



EL DERECHO

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA

Alimentos:

Impugnación de paternidad: procedencia; obligación alimentaria; menor discapacitada; mantenimiento de obra social; carácter temporario; imposición de oficio. **Responsabilidad Parental:** Obligación de los padres biológicos: asunción; fuentes convencionales y legales. **Familia:** Nueva concepción: respeto de la dignidad y de la personalidad. **Menores:** Discapacidad.

NF Con nota a fallo

1 – Más allá de los condimentos particulares que la causa ofrece, corresponde concluir que el art. 676 del cód. civil y

comercial luce analógicamente aplicable al caso de autos, en el que la sentencia recurrida admitió la impugnación del reconocimiento de paternidad del apelante, sin perjuicio de lo cual dispuso que tanto la madre biológica como el actor arbitrarán los medios tendientes a mantener y garantizar a la menor una cobertura de obra social que le permita afrontar las necesidades especiales de atención de su salud en virtud de la discapacidad que presenta. Ello es así, habida cuenta de que, si un cónyuge conviviente debe continuar luego de la ruptura con algunas de sus responsabilidades alimentarias –como podría ser, en el caso, el mantenimiento de una obra social para atender la salud cuando ello pueda ocasionar un grave daño al niño o adolescente–, cuánto más sucede en este caso con quien ha ostentado durante años el título de verdadero padre de la niña, por un reconocimiento que él mismo realizó de la criatura.

2 – Resulta aplicable analógicamente lo dispuesto por el art. 676 del cód. civil y comercial al caso en que se hizo lugar a la impugnación de paternidad pretendida por el recurrente, por cuanto este no puede de modo instantáneo apartarse de

NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Análisis doctrinarios, comentarios y apostillas

quien ha sido en los hechos su hija durante años. Ello no empece, claro está, a resaltar que son la madre de la niña y el padre biológico de la criatura –con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa y del Estado si fuera necesario– quienes en un tiempo prudencial deberán asumir la exclusiva responsabilidad sobre esta, pues el mantenimiento del actor en la cobertura social que atienda las necesidades de la niña dispuesta en la sentencia de grado es necesariamente subsidiaria y provisoria, como surge del rol que le toca desempeñar, razón por la cual en la instancia de grado –en la que se cuenta o se contará con mayores elementos de juicio para ello– oportunamente se deberá establecer la duración que la medida dispuesta tendrá.

NF Prevención de daños y solidaridad

por SILVIA MARRAMA(*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN: JUSTICIA DE PROTECCIÓN O ACOMPAÑAMIENTO. – 2. ACTIVIDAD JURISDICCIONAL DEL OFICIO EN LA PREVENCIÓN DE DAÑOS. – 3. PROGENITOR AFÍN. – 4. APLICACIÓN ANALÓGICA DE LA FIGURA. – 5. PROVISORIEDAD, TEMPORALIDAD Y SUBSIDIARIEDAD. – 6. PONDERACIÓN JUDICIAL. – 7. CONCLUSIONES.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Las personas con discapacidad y la obligación de las obras sociales de continuar la asistencia en una determinada clínica*, por SUSANA ALBANESE, ED, 189-53; *El derecho a la salud y las prestaciones de las obras sociales*, por JUAN CIANCIARDO y ADRIEL FERNÁNDEZ, ED, 243-353; *¿Padre, madre o “progenitor”? Ambigüedades terminológicas del proyecto de Código Civil*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 250-1008; *La responsabilidad parental en el Código Civil y Comercial de la Nación*, por DANIEL HUGO D’ANTONIO, EDFA, 61/-15; *Regulación de los alimentos en el Código Civil y Comercial de la Nación*, por LUCILA PIANEZZA, EDFA, 68/-20; *Responsabilidad parental: titularidad y ejercicio*, por ADRIANA N. ABELLA y SEBASTIÁN E. SABENA, EDFA, 69/-13; *Alimentos del hijo afín en el Código Civil y Comercial*, por JULIO LUIS GÓMEZ, EDFA, 72/-12. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

1 Introducción: Justicia de protección o acompañamiento

La sentencia⁽¹⁾ de la sala III de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná que analizaré en estas líneas⁽²⁾ aplica analógicamente la novedosa figura del progenitor afín a una persona que impugnó la paternidad de una niña que padece discapacidad, y le impuso la obligación –en forma provisoria, temporal y subsidiaria– de continuar con la cobertura de salud en favor de la menor.

(*) Abogada-mediadora, doctora en Ciencias Jurídicas, magíster en Desarrollo Humano, profesora superior en Abogacía, especialista en Derecho Tributario. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. marramasilvia@gmail.com.

(1) Sala III de la C2°CC Paraná, 20-2-17, autos: N° 8586, “G. P. V. S. c. O. C. V. s/ordinario impugnación de paternidad”.

(2) Véase también: MARRAMA, SILVIA, *El mandato preventivo frente a una niña que padece discapacidad*, en *El Dial.Express*, 10-4-17, fecha de consulta: 10-4-17. Cita online: elDial.DC22D4.

La sentencia de la Alzada confirma una medida dictada de oficio por el magistrado de primera instancia del fuero de familia, quien, a la par que admitió la impugnación del reconocimiento de paternidad sobre la niña, dispuso que tanto su madre biológica como el impugnante arbitren los medios tendientes a mantener y garantizar a la menor discapacitada una cobertura de obra social que le permita afrontar las necesidades especiales de atención de su salud.

Esta sentencia refleja la protección o acompañamiento –conforme la expresión utilizada por MORELLO⁽³⁾– que caracteriza a la justicia de menores.

La jurisprudencia entrerriana tiene dicho al respecto que, “para la protección de los derechos de las personas menores de edad, el modelo de justicia que hoy se valora como óptimo, es el llamado ‘justicia de protección o acompañamiento’, que es un tipo judicial solidario, que entre otras características, tiene como centro ayudar a la gente a encontrar un nuevo orden a partir de soluciones consensuadas, apuntalándola en el proceso de cambio que atraviesan a partir de una crisis de índole familiar. Este concepto, incluye a los abogados de los que es esperable

(3) Cfr. MORELLO, AUGUSTO M., *Argentina: informe nacional*, en *El juez y la magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI)*, Roberto O. Berizonce (coord.), Santa Fe, 1999, págs. 61/71.

CONTENIDO

NOTA

Prevención de daños y solidaridad, por Silvia Marrama..... 1

JURISPRUDENCIA

FEDERAL

Daños y Perjuicios: Empresa prestataria del servicio de energía eléctrica: inejecución contractual; prolongación efectiva y en el transcurso de diez años; daño punitivo; naturaleza y caracteres; gravedad del incumplimiento; conducta desaprensiva o gravosa; valoración judicial. **Daño Moral:** Admisión: afectación espiritual; época en que se produjeron algunos cortes de luz. **Servicios Públicos:** Inversiones necesarias para brindar un servicio eficiente (CNCiv. y Com. Fed., sala II, marzo 3-2017) 6

PENAL

Suspensión del Juicio a Prueba: Ministerio Público Fiscal: consentimiento; violencia contra la mujer; situación procesal del imputado; supuesto de incumplimiento de las condiciones impuestas; efectos; evaluación de las circunstancias concretas. **Violencia de Género:** Intervención de la víctima en las etapas procesales: convivencia actual con el agresor (CNCasación Crim. y Correc. de la Capital Federal, sala II, abril 18-2017) 7

PROVINCIA DE ENTRE RÍOS

Alimentos: Impugnación de paternidad: procedencia; obligación alimentaria; menor discapacitada; mantenimiento de obra social; carácter temporario; imposición de oficio. **Responsabilidad Parental:** Obligación de los padres biológicos: asunción; fuentes convencionales y legales. **Familia:** Nueva concepción: respeto de la dignidad y de la personalidad. **Menores:** Discapacidad (CApel.CC Paraná, sala III, febrero 20-2017) 1

OPINIONES Y DOCUMENTOS

La inclusión respeta el derecho a la vida, por www.centrodebioetica.org 8

3 – Son dos las fuentes convencionales y legales que permiten sostener la resolución que admitió la impugnación del reconocimiento de paternidad del apelante, sin perjuicio de lo cual dispuso que tanto la madre biológica como el actor arbitraran los medios tendientes a mantener y garantizar a la menor una cobertura de obra social que le permita afrontar las necesidades especiales de atención de su salud en virtud de la discapacidad que presenta. Una de las fuentes mencionadas es la derivada del sistema protectorio de la niñez y la otra de la tutela de la discapacidad; en este caso viene a conjugarse de tal forma que se potencian en un doble paraguas protector, además de contarse con normas nacionales que caudan [sic] en la misma filosofía.

4 – La Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061, y su decreto reglamentario 415/06 plasman un concepto amplio de familia, comprensivo de las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad. Así, el art. 7º del decreto 415/06 establece que podrán asimilarse al concepto de familia otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, así como también en su desarrollo, asistencia y protección, como podrían ser los guardadores con fines de adopción.

