afección a la salud que deba ser compensada, agregando que los testigos ofrecidos no hacen alusión en ningún caso a aflicción moral de parte de la accionante.

**IV.-** Contexto legal actual Sin pretender hacer una pormenorizada explicación de toda la figura regulada, es de menester, como se ha mencionado en la introducción, tener nociones liminares de este derecho real para comprender el sentido y alcance de lo pretendido en estos comentarios<sup>3</sup>. Sabiendo a prima facie que la Propiedad Horizontal configura actualmente un derecho real, podríamos comenzar el análisis con unos pequeños antecedentes del instituto. En nuestra legislación, más precisamente en el derogado Código Civil de Vélez Sarsfield encontrábamos un artículo 4 que prohibía al propietario dividir un edificio y adjudicarlo a favor de diferentes dueños, es decir que no se consideraba la posibilidad de establecer lo que hoy conocemos como propiedad horizontal. 2 Arazi, Roland, “La prueba en el proceso civil”, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1998, pág. 405. 3 De acuerdo a lo indicado en el primer apartado del presente trabajo, no se someterá el derecho real de Propiedad Horizontal a un análisis profundo de la figura jurídica sino más bien una explicación exigua para poder desarrollar lo que sí está en estudio en el presente que es la gravitación de establecer el carácter de las partes y su injerencia en la responsabilidad. 4 Artículo 2617 CCiv. “El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última

voluntad.” Un tiempo después de la sanción del Código de Vélez, a través de la entrada en vigencia del texto de la Ley nro. 13.512, en particular en su artículo 18 se derogaba el mentado artículo 2617 del Código Civil dando una solución a un problema de grandes magnitudes para la época, nos referimos a la explosión poblacional de forma exponencial y la falta de legislación que permitiera una flexibilidad en las construcciones y su adjudicación a distintos propietarios. La ley 13.512 habilitará la posibilidad de la construcción y división de un edificio en pisos y departamentos de tal manera que se pudiera enajenar a través de derechos exclusivos las distintas porciones de ese edificio, en otras palabras, se admitirá que los distintos pisos en una construcción o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de una edificación que se encuentren en una sola planta y que cuenten con determinadas características puedan pertenecer a propietarios diferentes. Lo que hemos realizado hasta aquí, es acercar de forma simple la historia desde los principios y orígenes del Derecho Real de Propiedad Horizontal, siendo la Ley 13.512 y su decreto reglamentario el antecedente directo de lo que encontraremos en los artículos 2037 a 2072 del Código Civil y Comercial actualmente vigentes. Ahora sí podemos disponernos a desarrollar el contexto legal actual. Primera cuestión a mencionar es que el artículo 2037 del Código Civil y Comercial trae una novedad ya que establece un concepto tipificado, algo que en la Ley 13.512 no se encontraba. Este primer artículo dispone

que: “La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal (...)”<sup>6</sup> . Entonces para continuar con esta primera cuestión debemos clasificar al derecho como un derecho real autónomo<sup>7</sup> , esto quiere decir que existe una relación directa e inmediata entre un sujeto y un objeto, siendo a su vez, distinto a cualquier otro derecho real, puesto que a simples luces en la enumeración de los derechos reales -artículo 18878 del Código Civil y Comercial de la Nación- e incluso de la propia redacción de este artículo 2037 se le asigna esa calidad. Asimismo, de acuerdo al artículo 18889 del mismo ordenamiento se encuadra como un derecho real sobre cosa parcialmente propia, debido a que las facultades de su titular se ejercen sobre partes privativas y partes comunes y siguiendo en esa línea el artículo 188910 del citado código, por exclusión, lo clasificará como un derecho principal ya que no se encuentra atado a 5 Ley 13.512. Ley de Propiedad Horizontal (1948). Publicada en el Boletín Oficial, 18 de octubre de 1948. Argentina. 6 Artículo 2037 CCyC. “Concepto. La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un

edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble, así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible.”<sup>7</sup> En la Ley 13.512 al no existir un concepto tipificado, como mencionáramos oportunamente, se producía una discusión doctrinaria acerca de la naturaleza jurídica que tenía el Instituto. Algunos autores como Highton, Molinario, Gurfinkel de Wendy y Smayevsky se enrolaban en que debía ser considerado un derecho real autónomo, mientras que en la postura contraria Laje, Laquis, Lafaille, entre otros afirmaban que su naturaleza era la de dominio sobre partes privativas y condominio sobre partes comunes. Actualmente esta discusión se encuentra zanjada puesto que el Código Civil y Comercial no da lugar a dudas en cuanto a su naturaleza que es la de un derecho real autónomo. <sup>8</sup> Artículo 1887 CCyC. “Enumeración. Son derechos reales en este Código: a) el dominio; b) el condominio; c) la propiedad horizontal; d) los conjuntos inmobiliarios; e) el tiempo compartido; f) el cementerio privado; g) la superficie; h) el usufructo; i) el uso; j) la habitación; k) la servidumbre; l) la hipoteca; m) la anticresis; n) la prenda.” <sup>9</sup> Artículo 1888 CCyC. “Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie

si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena.” 10 Artículo 1889 CCyC. “Derechos reales principales y accesorios. Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda.” ningún derecho creditorio. Ahora bien, el artículo 189011 lo encuadrará como un derecho real sobre cosa registrable (el inmueble) y el siguiente, artículo 189112, establecerá que es un derecho real que se ejerce con posesión, siendo que es requerido por parte del titular tener el corpus y ejercer el animus domini sobre las partes privativas y comunes del inmueble. Recapitulemos y deconstruyamos su concepto, es un derecho real en donde dividimos en planos horizontales -de aquí su nombre Propiedad Horizontal- un objeto que solo puede ser un inmueble que si bien la normativa alude muchas veces a que el mismo se encuentra edificado, podría no encontrarse de tal manera, ejemplo de ello un estacionamiento garage. En este orden de ideas, es claro que este derecho real recae sobre una unidad funcional conformada por un objeto exclusivo y un porcentaje de las partes comunes, y si bien cada una se desarrolla en un sector diferente de la construcción, la suma de los derechos de propiedad horizontal de todos los consorcistas recae sobre todo el inmueble 13. A esta altura conviene aclarar que la propiedad horizontal, nace de la división jurídica de un edificio siendo que la misma se lleva a cabo de forma práctica en pisos, departamentos

por piso o construcciones en una misma planta, y a cada uno de esos espacios se los conoce como unidades funcionales que no son ni más ni menos que las partes privativas, puesto que son de propiedad exclusiva de quienes adquieren esos espacios. A los restantes sectores del inmueble se los conocerán como partes comunes por que pertenecen a todos los titulares, pudiendo ser necesariamente comunes aquellos que hagan a la funcionalidad, seguridad y conservación del edificio y no indispensablemente comunes aquellas partes que por su beneficio sean utilizadas por todos, pero cuidado ya que podrían estas últimas pertenecer a un único propietario y por ende ser consideradas privativas, de allí que son dispensables. Partiendo de la aclaración anterior, al titular de la unidad funcional se le otorgarán las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente sobre la unidad en consideración a las normas de dominio, el cual -me refiero al dominio- encuentra límites en el Reglamento de Propiedad Horizontal y en el Título V del Libro IV del Código Civil y Comercial de la Nación. En idéntico sentido, esas facultades también se ejercerán sobre partes comunes en el edificio, sean las necesariamente comunes o no indispensables. Así es que sobre las partes comunes se le aplicarán al titular ciertas reglas del condominio con indivisión forzosa perdurable<sup>14</sup> debido a que las decisiones sobre ellas no requerirían siempre la unanimidad ya que existe un régimen especial de mayorías a través de votación en asambleas para decidir. Para clarificar y

cerrar este apartado, permitámonos entender lo anterior en palabras sencillas, el titular de la Propiedad Horizontal podrá usar, gozar, disponer material y jurídicamente la parte exclusiva (unidad funcional) y la parte común (sean necesariamente o no indispensables), siendo que las facultades sobre las primeras se regirán con las normas de dominio y sobre las segundas con las de condominio con indivisión forzosa pero en ambos casos tanto las disposiciones de dominio y condominio serán limitadas dentro del marco impuesto por el Reglamento de Propiedad Horizontal y el propio Código.

**V.- Interpretación jurídica sobre la gravitación de establecer el carácter de las partes y su injerencia en la responsabilidad.** Para comenzar la interpretación jurídica, debemos plantearnos que dentro de la propiedad horizontal podemos encontrar dos partes bien delimitadas dentro del inmueble: las partes propias o exclusivas y las partes comunes. Luego continuaremos con la importancia en 11 Artículo 1890 CCyC. “Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables. Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan. Recaen sobre cosas no registrables, cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción.” 12 Artículo 1891 CCyC. “Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este

Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca (...)” 13 Rivera, Julio C., Medina, Graciela, directores; Esper, Mariano, coordinador, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Tomo V, arts. 1763 a 2276, La Ley, 1ª ed., Libro IV, Título 1, cap. 1, pág. 524. 14 Se hace referencia al condominio con indivisión forzosa perdurable sobre accesorios indispensables al uso común de dos o más propietarios, en sí el dispuesto por el artículo 2004 del Código Civil y Comercial de la Nación. determinar el carácter de la parte del cual proviene el daño para finalmente resolver sobre la gravitación que ello produce en la responsabilidad. V.1.- Partes Propias A las partes propias las encontraremos descriptas en el artículo 2039 y 2043 del Código Civil y Comercial de la Nación. Es así que podemos afirmar que la parte propia será la unidad funcional. Precicado ello, algunos doctrinarios definen a la unidad funcional como “un cubo de aire”, por ejemplo, en palabras de Highton “... el derecho a la propiedad exclusiva está llamado a ejercerse sobre algo así como un cubo de aire, siendo que todo lo demás le pertenece a la comunidad o consorcio”15. Por nuestra parte lo podemos entender como un espacio determinado, en los términos de sector individualizado, que tendrá un fin específico dentro del edificio. Ahora sí, conviene clarificar que el artículo 2039 menciona de manera enunciativa al departamento, piso, local comercial, o cualquier otro espacio que cumpla con dos características: independencia funcional y salida a la vía pública, por ende, todas

ellas pueden ser consideradas unidades funcionales. Permítanme una aclaración extra al citado artículo, la unidad funcional también es conformada por el porcentaje indiviso sobre las partes comunes. En síntesis, la parte privativa será la unidad funcional entendida ésta como un espacio comprendido y delimitado por los tabiques divisorios de los departamentos, la losa del techo y del piso, el frente y el contrafrente, cuya utilización es independiente y exclusiva de los consorcista. V.2. Partes comunes Por otro lado, están las partes comunes, definidas como aquellas que son de copropiedad de los consorcistas. Aquí podremos clasificarlas en partes necesariamente comunes, a las que hacen a la seguridad, mantenimiento y funcionalidad del edificio (artículo 2041 del Código Civil y Comercial) y las partes no indispensablemente comunes (artículo 2042 del citado ordenamiento), a los sectores que por su beneficio son utilizados por todos, con dos menciones a tener en cuenta en base a estas últimas, la primera es que podrían o no existir y la segunda podrían ser reputadas como privativas. A mayor abundamiento, debemos adicionar que ante la incertidumbre o ausencia en la mención concreta sobre el carácter que reviste un sector dentro del edificio, éste debe ser considerada común, puesto que existe una conveniencia para el sistema, que los gastos por mantenimiento y conservación recaigan sobre el conjunto. V.3. Determinación del carácter del sector. Como punto de partida, en el caso que estamos comentando la discusión se centra en un sector

en particular que es el balcón. El primer esbozo de respuesta sobre el carácter que éste reviste lo encontramos en el artículo 2041 del Código Civil y Comercial el que establece en su parte pertinente que: “(...) d) los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad (...)” -la negrita nos pertenece- son comunes. De la norma se desprende, como primer aspecto a resaltar, que habría certezas que los balcones son partes necesariamente comunes y ante ello la responsabilidad por el daño sería del consorcio por la calidad que reviste esa parte. Pero debemos ser cautelosos ante ello, puesto que los balcones con una interpretación integral del instituto se tratan de sectores comunes de uso exclusivo, por que forman parte de la pared que hace a un frente, lateral o contrafrente del edificio y por razones de seguridad es una extensión de la losa que sirve de suelo al departamento a la que pertenece y de techo para el departamento inferior, pero que solo tiene la posibilidad de utilizarlo el propietario de ese departamento -de aquí su uso exclusivo-. Observándolo de esta manera, ¿qué pasará con los cerámicos y demás artefactos que estarán colocados en el balcón? 15 CCiv. Sala “K” 27/2/2006, “Curti de Alanis María c. Russo Guillermo y otros”, RCyS 2006, pág. 535. De esta manera, debemos hacer una diferenciación entre la estructura y espacio aéreo del balcón que es común y los revestimientos, artefactos y superficie que encierra ese balcón siendo esto propio. Estas distinciones

que hacemos se desprenden del segundo artículo que habla de los balcones, nos referimos al artículo 2043 del Código Civil y Comercial que dispone que son propios “(...) las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones”. Así se ha pronunciado la Cámara Nacional de Apelaciones Sala “E” “aunque el balcón terraza sea de dominio exclusivo de los propietarios del inmueble, el contrapiso de ese balcón que sirve de techo al departamento del piso inferior posee el carácter de común; así como que el contrapiso, por ser una parte real o potencialmente afectada al servicio del edificio, ha de ser considerado como bien común y no propio, por lo que su reparación queda a cargo del consorcio”<sup>16</sup> Aquí observamos como ya la jurisprudencia venía diferenciando la estructura de un balcón considerándola como común y la superficie como privativo. En conclusión, debemos realizar una interpretación armónica de ambos artículos -2041 y 2043 del Código Civil y Comercial- puesto que ello nos da la pauta que antes de definir quién será el responsable por los arreglos y daños en el caso de autos, se debe determinar el origen de los mismos debido a que ello infiere de forma gravitante en la responsabilidad. V.4. Origen del daño. Gravitación en la responsabilidad. Conviene a esta altura precisar que la prueba pericial en esta clase de procesos que estamos observando es fundamental para atribuir el origen del daño, así establecer el carácter de la parte y permitirnos conocer quién será el obligado a responder por los perjuicios ocasionados. Habiendo