5 – El criterio socioafectivo que emana de los arts. 5º, 23, 26 y 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño se torna hoy, al lado de los criterios jurídicos y biológicos, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental y se funda en la afectividad, en el mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana. Por otra parte, no se puede soslayar que, en el caso, el hecho de que la niña respecto de quien se impuso la obligación de mantener una obra social –a pesar de haberse acogido su pretensión de impugnación de paternidad– ha sido en los hechos su hija durante

años es discapacitada, y en esto entra a tallar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

6 – Mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significa desproteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad.

7 – El hecho de que en la causa se haya impuesto de oficio la obligación de mantener una obra social a favor de la niña discapacitada –a pesar de haberse acogido su pretensión de impugnación de paternidad–, que ha sido en los hechos su hija durante años, a esta altura del pensamiento jurídico parece inobjetable, pues la nueva ley civil de los argentinos –el Código Civil y Comercial de la Nación– ha consagrado de forma expresa el deber de prevenir los daños como un deber incluso en cabeza de los magistrados.

8 – No puede pensarse que haya un exceso de jurisdicción o de poder al disponerse de oficio que se mantenga la obligación de brindar la cobertura de una obra social a quien, hasta la fecha del inicio de las actuaciones de impugnación de paternidad, ya aportaba con los gastos de la obra social provincial para mantener a la interesada, que es discapacitada, con al menos una cobertura a fin de cubrir sus necesidades médicas esenciales de una forma rápida. Por otra parte, cabe recordar que el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos.

9 – Frente a la antigua visión de la familia, que en muchos casos sacrificaba la personalidad de alguno de sus miembros, hoy existe una nueva concepción de la familia en la que el familiar, antes de ser tal, es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre una limitación de sus derechos fundamentales ni siquiera frente a los otros miembros de su familia.

10 – El estatus familiar no debe constituir una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona sino, más bien, una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable. Por lo tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, máxime cuando la lesión deviene del incumplimiento a un deber familiar, sin poder considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen o no en el interior de un contexto familiar. M.M.F.L.

59.458 – CApel.CC Paraná, sala III, febrero 20-2017. – G., P. V. S. c. O., C. V. s/ordinario impugnación de paternidad.

En la Ciudad de Paraná, Provincia de Entre Ríos, a los veinte días del mes de febrero del año dos mil diecisiete, reunidos los Sres. Vocales de la Sala III de la Cámara Segunda de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Dres. Virgilio Alejandro Galanti –Presidente–, Valentina Ramírez Amable y Andrés Manuel Marfil, para conocer del recurso de apelación interpuesto en los autos: “G. P. V. S. c/ O. C. V. s/ Ordinario Impugnación de Paternidad” N° 8586, respecto de la sentencia de fs. 48/50 vta. De conformidad con el sorteo de ley oportunamente realizado –art. 260 del C.P.C. y C.– la votación deberá efectuarse en el siguiente orden, Dres. Galanti, Marfil y Ramírez Amable.

Estudiados los autos, la Sala estableció la siguiente cuestión a resolver:

¿Es justa la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el Dr. Virgilio Alejandro Galanti dijo:

1. Vienen las presentes con el objeto de abordar el tratamiento del recurso de apelación que la parte actora deduce contra la Resolución obrante a fs. 48/50 vta. que admitió

una actitud diferente a la que muestra en el típico proceso adversarial, ya que no es esperable que actúen en función estricta de los intereses de su cliente, sino de los intereses superiores que están en juego. Aquí la colaboración procesal es por eso ‘calificada’⁽⁴⁾.

La justicia de acompañamiento y protección de los niños, niñas y adolescentes se encuentra reconocida en el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando hace alusión a que este merece “protección y cuidados especiales” dada su falta de madurez psíquica y mental, y en su art. 3º; en igual sentido lo hace el art. 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos y lo interpretó la Corte Interamericana de Derechos Humanos⁽⁵⁾, y en los arts. 641, incs. b) y e), 643, 651, 655 y 706, inc. a), del cód. civil y comercial.

2 Actividad jurisdiccional de oficio en la prevención de daños

La neutralización de perjuicios no causados o la disminución de efectos nocivos de los daños en curso de realización es en la actualidad no solo una preocupación del operador jurídico iusprivatista, sino, sobre todo, un mandato dirigido a los magistrados, cuya función preventiva de daños “es tanto o más relevante que la inherente a la satisfacción o compensación de los perjuicios ya causados”⁽⁶⁾. A juicio de algunos autores, la prevención de daños es en la actualidad uno de los paradigmas del derecho privado⁽⁷⁾.

(4) Cámara de Apelaciones de Gualeguaychú, sala N° 1 Civil y Comercial, in re “A. L. A. c. S. G. J. s/medida cautelar suspensión régimen de comunicación”, expte. N° 5418/F, del 26-12-16. Magistrados votantes: Dres. Ana Clara Pauletti y Guillermo Oscar Delrieux - (Ma) - Voto mayoritario.

(5) Cfr. Corte IDH, 28-8-02, “Condición jurídica y derechos humanos niño”, OC 17-2002, requerida por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Cit. por MIZRAHI, MAURICIO L., *Los niños y la actuación oficiosa de la judicatura: réplica a una crítica equivocada*, DFYP 2016 (agosto), pág. 3.

(6) Cfr. SAUX, EDGARDO I., *La acción de daño temido como mecanismo preventivo del perjuicio todavía no causado*, La Ley Online, cita online: 0003/002103. Fecha de consulta: 12-3-17.

(7) Cfr. CALVAY, CARINA M., *Paradigma preventivo y tutela inhibitoria*, Cuadernos de Doctrina Judicial de la Provincia de La Pampa, Aportes sobre el Nuevo Código Civil y Comercial (I), vol. VIII, N° 1, abril 2016, págs. 57/70, <http://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2016/06/Doctrina2381.pdf>. Fecha de consulta: 10-4-17.

La conclusión de la Comisión N° 2 del VI Congreso Provincial de Derecho Procesal⁽⁸⁾ define el mandato preventivo como “la diligencia oficiosa que hace posible, en casos excepcionales, que el juez, superando los principios de legitimación y congruencia, decreta medidas tendientes a evitar la repetición de daños en perjuicio de terceros absolutamente ajenos al proceso respectivo⁽⁹⁾, haciendo así realidad una deseada justicia preventiva”.

Cabe aquí recordar que el principio procesal de congruencia prescribe una relación necesaria y conforme entre las pretensiones, excepciones y oposiciones planteadas por las partes y la resolución judicial. Encuentra su fuente en el derecho constitucional de defensa en juicio y en la garantía del debido proceso, que señala que nadie puede ser condenado sin ser oído (exigencia de bilateralidad e igualdad). La litis trabada fija, por lo tanto, los límites de la actividad jurisdiccional. En virtud de este principio procesal, la sentencia judicial no puede pronunciarse de oficio sobre pretensiones o hechos no introducidos por las partes en el proceso (MARANIELLO⁽¹⁰⁾) lo denomina “principio de congruencia externo objetivo”) y solo debe referirse a las partes en el juicio (“principio de congruencia externo subjetivo”, según el mismo autor), sin posibilidad de condenar a terceros.

Pero dicho principio de congruencia cede ante cuestiones que revisten interés público –cuestiones que escapan al ámbito de aplicación del principio dispositivo– y ante el mandato de prevención de daños, tal como sucede en este caso, ya que el principio de congruencia deriva del principio dispositivo, que “solo interviene cuando están involucrados meros intereses privados, sin que exista afectado un interés social. Sin embargo, este está en juego cuando se trata de proteger a los niños o adolescentes”⁽¹¹⁾.

El mandato preventivo, resumido en el aforismo romano *alterum non laedere*, constituye el primer precepto jurí-

(8) Realizado en San Lorenzo, Provincia de Santa Fe, en noviembre de 1991. Citado por SAUX, EDGARDO I., *La acción de daño...*, cit.

(9) En el caso que nos ocupa, la medida judicial adoptada de oficio no tiende a evitar la reparación de daños en perjuicio de terceros “absolutamente ajenos al proceso”, pero la consideramos mandato preventivo en tanto, de oficio, se sacrifica el principio dispositivo y de congruencia procesal en cuanto a las peticiones de las partes, ordenando la continuidad de una cobertura de salud por ellas no peticionada.

(10) Cfr. MARANIELLO, PATRICIO A., *El principio de congruencia interno*, La Ley, 29-10-15, pág. 5, LL, 2015-F-88.

(11) MIZRAHI, MAURICIO L., *Los niños y la actuación...*, cit.

dico y moral que debe respetarse en una sociedad civilizada⁽¹²⁾. En nuestro ordenamiento jurídico encuentra un fundamento constitucional en el art. 19 de la CN y conmina a los jueces a dictar las medidas tendientes a evitar o disminuir daños irreparables que puedan sufrir las personas o los bienes involucrados en el proceso judicial que se desarrolla por ante sus estrados. Asimismo, se ha reconocido como deber general de prevención de daño en el art. 1710 del cód. civil y comercial de la Nación, cuyo cumplimiento es exigible por ante los estrados de la justicia, conforme los arts. 1711 a 1713 del mismo cuerpo legal.

Fundado en la consagración expresa del mandato preventivo, el camarista Marfil considera que la medida dictada de oficio por el juez de grado en el caso que nos ocupa es “inobjetable”. “Por ello –sostiene–, no puede pensarse que haya un exceso de jurisdicción o de poder, toda vez que, lo único que se ha ordenado es que siga contribuyendo quien hasta la fecha del inicio de las actuaciones ya aportaba con los gastos de la obra social provincial para mantener a la interesada que es discapacitada con al menos una cobertura para cubrir sus necesidades médicas esenciales de una forma rápida”. Y refuerza el fundamento citando la sentencia recaída *in re* “Furlán y Familiares vs. Argentina”⁽¹³⁾, en la cual la Corte Interamericana de Derechos Humanos señaló que “el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos”.

3 Progenitor afín

El recurrente del caso bajo análisis se queja de la sentencia de grado porque entiende que, al haberse admitido su demanda de impugnación de paternidad, han cesado para él todas las obligaciones en relación con la niña, en mé-

(12) Cfr. CALVO COSTA, CARLOS, *Daño resarcible. Responsabilidad civil*, N° 24, Hammurabi, 2005, pág. 31. Cit. por CALVAY, CARINA M., *Paradigma preventivo...*, cit.

(13) La sentencia determina la responsabilidad internacional del Estado argentino por su demora al momento de establecer una indemnización a favor de Sebastián Furlán, de la que dependía su tratamiento médico como persona que padece discapacidad. Cfr. http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=210. Fecha de consulta: 20-3-17.

la impugnación del reconocimiento de su paternidad sobre la niña A. M. G. P., sin perjuicio de lo cual dispuso que tanto la madre biológica como el actor arbitrarán los medios tendientes a mantener y/o garantizar a la menor una cobertura de obra social que le permita afrontar las necesidades especiales de atención de su salud en virtud de la discapacidad que presenta.

2. Contra esto último es que se queja el recurrente pues entiende que al admitirse la demanda han cesado para él todas las obligaciones en relación a la menor en mérito a la inexistencia de vínculo filial.

3. Oportunamente se pronuncian la demandada y el Ministerio Público de la Defensa en favor del rechazo del recurso y el mantenimiento de la resolución cuestionada, y el Ministerio Público Fiscal propiciando la admisión del recurso y la revocación de la misma en el aspecto cuestionado.

4. Ingresando al meollo del asunto diremos que el resolutorio se encuentra a nuestro criterio correctamente dictado y debe ser mantenido (más allá de lo que *infra* señalaremos respecto de la duración de la medida) dadas las singularidades que el caso en análisis presenta, entre ellas tres fundamentales a saber: la edad de la niña, su discapacidad y el trato ostensible y efectivo de padre que durante años el actor diera a aquella.

Se hallan en juego relevantes derechos de la niña a ser tutelados que dimanarían en particular de la “Convención de los Derechos del Niño” (interés superior art. 3 y concs.) y la “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad”.

Vale señalar que incluso antes de la vigencia del nuevo Código Civil y Comercial, la jurisprudencia había receptado este tipo de circunstancias respecto a la construcción de la identidad dinámica (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, Lloveras, Nora, “Tratado de Derecho de Familia”, T. IV, 274/275, Ed. Rubinzal-Culzoni, año 2014).

rito a la inexistencia de vínculo filial, posición propiciada por el Ministerio Público Fiscal, mientras que la demandada y el Ministerio Público de la Defensa se pronuncian en favor del rechazo del recurso y el mantenimiento de la resolución cuestionada.

Sin embargo, todos los magistrados intervinientes en el caso (tanto de grado como de la Alzada) tienen presentes las normas que imponen a los jueces de familia y menores el deber de tutelar en forma especial los derechos de los niños, deber que los compromete en mayor medida con las consecuencias de sus decisiones, obligándolos a no frustrar –por atender solo a razones formalistas– derechos fundamentales que cuentan con especial tutela constitucional –en el caso, el derecho a la salud de una niña que padece discapacidad–.

En tal sentido y teniendo en la mira la prevención de daños a la niña, los camaristas aplican analógicamente la figura del progenitor afín, novedosa en nuestro ordenamiento jurídico positivo.

Así, el Dr. Galanti, en vista de los principios *favor minoris* e interés superior del niño –reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, de rango constitucional–, y la figura del progenitor afín –reconocida por el art. 676 del cód. civil y comercial–, funda su voto en el trato de padre a hija que vincula al recurrente con la niña, conducta jurídicamente relevante de la cual no puede desentenderse y que se relaciona con la construcción de la identidad dinámica de quien fuera considerada su hija.

El Dr. Marfil, por su parte, se inspira en dos paradigmas tutelares de fuente convencional y legal: el sistema protectorio de la niñez y la tutela de la discapacidad, “viniendo en este caso a conjugarse de tal forma que se potencian en un doble paraguas protector”.

En relación con el sistema de protección integral de la niñez y adolescencia, señala este camarista que la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/06 “plasman un concepto amplio de familia, comprensivo de las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad”. Ello en consonancia con el criterio socioafectivo que, junto con los criterios jurídicos y biológicos, permiten establecer la existencia del vínculo parental y se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana. Por ello coincide con el Dr. Galanti en el encuadramiento

Verbigracia en un interesante fallo se revocó una sentencia de primera instancia que otorgó una cuota alimentaria solo en favor de la hija biológica del demandado, señalando la Cámara que debe reconocerse el derecho de un menor a recibir alimentos de quien, sin ser su padre biológico, ha reconocido haberse comportado como tal a lo largo de siete años de convivencia junto a la madre de aquél y aún después de cesada la misma, ya que quien asume una conducta jurídicamente relevante no puede pretender luego que se tutele una situación incompatible con aquella. Señaló la Alzada que el trato de padre a hija que vincula al demandado con la niña L. A. G. [sic], se relaciona con la faz dinámica del derecho a la identidad. En efecto, doctrinariamente se distinguen dos aspectos o facetas del derecho a la identidad a las que se identifica como: “la faz estática”, referida al origen biológico de la persona (aquello que hace a su identificación, el nombre e imagen) y la “faz dinámica”, esencialmente cambiante, configurada por lo que constituye el patrimonio ideológico cultural y vital de la personalidad que se trasunta en el exterior. Se refiere a hechos objetivos por los cuales se identifica a la persona, a través de su historia individual y social. La identidad personal se construye día a día, y se encuentra vinculada a todos y cada uno de los actos y vivencias de la persona a lo largo de su existencia. En este orden de ideas, la identidad de la niña L. A. G. no se circunscribe a la “realidad biológica”, sino que tiene una proyección psicosociológica, en la concepción de Stoltemberg, esto es la influencia de los aspectos psicológicos sobre la problemática social. Un niño que vive en una familia se inserta sistemáticamente en esa célula social y naturalmente genera lazos afectivos y respuestas consecuentes de los integrantes de dicho grupo, o sea se incorpora en el afecto real o presumible (Arbonés, Mariano; “Filiación y Derechos Humanos: El mundo al revés”, El Penalista, Año 2, N° 12, octubre 2008, p. 8). Esta “identidad dinámica” de la niña L. A. G. con relación al demandado se encuentra tutelada

analógico de la situación de autos en la figura del padre o progenitor afín –cfr. art. 676, cód. civil y comercial–. En tal sentido, vincula la aplicación analógica de la figura del progenitor afín con la concepción según la cual “el *status* familiar no debe constituir una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable”, ya que el familiar, antes de ser tal, es una persona cuya dignidad es inviolable y “cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, máxime cuando la lesión deviene del incumplimiento a un deber familiar”⁽¹⁴⁾.

La relación del progenitor afín con el hijo menor de edad de su cónyuge constituye, como dijimos, una cuestión novedosa en el nuevo Código, por cuanto no se encontraba legislado en el anterior⁽¹⁵⁾. Como antecedente inmediato de la norma se cita el Proyecto de ley de reformas al Código Civil de la Nación, presentado bajo la denominación de “Normas protectoras de los hijos en familias ensambladas” –registrado en la Cámara de Senadores de la Nación como Expte. S-1299/08, de autoría del senador Daniel Filmus–, “basado fundamentalmente en los trabajos de la Dra. Cecilia Grosman, largamente citada en la motivación del Proyecto”⁽¹⁶⁾. El proyecto tenía como finalidad aprehender la realidad social nacida de las nuevas uniones matrimoniales de personas con hijos, partiendo de la definición de familia ensamblada. Siguiendo esa línea, sostiene BASSET⁽¹⁷⁾ que los artículos del Capítulo 7 del Código buscan jerarquizar las funciones familiares de los cónyuges o convivientes con relación a los hijos menores de sus parejas, dando un marco jurídico a los roles que a los primeros les competen en la crianza, asistencia

(14) Cita de MEDINA, GRACIELA, *Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial*, en Revista de Derecho de Familia y Sucesiones N° 5, septiembre 2015, fecha: 7-9-15. Cita: IJLXXX322 con cita de: PATTI, SALVATORE, *Famiglia e responsabilità civile*, Milano, 1984, pág. 32 y sigs.