precisado ello, debemos considerar que, en materia de daños en propiedad horizontal, lo primero a determinar mediante la prueba pericial es el nexo causal entre un sector del edificio y los perjuicios en otro. Observándolo en el caso, podemos aseverar que debe llevarse a cabo una prueba pericial -como sucedió- mediante la cual se perite el sector de los daños (el departamento de la actora) y el sector del balcón y sus revestimientos (origen del evento dañoso). Mediante esta prueba se determinará si los daños son provenientes de la estructura del balcón o de los revestimientos del mismo, la relevancia de ello radica en hallar el nexo causal que existe entre uno u otro sector y los daños. Es lógico, que una vez determinado el origen luego se podrá esclarecer si la responsabilidad es consorcial por ser una parte común o la responsabilidad es del propietario por ser una parte privativa. Entonces, la gravitación que existe en encontrar el origen de los daños y por consiguiente la conclusión de establecer con ello la naturaleza de la parte tiene vital relevancia en cuanto a la responsabilidad. Dicho ello, en el presente caso a comentar, la perito en sus informes concluyó que las filtraciones tenían origen en fallas en la capa de aislamiento hidrófugo del balcón de la unidad funcional del Sr. Friedlander, lo cual no tiene que ver con el revestimiento del mismo y es por esto que la condición de esa parte es común según lo dispuesto por el artículo 2041 inciso d. del Código Civil y Comercial. Finalmente fue la prueba pericial la que determinó la responsabilidad.

Pudimos observar que, en ella, se esclareció que el evento dañoso tenía su origen en la capa de la aislación hidrófuga la cual corresponde a la estructura del mentado balcón, siendo así que se le aplique lo dispuesto por el artículo 2041 del Código Civil y comercial determinando su carácter común y como consecuencia siendo responsabilidad del Consorcio y no de un propietario.

**VI.- Consideraciones finales.** Así llegamos al final del presente, pudiendo concluir que la gravitación en determinar la naturaleza de un sector o parte dentro del Régimen de Propiedad Horizontal es de fundamental importancia e infiere de manera directa en la responsabilidad. Junto a ello debemos agregar, que 16 CCiv. Sala “E” 08/03/1991, “Inmobiliaria Continente Soc. en Com. por Accs. c. Consorcio de Propietarios Avda. Pte. Quintana 478”. - LA LEY, 1991-E, pág. 160. la asignación del carácter de las partes no es el único elemento determinante en la responsabilidad, puesto que el origen de los daños será también de gran relevancia. Asimismo, en cuanto al caso a analizar la presunta contradicción entre normas no es tal, puesto que podemos aseverar que el Código Civil y Comercial es clarificador y las normas del 2041 y 2043 del mentado son complementarias y no contrarias, debido a que exhiben un sistema cuasi perfecto sobre el sector del balcón, diferenciando que la estructura y espacio aéreo que se compone también por las barandas del mismo siempre será reputado como común, mientras que los revestimientos, cerámicos y superficie serán considerados exclusivos.

Una agregada no menor es que el Reglamento de Propiedad Horizontal será quien determine el carácter del sector, y ante el caso de silencio deberá entenderse a tal como común, partiendo en el caso de los balcones con las apreciaciones vertidas al comienzo de este párrafo. Dicha distinción en ese sector -nos referimos al balcón-cobra notabilidad por cuanto si el es parte privativa, su responsabilidad será del propietario y si es parte común su responsabilidad será consorcial. Corolario de todo expuesto, es que en materia de Propiedad Horizontal al momento de resolverse acerca de la responsabilidad derivada de un daño ocasionado, primeramente, se deberá llevar a cabo una pericia para corroborar el origen y causalidad del mismo y de esta manera esclarecer así, la condición del sector que lo ocasiona puesto que será gravitante y determinante sobre si la responsabilidad será considerada como consorcial o como exclusiva del propietario.



EDITORIAL UNIVERSIDAD DE MORÓN



**UM**

**UNIVERSIDAD DE MORÓN**