(15) SAMBRIZZI, EDUARDO, *Responsabilidad parental y alimentos en favor de los hijos*, por Jorge A. Mazzinghi y Esteban M. Mazzinghi, Buenos Aires, *El Derecho*, 2016, 180 páginas, ficha bibliográfica publicada en ED, n° 14.091 del 29-11-16.

(16) Cfr. BASSET, URSULA C., en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Jorge H. Alterini (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2015, t. III: “Relaciones de familia”, arts. 401 a 723, pág. 809 sigs.

(17) Ídem.

FONDO EDITORIAL

Novedades 2017

MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA
María Elisa Petrelli (Coord.)

MARÍA ELISA PETRELLI
(coordinadora)

Manual de derecho de familia

ISBN 978-987-3790-51-5
456 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

por el art. 75 inc. 22 CN, que al incorporar la “Declaración Internacional de los Derechos del Niño”, obliga a interpretar el derecho de familia bajo nuevas premisas, entre ellas el “favor minoris”, el cual exige que el derecho a la “identidad” de los niños sea entendido en un sentido amplio que comprenda tanto la faz estática como dinámica. A ello debe agregarse que en toda cuestión en que se vean afectados derechos de los niños, se debe resolver respetando su interés superior (art. 3 de la Declaración citada), noción esta que ha merecido diversos conceptos por parte de la doctrina y la jurisprudencia, pero adoptando el criterio de nuestro más alto tribunal, ese interés superior es el conjunto de los bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor, y entre ellos el que más conviene en una situación histórica deter-

y atención general de los niños y adolescentes con los que comparten un ámbito convivencial.

La figura del progenitor afín se encuentra reconocida en el art. 672 del cód. civil y comercial –ubicado en el Libro II, Título 7 (“Responsabilidad parental”), Capítulo “Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines”–, que establece que “se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente”.

El progenitor afín se encuentra obligado a cooperar en la crianza y educación de los hijos del cónyuge o conviviente –aunque debe actuar con mesura y, en caso de discrepancia, prevalece la opinión del padre o madre del menor⁽¹⁸⁾, y a brindarles alimentos, si bien esta obligación es de carácter subsidiario. El progenitor afín es, asimismo, responsable por los daños causados por el hijo de su cónyuge o conviviente, tanto si ha asumido el ejercicio de la responsabilidad parental por delegación como también si la responsabilidad parental es ejercida en conjunto entre el progenitor afín y su cónyuge o pareja, e inclusive, aun cuando no sea así, en el supuesto de que los daños causados hubieran sido consecuencia de una directiva o un descuido en la vigilancia del menor por parte del progenitor afín.

Es decir que entre los efectos derivados de la relación de convivencia se prevé el deber de cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de emergencia. Ello en virtud del reconocimiento del vínculo afectivo que se genera entre el progenitor conviviente y los hijos de su pareja, otorgando ciertos derechos a los primeros sin excluir los derechos y deberes de los progenitores como principales responsables de los hijos. La subsistencia de estos deberes está supeditada a la menor edad de los hijos del cónyuge o conviviente y mientras se mantenga la relación convivencial⁽¹⁹⁾.

Particularmente relevante para el caso que analizamos resulta lo dispuesto en el art. 676 del cód. civil y comercial, en tanto establece que “la obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene

(18) Cfr. SAMBRIZZI, EDUARDO, *Responsabilidad parental...*, cit.

(19) Cfr. BASSET, URSULA C., en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit.

minada (C.Civ. Com. y Cont. Adm. de San Francisco, “G. S. c/L. D. s/alimentos”, del 13/12/2012).

Comentando este fallo el Dr. Jáuregui ha referido que “la respuesta de Cámara en una de sus posibles lecturas adquiere un claro rumbo para posibilitar que los sujetos se responsabilicen afectiva y materialmente de sus propios actos. Que lo hagan en justicia y ante el derecho –sin más– por el amor que entregaron y también por el que recibieron. Como diría el viejo y sabio refranero popular: ‘Que no borren con el codo lo que escribieron con la mano’. Los insta a tomar conciencia de la magnitud de sus acciones, ayudándolos a un digno crecimiento espiritual. Y firmemente la Cámara acorazó las respuestas en las normas constitucionales, con lo cual los cimientos que la hospedan son sólidos y conceptualmente lucen indestructibles” (conf. Jáuregui, Rodolfo G., “La obligación alimentaria del progenitor afín: Un valiente y moderno fallo señero que marcará la tendencia jurisprudencial de los próximos tiempos”, Revista de Derecho de Familia y de las Personas”, Año V, N° 2, marzo de 2013, págs. 66 a 79, Ed. La Ley).

Pero además a partir de la redacción del nuevo Código Civil y Comercial tal solución adquiere mayor fuerza a partir de los arts. 1, 2, y concs. que reclaman la resolución de estos casos que involucran sujetos vulnerables precisamente a partir de la susodicha normativa. Con tal temperamento Constitucional y Convencional estimamos debe entonces abordarse el presente.

Y en mérito a ello consideramos que el art. 676 del C.C. y C. (progenitores afines) luce aquí analógicamente aplicable, más allá de los condimentos particulares que el caso que nos ocupa ofrece, habida cuenta de que si un cónyuge conviviente debe luego de la ruptura continuar con algunas de sus responsabilidades alimentarias (como podría ser aquí el mantenimiento de una obra social) para atender la salud cuando ello pueda ocasionar un grave daño al niño o adolescente, cuánto más sucede en este caso con quien ha os-

tentado durante años el título de verdadero padre de la niña, por un reconocimiento que él mismo realizó de la criatura.

El autor cuyo comentario antes citamos, en su reciente obra indica que esta norma tuvo aplicación jurisprudencial reciente en el supuesto de un matrimonio que obtuvo la guarda con fines de adopción plena de dos niños y que, luego de cinco años de hacerlos sentir como parte de una familia, obtuvieron el desistimiento de la acción. Consideraron los jueces que están obligados a cumplir con una obligación alimentaria, pues, si bien no son padres biológicos ni adoptivos, en tanto no se dictó sentencia de adopción plena, se los puede considerar “padres solidarios” o “progenitores afines” con lo cual la solución se justifica en la “solidaridad familiar” (CCCom. de San Martín, Sala I, 29-9-2015, “L. M. A. y otro s/Adopción. Acciones Vinculadas”, L.L. de 11-12-2015, P. 7; AR/JUR/54081/2015 citado por Jáuregui, Rodolfo G., “Responsabilidad Parental. Alimentos y Régimen de Comunicación” Cód. Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, pág. 271, 2016, Rubinzal-Culzoni).

Similar situación se da aquí. El recurrente no puede de modo instantáneo apartarse de quien ha sido en los hechos su hija durante años.

5. Ello no empece claro está a resaltar que es la madre de la niña y el padre biológico de la criatura (con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa y del Estado si fuera necesario) quienes en un tiempo prudencial deberán asumir la exclusiva responsabilidad sobre esta.

Es que el mantenimiento del actor en la cobertura social que atienda las necesidades de la niña dispuesta en la sentencia de grado es necesariamente subsidiaria y provisoria como surge del rol que le toca desempeñar y analógicamente del art. 676 Cód. Civ. y Com. En orden a ello en la instancia de grado –donde se cuenta o se contará con mayores elementos de juicio para ello– oportunamente se deberá establecer la duración que la medida dispuesta tendrá.

carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia”, y a continuación hace la siguiente salvedad: “Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia”.

Sostiene GÓMEZ⁽²⁰⁾ que los arts. 672 y 676 deben concordarse con los del art. 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, del art. 2° de la ley 26.061 y del 25 del cód. civil y comercial, tal como lo exigen los arts. 1° y 2° del mismo cuerpo legal, y de ello se colige que el hijo menor de 18 años puede demandar por alimentos al cónyuge o conviviente de su progenitor a cargo de su cuidado personal, cuidado que, por conllevar la convivencia del referido hijo con su ya aludido progenitor, lo hace, transitivamente, con la de aquel con el llamado progenitor afín.

La denominación “progenitor afín” es equívoca⁽²¹⁾, ya que remite al parentesco por afinidad. Considero que la denominación se aplicaría de modo adecuado a la obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos, al menos para quienes se enrolan en la posición doctrinaria que entiende que el deber alimentario de los ascendientes, y en particular de los abuelos, es parte del derecho alimentario “entre parientes” y, en consecuencia, “será jurídicamente considerada como una obligación subsidiaria y delimitada a cubrir las necesidades básicas del nieto/a”⁽²²⁾.

(20) Cfr. GÓMEZ, JULIO L., *Alimentos del hijo afín en el Código Civil y Comercial*, en EDFA, 72/-12 (2016).

(21) Cfr. BASSET, URSULA C., en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit.

(22) CURTI, PATRICIO - ZANINO, BÁRBARA, *Alimentos en la responsabilidad parental, en el parentesco y en las relaciones estables de pareja, según el Código Civil y Comercial de la Nación*, en Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Buenos Aires, 2015, año 14, N° 2, noviembre 2015, págs. 177/190, http://www.palermo.edu/derecho/revista_juridica/pub-14/Revista_Juridica_Ano14-N2_06.pdf. Fecha de consulta: 11-4-17. Los autores sostienen, asimismo: “Si, en cambio, se trata de una obligación extensiva de la responsabilidad parental, el deber del abuelo/a no será necesariamente subsidiario, y entonces podría reclamarse en forma simultánea o incluso anterior que a los padres, si es más beneficioso para el niño, niña o adolescente (NNA) (...) En este sentido, podría decirse que el CCyC adopta la postura doctrinaria intermedia, sin dejar de lado la subsidiariedad, pero cumpliendo

Es decir que el deber alimentario del progenitor afín tiene fuente legal, pero no deriva del parentesco sino de la vida en común con el niño o adolescente beneficiario⁽²³⁾ que es hijo de la pareja del obligado. Por eso es que, existan o no lazos jurídicos entre las partes, la asistencia se impone por un imperativo de solidaridad familiar, entendida en un sentido amplio.

4 Aplicación analógica de la figura

El camarista Galanti remarca el imperativo de solidaridad familiar que funda estas normas referidas al progenitor afín y explica que, en el caso analizado, “el art. 676 del C.C. y C. (progenitores afines) luce aquí analógicamente aplicable, más allá de los condimentos particulares que el caso que nos ocupa ofrece, habida cuenta de que si un cónyuge conviviente debe luego de la ruptura continuar con algunas de sus responsabilidades alimentarias (como podría ser aquí el mantenimiento de una obra social) para atender la salud cuando ello pueda ocasionar un grave daño al niño o adolescente, cuanto más sucede en este caso con quien ha ostentado durante años el título de verdadero

con la manda convencional de priorizar el interés superior del niño. Así, se produce la flexibilización de ciertas exigencias procesales y la valoración de los requisitos sustanciales de procedencia. La norma reformada presenta un espacio ecléctico, una especie de conciliación de pujas respecto de los derechos humanos de los NNA y de las personas adultas mayores, encontrando su punto de inflexión en la atenuación de la subsidiariedad, con clave en una expresión terminológica dentro de la norma del artículo 668. Así, el CCyC establece que los primeros obligados son los progenitores, pero frente a su incumplimiento por imposibilidad o dificultad, se acude a los ascendientes, con flexibilización de las exigencias procesales, nuevamente por aplicación del principio de solidaridad familiar y el interés superior de NNA, dado que lo prioritario es evitar que se vean perjudicados en su desarrollo y crecimiento; teniendo en cuenta que sobre ellos recae una protección legal especial. Por ende y bajo los supuestos referidos, la extensión de la obligación alimentaria a los ascendientes, estará más vinculada con las características de la obligación derivada de la responsabilidad parental –la cual encuentra notables diferencias con los alimentos debidos entre los parientes–. Sin perjuicio de ello, cabe decir, que más allá de esta regulación específica, en el art. 541 del CCyC (que hace referencia a la obligación alimentaria derivada del parentesco) se establece que si la persona es menor de edad comprende además lo necesario para la educación”.

(23) Cfr. BASSET, URSULA C., en *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, cit.

6. Que por consiguiente, el recurso debe ser rechazado sin perjuicio de que la aclaración que se formula en el párrafo precedente especialmente sobre la duración de la medida.

7. Las costas se fijan por su orden en mérito a lo novedoso de la cuestión y como así a la aclaración que se efectúa a la Resolución en cuestión.

A la misma cuestión planteada el Dr. *Andrés Manuel Marfil* dijo:

En el voto precedente se ha explicado el motivo de la intervención de este Tribunal, voy a participar de la solución confirmatoria propuesta por el distinguido colega coprocinante, permitiéndome además agregar las siguientes consideraciones.

Que son dos las cuestiones que se deben señalar en torno a esta medida, una es la posibilidad de que la misma se dicte dentro de un proceso de las características del presente, y la otra es que de oficio lo haya podido hacer la juez de grado.

Si bien el *a quo* no abundó en los fundamentos dados para sostener su resolución, está clara la línea tutelar en la que dirigió su obrar.

Son dos las fuentes convencionales y legales que permiten sostener la resolución: una derivada del sistema protectorio de la niñez y otra de la tutela de la discapacidad, viniendo en este caso a conjugarse de tal forma que se potencian en un doble paraguas protector, contándose además con normas nacionales que caudan [*sic*] en la misma filosofía.

En relación a lo primero la Ley de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006, plasman un concepto amplio de familia, comprensivo de las personas vinculadas a los niños a través de líneas de parentesco de consanguinidad o afinidad, con otros miembros de la

padre de la niña, por un reconocimiento que él mismo realizó de la criatura”.

Mediante la aplicación analógica de la figura del progenitor afín, la sentencia aquí analizada establece provisoriamente una disociación entre el emplazamiento filiatorio y la obligación alimentaria –que comprende, conforme lo dispone el art. 659 del cód. civil y comercial, la cobertura de salud–.

Esta aplicación analógica no es novedosa en la jurisprudencia. El vocal Galanti, citando al juez Jáuregui⁽²⁴⁾, recuerda que el art. 676 del cód. civil y comercial “tuvo aplicación jurisprudencial reciente en el supuesto de un matrimonio que obtuvo la guarda con fines de adopción plena de dos niños y que, luego de cinco años de hacerlos sentir como parte de una familia, obtuvieron el desistimiento de la acción. Consideraron los jueces que están obligados a cumplir con una obligación alimentaria, pues, si bien no son padres biológicos ni adoptivos, en tanto no se dictó sentencia de adopción plena, se los puede considerar ‘padres solidarios’ o ‘progenitores afines’ con lo cual la solución se justifica en la ‘solidaridad familiar’ (CCCom. de San Martín, sala I, 29-9-2015, ‘L. M. A. y otro s/adopción. Acciones vinculadas’, L.L. de 11-12-2015, P. 7; AR/JUR/54081/2015 citado por Jáuregui, Rodolfo G., ‘Responsabilidad Parental - Alimentos y Régimen de Comunicación’ Cód. Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994, pág. 271- 2016, Rubinzal-Culzoni)”.

Cabe, asimismo, mencionar que en el mismo sentido y en el mismo marco de un proceso de impugnación de paternidad y emplazamiento filiatorio abordado por la Cámara II de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Paraná⁽²⁵⁾ se reconoció el derecho de una niña de 9 años de edad al uso del apellido de quien hasta ese momento era considerado su padre, por voluntad de la menor de mantener vínculo con la familia a la que había pertenecido,

(24) JÁUREGUI, RODOLFO G., *La obligación alimentaria del progenitor afín: Un valiente y moderno fallo señero que marcará la tendencia jurisprudencial de los próximos tiempos*, Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley, año V, N° 2, marzo 2013, págs. 66/79.

(25) Cfr. C2°CC Paraná, sala I, 13-8-15, *in re* “V. J. C. c. F. C. G. Y. O. s/ordinario - Impugnación de paternidad y filiación”, en la Ley cita online: AR/JUR/19593/2016. Con nota a fallo de MOIA, ÁNGEL L., *El apellido y la filiación extramatrimonial: un fallo docente sobre el derecho a la identidad y sus implicancias*, DFyP, 2016 (junio), pág. 56. DJ 21-9-16, 9. Cita online: AR/DOC/1448/2016. Fecha de consulta: 12-3-17.

familia ampliada o de la comunidad. Así el art. 7 del Dec. 415/2006 establece que podrán asimilarse al concepto de familia "... otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal, como así también en su desarrollo, asistencial y protección...", como podrían ser los guardadores con fines de adopción (cfr. Kemelmajer de Carlucci - Herrera - Llovera; Tratado de Derecho de Familia. Según el Código Civil y Comercial de 2014, T. IV, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe; 2014, pág. 226).

La Convención sobre los Derechos del Niño (art. 5º) dispone Artículo 5. "Los Estados Parte respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

Asimismo, la precitada norma suprallegal en varios artículos menciona otras categorías en las que se encuadra la figura de los guardadores: "... otras personas que cuidan de él" (art. 23), "... personas que sean responsables del mantenimiento" (art. 26) y "... personas encargadas del niño" (art. 27).

Recientemente se ha señalado que "cuando se analizan las obligaciones que le corresponden a quien fuera la guardadora de una niña, debe valorarse el moderno principio jurídico de la socioafectividad, que es aquel elemento necesario de las relaciones basadas en hechos conjugados con el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y se reafirma en vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo.

Este criterio socioafectivo –como bien señala la Dra. Herrera– se torna hoy al lado de los criterios jurídicos y

biológicos, en un nuevo criterio para establecer la existencia del vínculo parental y se funda en la afectividad en mejor interés del niño y de la dignidad de la persona humana (Cám. Apel.Civ.Com.Mar del Plata, *in re* 162423 - 'S., V. M. S/ Materia a categorizar' del 29/11/16 con cita de Herrera, Marisa; Socioafectividad e infancia ¿De lo clásico a lo extravagante en obra colectiva: Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes, T. I, Dir. Fernández, S., Edit. Abeledo-Perrot, Bs. As., 2015, pág. 977; en similar sentido: Pérez Gallardo, Leonardo; Familias ensambladas, parentesco por afinidad y sucesión ab intestato ¿una ecuación lineal?, en RDyF N° 51, septiembre 2011, Abeledo-Perrot, Bs. As., págs. 261 y 262; González de Vicel, Mariela, Guarda de hecho y adopción, pub. en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2016-1, Derecho de Familia - I, Edit. Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2016, pág. 328)".

Así las cosas se comparte el criterio señalado en el voto anterior en cuanto la situación es encuadrable análogicamente en la figura del padre afín –art. 676 Código Civil y Comercial– respecto del cual se fija la obligación alimentaria.

En esta tesitura sostuvo un Tribunal bonaerense que "... mantener la prestación alimentaria, tal como se asumió en la guarda, es una consecuencia natural de las decisiones tomadas por los adultos. Lo contrario significa desproteger al niño y privilegiar a los adultos premiándolos en su irresponsabilidad..." (S.C.B.A., *in re* "A., F. A., A., E. J., A., O. E. Art. 10, ley 10.067", pub. en L.L. del 26/7/2016, pág. 4, con comentario de Fernández, S., La protección de derechos del niño. Visibilizar lo... ¿visible? Infancias en penumbras).

Por otra parte no se puede soslayar el hecho que la niña es discapacitada, y en esto entran a tallar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

"Art. 4. Obligaciones generales I. Los Estados Parte se comprometen a asegurar y promover el pleno ejercicio de

manifestada en entrevista mantenida con la magistrada de primera instancia. En este caso y con finalidad precautoria, se operó una disociación entre el emplazamiento filiatorio y el apellido de la niña –exteriorización de su derecho a la identidad–.

5 Provisoriedad, temporalidad y subsidiariedad

La disociación entre el emplazamiento filiatorio y la obligación alimentaria decretada como mandato preventivo en el caso de la niña que padece discapacidad aquí analizado es provisorio, temporal –por un "tiempo prudencial", cfr. consid. 5º– y subsidiaria de la obligación que pesa sobre el padre y la madre de la niña.

Tanto la nota de oficiosidad como la de provisoriedad de la sentencia bajo análisis se encuentran consagradas expresamente en el art. 1713 del cód. civil y comercial.

Por otra parte y como ya mencionamos, el art. 676 del cód. civil y comercial establece el carácter "transitorio" de los alimentos en cabeza del progenitor afín que ha cesado la convivencia con el menor. BASSET⁽²⁶⁾ explica que la obligación alimentaria del progenitor afín es un deber subsidiario, ya que se actualiza en defecto de la asistencia debida por los progenitores del niño o adolescente, tanto del progenitor conviviente como del otro (art. 658), y también es subsidiario respecto de los demás parientes. Y afirma que es un deber condicionado a la convivencia con el progenitor a cargo del niño o adolescente porque cesa, como regla, por la disolución del matrimonio o unión convivencial, aunque excepcionalmente perdura más allá de la convivencia por razones de equidad.

En el mismo sentido, CURTI y ZANINO⁽²⁷⁾ destacan "que la obligación alimentaria del progenitor afín tiene carácter subsidiario y, por ende, se sitúa en grado posterior a la obligación de sus parientes en línea recta. Es decir, en primer lugar se encuentran sus progenitores y abuelos/as; pudiendo el progenitor afín demandado, exceptuarse aduciendo la existencia de un pariente en condición de prestar alimentos, conforme a la facultad conferida por el artículo 546 CCyC".

(26) Cfr. BASSET, URSULA C., *Relaciones de Familia*, cit.

(27) CURTI, PATRICIO - ZANINO, BÁRBARA, *Alimentos en la responsabilidad parental...*, cit. Ver nota al pie 22.

En el caso bajo análisis, la sala III aclara la resolución recurrida respecto de la provisoriedad de lo mandado resaltando que son "la madre de la niña y el padre biológico de la criatura (con el apoyo del Ministerio Público de la Defensa y del Estado si fuera necesario) quienes en un tiempo prudencial deberán asumir la exclusiva responsabilidad sobre esta", atento a que "el mantenimiento del actor en la cobertura social que atienda las necesidades de la niña dispuesta en la sentencia de grado es necesariamente subsidiaria y provisorio como surge del rol que le toca desempeñar y análogicamente del art. 676 Cód. Civ. y Com. En orden a ello en la instancia de grado –donde se cuenta o se contará con mayores elementos de juicio para ello– oportunamente se deberá establecer la duración que la medida dispuesta tendrá".

6 Ponderación judicial

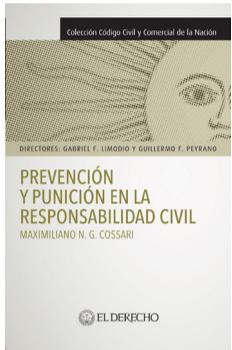
Refiriéndose a la acción preventiva reconocida por el art. 1713 del cód. civil y comercial, la doctrina⁽²⁸⁾ sostiene que el juez puede adoptar una medida distinta de la sugerida por la parte que interpuso la demanda, en la medida en que la considere más idónea y de menor restricción de los derechos en litis. Al juez se le exige también, conforme al art. 1713, la "ponderación" de la solución adoptada, teniendo en cuenta, por una parte, el interés razonable de quien impetra la acción preventiva y, por otra, la previsibilidad del daño futuro, que conforme a la ciencia y experiencia cotidianas (presunciones *hominis*) sea factible su acaecer según el curso natural de las cosas.

El voto del Dr. Marfil –en la sentencia analizada– realiza esta ponderación de los criterios establecidos en el art. 1713 de menor restricción posible y de medio más idóneo para asegurar la efectividad del derecho a la salud de la niña, considerando las circunstancias particulares y relevantes del caso, al decir que "en estos obrados el recurrente no demuestra ni argumenta razonablemente en dónde radica el grave perjuicio a sus derechos, con la medida decretada, menos aún si se pondera la situación en que

(28) Cfr. ALFERILLO, PASCUAL E., *Glosas a los arts. 1708 a 1780, en Código Civil y Comercial comentado: tratado exegético*, Pascual E. Alferillo, Osvaldo R. Gómez Leo, Fulvio G. Santarelli (dirs.), Buenos Aires, La Ley, 2015, págs. 13/25.

FONDO EDITORIAL

Novedades 2017



MAXIMILIANO N. G. COSSARI

COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Prevención y punición en la responsabilidad civil

ISBN 978-987-3790-45-4
241 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

todos los derechos humanos y las libertades fundamentales de las personas con discapacidad sin discriminación alguna por motivos de discapacidad. A tal fin, los Estados Parte se comprometen a: a) Adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de otra índole que sean pertinentes para hacer efectivos los derechos reconocidos en la presente Convención; b) Tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad;..."

Y el art. 7 referente a los niños y niñas con discapacidad: "1. Los Estados Parte tomarán todas las medidas

queda la menor". Así, elige la mejor alternativa disponible en el caso.

7 Conclusiones

En el caso analizado se conjugan diversos principios del derecho privado "constitucionalizado", tales como el deber de los magistrados de prevenir daños y el principio de solidaridad familiar, los cuales, sumados a la posesión de estado filial precedente a la impugnación de paternidad, constituyen la fuente del deber alimentario impuesto de oficio al impugnante. Esta solución de equidad adoptada por los magistrados de grado y de la alzada se justifica no solo por las notas de protección y acompañamiento que deben caracterizar a la justicia de menores, sino también por la condición de discapacidad que padece la niña.

La realidad nos muestra que las personas no podemos vivir como individuos aislados. Formamos una comunidad, interdependemos unos de otros, y esta interdependencia nos modela, nos conforma y nos transforma. Por ello no podemos desentendernos los unos de los otros, máxime cuando hemos establecido vínculos. Allí radica la raíz más profunda de la solidaridad. El derecho ha ido recogiendo y reconociendo esta interdependencia esencial entre las personas. A la vanguardia de ese reconocimiento se encuentra la jurisprudencia, en búsqueda constante de contribuir, con soluciones equitativas y adecuadamente ponderadas, a la paz social. Sentencias como la aquí comentada nos recuerdan las meditaciones de JOHN DONNE⁽²⁹⁾ en ocasión de padecer una grave enfermedad: "Los hombres no somos islas, independientes entre sí; todo hombre es un pedazo del continente, una parte del todo".

VOCES: DERECHO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - FAMILIA - FILIACIÓN - MENORES - DISCAPACITADOS - RESPONSABILIDAD PARENTAL - ALIMENTOS - OBRAS SOCIALES - DAÑO - DERECHO PROCESAL - JURISPRUDENCIA

(29) "No man is an Iland, entire of itself; every man is a piece of the continent, a part of the main". DONNE, JOHN, *Devotions Upon Emergent Occasions, and severall steps in my Sicknes*, Meditation XVII, en <http://www.online-literature.com/donne/409/>. Fecha de consulta: 11-4-17.

necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas...”.

En lo concerniente al hecho que se haya dictado de oficio la medida, la misma a esta altura del pensamiento jurídico parece inobjetable, pues si la nueva ley civil de los argentinos el Código Civil y Comercial de la Nación, ha consagrado de forma expresa el deber de prevenir los daños, como un deber incluso en cabeza de los magistrados. Por ello, no puede pensarse que haya un exceso de jurisdicción o de poder, toda vez que, lo único que se ha ordenado es que siga contribuyendo quien hasta la fecha del inicio de las actuaciones ya aportaba con los gastos de la obra social provincial para mantener a la interesada que es discapacitada con al menos una cobertura para cubrir sus necesidades médicas esenciales de una forma rápida. Por otra parte cabe recordar que en “Furlán” de la CIDH señaló que el Estado, en ejercicio de su función judicial, ostenta un deber jurídico propio, por lo que la conducta de las autoridades judiciales no debe depender exclusivamente de la iniciativa procesal de la parte actora de los procesos.

En estos obrados el recurrente no demuestra ni argumenta razonablemente en dónde radica el grave perjuicio a sus derechos, con la medida decretada, menos aún si se pondera la situación en que queda la menor.

Sostiene Graciela Medina que “Frente a la antigua visión de la familia que en muchos casos sacrificaba la personalidad de alguno de sus miembros, hoy existe una nueva concepción de la familia en la que el familiar, antes de ser tal, es una persona, un sujeto del ordenamiento que no sufre una limitación de sus derechos fundamentales ni siquiera frente a los otros miembros de su familia”. El estatus familiar no debe constituir una reducción o limitación de las prerrogativas de la persona sino más bien una agravación de las consecuencias a cargo del familiar responsable.

“Por tanto, el respeto de la dignidad y de la personalidad de cada miembro del núcleo familiar asume la connotación de derecho inviolable, cuya lesión por parte de otro componente de la familia, así como por parte de un tercero, constituye el presupuesto lógico de la responsabilidad civil, máxime cuando la lesión deviene del incumplimiento a un deber familiar. No pudiendo considerarse, claramente, que los derechos definidos como inviolables reciban distinta tutela según que sus titulares se coloquen, o no, en el interior de un contexto familiar” (Medina, Graciela Publicación: Daños en el derecho de familia en el Código Civil y Comercial Revista de Derecho de Familia y Sucesiones Número 5 Septiembre 2015 Fecha: 07092015 Cita: IJLXXX322 con cita de: Patti, S., “Famiglia e responsabilità civile”, Milano 1984, pág. 32 y ss. Respecto de la incidencia de los principios constitucionales en la consideración positiva del resarcimiento de daños en la esfera del Derecho de familia puede verse más ampliamente Fraccon, A., “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno” en *Il diritto di famiglia e delle persone*, volumen xxx, enero-marzo 2001 pág. 367 y ss. Concretamente señala que en la familia como primera sociedad natural, están protegidos y privilegiados los derechos inviolables del hombre y, por consiguiente, el desarrollo de la personalidad individual. En la doctrina española defiende esta posición Roca I. Trías, E., “Familia y cambio social” [De la casa a la persona], Civitas 1999, pág. 75).

Conforme lo acontecido en estos obrados, como se dijo, la situación es equiparable a la del progenitor afín, con lo cual los deberes del recurrente para con quien hasta la sentencia era legalmente su hija, no concluyen, pues queda ahora igualmente alcanzado por el campo de irradiación de los deberes familiares, y por aplicación del principio general de no dañar a otro.

En lo demás se comparte lo expresado por el primer voto en cuanto al plazo y conductas parciales [sic] y judiciales a adoptar.

A la misma cuestión planteada la Dra. *Valentina Ramírez Amable* dijo:

Adhiero a los votos precedentes de los Dres. Galanti y Marfil, por compartir sus fundamentos, los que son coincidentes y complementarios entre sí respecto de la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal.

Y Vistos:

Por los fundamentos del Acuerdo que antecede, *se resuelve*: 1º) Rechazar el recurso de apelación deducido por la actora contra la Resolución de fs. 48/50 vta., aclarándose la misma según considerando 5 de la presente para su cumplimiento.

2º) Costas por su orden, art. 65 C.P.C. y C.

3º) Regular los honorarios de alzada a los Dres. ... y ..., en la suma de Pesos ... (\$...) a cada uno –arts. 3, 64 Ley 7046–.

Regístrese, notifíquese y, en estado, bajen. – *Virgilio A. Galanti. – Andrés M. Marfil. – Valentina Ramírez Amable.*

Daños y Perjuicios:

Empresa prestataria del servicio de energía eléctrica: inejecución contractual; prolongación efectiva y en el transcurso de diez años; daño punitivo; naturaleza y caracteres; gravedad del incumplimiento; conducta desaprensiva o gravosa; valoración judicial. **Daño Moral:** Admisión: afectación espiritual; época en que se produjeron algunos cortes de luz. **Servicios Públicos:** Inversiones necesarias para brindar un servicio eficiente.

1 – *Procede la indemnización en concepto de daño punitivo, conforme lo estipulado por el art. 47, inc. b), de la ley 24.240 (incorporado por el art. 21 de la ley 26.361) si se pondera la gravedad del incumplimiento de la empresa prestataria del servicio de energía eléctrica, prolongado en forma efectiva durante varios días, en distintos períodos del año y en el transcurso de diez años.*

2 – *La indemnización por daño punitivo se proyecta en sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se adicionan a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado y que están destinados a punir graves inconductas del demandado.*

3 – *La indemnización en concepto de daño punitivo, novedosa categoría jurídica, no tiende a resarcir un daño, sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de sanción y de prevención general, tiene la naturaleza de pena y, cuando de daño punitivo se trata, el juzgador no puede desatender la posición del autor del daño, pues será en este incumplimiento donde finque la verdadera causa de la procedencia del rubro.*

4 – *La naturaleza de pena que reviste el daño punitivo implica una evaluación más exhaustiva por parte del juez al momento de aplicar el instituto, atendiendo la gravedad del hecho generador, pues no cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena, que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido.*

5 – *Más allá de la criticada técnica legislativa utilizada en la redacción del art. 52 bis de la ley 24.240, no puede desconocerse que la incorporación del daño punitivo se revela como un instituto necesario a la hora de poner coto a las conductas desaprensivas por parte de los proveedores que generen perjuicios a los usuarios de los servicios que prestan. Y es esta actitud de excesiva displicencia la que justifica la admisión de un rubro que no deja de revestir un carácter excepcional en el ámbito civil; su procedencia no se relaciona con los daños efectivamente sufridos, sino con la conducta gravosa de quien los ha causado.*

6 – *Resulta procedente admitir la pretensión indemnizatoria por el rubro daño punitivo, atento al incumplimiento incurrido por la empresa prestataria del servicio de energía eléctrica y la duración del corte del servicio, que, por otra parte, se reiteró en diversas oportunidades en el transcurso de diez años, pues, en la medida en que a las prestatarias les resulte más económico cancelar exiguas indemnizaciones en lugar de realizar las inversiones necesarias para brindar un servicio eficiente, los apagones continuarán, como de hecho es público y notorio que se han reiterado por varios años.*

7 – *Corresponde elevar, por estimársela reducida, la reparación por daño moral establecida por la sentencia de grado en*

razón de la inejecución contractual de la empresa prestataria del servicio de energía eléctrica, pues debe tenerse en cuenta que la prestación defectuosa se prolongó en forma efectiva durante varios días, en distintos períodos del año y en el transcurso de los años 2005 a 2015, ocasionando molestias e incomodidades a la parte actora para su vida, con el agravante de que vivía en el piso 12º –por lo que debió acceder a su hogar por escalera varias veces por día–, sumado a que los cortes más extensos se produjeron en los meses de diciembre y enero, con calores sofocantes propios de la época, sin poder acceder a ningún sistema de refrigeración.

8 – *Debe elevarse por reducida la reparación por daño moral establecida por la sentencia de grado por interrupción del servicio de energía eléctrica si la prestación defectuosa se prolongó en forma efectiva durante varios días, en distintos períodos del año y en el transcurso de los años 2005 a 2015, pues debe tenerse en cuenta que la situación anímica de la actora fue indudable en la especial época en que se produjeron algunos cortes, aproximándose las festividades navideña y de fin de año, con la incertidumbre propia de no poder planear posibles reuniones y encuentros sociales y familiares, todo lo cual tuvo entidad suficiente para potenciar la afectación espiritual. M.A.R.*

59.459 – CNCiv. y Com. Fed., sala II, marzo 3-2017. – F., D. B. c. Edesur S.A. s/sumarísimo.

Buenos Aires, 3 de marzo de 2017

Visto: El recurso de apelación interpuesto por la actora a fs. 178, concedido a fs. 179, fundado a fs. 180/182 y contestado a fs. 186/192, contra la resolución de fs. 167/177, y el dictamen de fs. 197/198;

Y Considerando:

I. La Sra. jueza de primera instancia hizo lugar parcialmente a la demanda interpuesta por la Sra. D. B. F. y condenó a Edesur S.A. al pago de \$13.000, con más sus intereses y costas; ello, en concepto de indemnización por el corte de suministro de energía eléctrica que sufrió la actora desde el año 2005, resaltando los cortes de diciembre de 2010, diciembre de 2013, enero y febrero de 2014, entre otros (fs. 167/8).

La actora, única parte que recurre, cuestiona los montos de \$3600 por daño material, de \$5400 por daño moral, y de \$4000 por daño punitivo, reconocidos en la sentencia.

Para fundar sus agravios evalúa la magnitud de las horas de corte del servicio, las molestias y los daños ocasionados de acuerdo a las condiciones de espacio, tiempo y lugar en que los hechos causantes de la acción se sucedieron.

Sobre el daño punitivo, analiza la situación de la empresa prestataria y la naturaleza de la norma que la fija como una sanción con fines disuasivos para evitar las acciones u omisiones que provocan al consumidor las deficiencias en la prestación del servicio de suministro de energía eléctrica.

Cita jurisprudencia de esta Sala en la que se fijaron valores sustancialmente distintos a los estimados en la instancia de grado.

II. En punto al “daño material”, debe tenerse presente que al margen de las expresiones vertidas por los recurrentes al punto III de la pieza de fs. 180 vta./181, de las constancias de autos surge que no se produjo prueba alguna que amerite modificar el monto otorgado por el señor Juez. En ese sentido, y aun cuando la efectiva existencia de erogaciones materiales derivadas del incumplimiento de la demandada se encuentran probadas mediante las declaraciones testimoniales obrantes a fs. 140/1, lo cierto es que en concreto respecto de la cuantía de aquel daño no queda otra alternativa que estimarla con la herramienta que suministra el artículo 165 del Código Procesal.

En tales condiciones, teniendo en cuenta las pautas que surgen de los antecedentes jurisprudenciales de esta Sala (v. gr. consultar causa 7515/2011 del 16.03.15) y ponderando la extensión del corte de suministro de la energía eléctrica reconocida en la anterior instancia que no ha merecido agravio alguno (confr. fs. 124/126 vta.), como asimismo que aquel incumplimiento fue reiterado en distintas oportunidades en el transcurso de los años 2005 a 2015 durante –entre otros– períodos comprendidos en las festividades de fin de año (426 horas en total), se estima la suma por el rubro daño material en cuatro mil pesos (\$4000).

III. Respecto de la reparación al daño moral, es dable recordar que esta indemnización reviste carácter resarcitorio (*conf. causas 5643 del 8.8.00, 3540 del 21.12.00, 5348 del 17.12.00, 2784 del 19.7.03 y 7515/2011 cit.*) y el caso se rige por el art. 522 del Código Civil, aplicable a supuestos de inexecución contractual, lo cual exige apreciar las circunstancias que rodearon el incumplimiento (*Sala I, causas 5162 del 17/5/88 y 7568/92 del 3/10/95; y Sala II, causa 11.701/95 del 9/9/97*).

En este punto, debe tenerse en cuenta que la prestación defectuosa del servicio eléctrico se prolongó en forma efectiva durante varios días, en distintos períodos del año. Frente a estas pautas, las molestias e incomodidades que la interrupción del suministro eléctrico ocasionó a la parte actora para su vida, con el agravante de que la actora vivía en el piso 12° –por lo que debió acceder a su hogar por escalera varias veces por día–, sumado a que los cortes más extensos se produjeron en los meses de diciembre y enero, con calores sofocantes propios de la época, sin poder acceder a ningún sistema de refrigeración; estimo reducida la suma otorgada en la anterior instancia y propicio elevarla a la cantidad de catorce mil pesos (\$14.000).

Además, tengo en cuenta para postular el incremento de la cantidad asignada en la instancia anterior, que los testigos han acreditado la situación anímica de la actora como consecuencia de la interrupción del servicio (ver fs. 7/8, declaraciones no observadas por la concesionaria Edesur S.A.). Por otra parte, es indudable que la especial época en que se produjeron algunos cortes, aproximándose las festividades navideña y de fin de año, con la incertidumbre propia de no poder planear posibles reuniones y encuentros sociales y familiares, tuvo entidad suficiente para potenciar la afectación espiritual (esta Sala II, 7515/2011 del 16.03.15, cit.).

VI. [sic] La accionante también se agravia de que no se le haya admitido una indemnización en concepto de daño punitivo. Se ha sostenido respecto de esa novedosa categoría jurídica que, en tanto no tiende a resarcir un daño sino a causar un mal al responsable del ilícito con fines de sanción y de prevención general, tiene la naturaleza de pena (Picaso, Sebastián “Sobre los denominados ‘Daños Punitivos’” LL 2007-F, 1154). Con motivo de ello, cuando de daño punitivo se trata, el juzgador no puede desatender la posición del autor del daño, pues será en este incumplimiento donde finque la verdadera causa de la procedencia del rubro.

Por otra parte, debemos considerar que este tipo de daños se proyecta en sumas de dinero que los tribunales mandan a pagar a la víctima de ciertos ilícitos, que se adicionan a las indemnizaciones por daños realmente experimentados por el damnificado y que están destinados a punir graves inconductas del demandado.

En consonancia con ello, la naturaleza de pena que reviste el instituto en cuestión, implica una evaluación más exhaustiva por parte del Juez al momento de aplicar el instituto, atendiendo la gravedad del hecho generador, pues no cualquier incumplimiento contractual o legal puede dar curso a la petición de este tipo de pena que condena al incumplidor a reparar más allá del daño producido (*conf. Colombes, Fernando Matías, “Los daños punitivos en la Ley de Defensa del Consumidor”, La Ley, publicado el 16/09/2008*).

Ahora bien, más allá de la criticada técnica legislativa utilizada en la redacción del artículo 52 bis de la Ley N° 24.240, no puede desconocerse que la incorporación del daño punitivo, se revela como un instituto necesario a la hora de poner coto a las conductas desaprensivas por parte de los proveedores que generen perjuicios a los usuarios de los servicios que prestan. Y es esta actitud de excesiva displicencia, la que justifica la admisión de un rubro que no deja de revestir un carácter excepcional en el ámbito civil. Reitérase, la procedencia de este rubro no se relaciona con los daños efectivamente sufridos, sino con la conducta gravosa de quien los ha causado.

Sentados así los lineamientos generales en lo relativo al instituto del daño punitivo, resulta procedente la pretensión indemnizatoria por dicho rubro atento el incumplimiento incurrido por la demandada y la duración del corte del servicio que, por otra parte, se reiteró en diversas oportunidades en el transcurso de diez años.

Asiste razón a la actora cuando afirma que en la medida que a las prestatarias le resulte más económico cancelar exiguas indemnizaciones, en lugar de realizar las inversiones necesarias para brindar un servicio eficiente, los apagones continuarán, como de hecho, es público y notorio se han reiterado por varios años.

Por ello, ponderando la gravedad del incumplimiento y sus efectos, y conforme lo estipulado por el artículo 47 inciso b) de la Ley N° 24.240 (incorporado por el artículo 21 de la Ley N° 26.361), propicio reconocer la suma pretendida por la actora en concepto de daño punitivo veinticinco mil pesos (\$25.000), monto que se fija a valores actuales. Se destaca que esa suma coincide con la reclamada por el apelante en su expresión de agravios (ver fs. 181 vta.).

Por todo ello, debe hacerse lugar al recurso de la actora y modificarse la sentencia de grado en cuanto a las indemnizaciones por daño material y moral, elevándolas a las sumas de cuatro mil pesos (\$4000) y catorce mil pesos (\$14.000), respectivamente y, asimismo, elevar la suma reconocida por daño punitivo a la suma de veinticinco mil pesos (\$25.000), monto –este último– que se establece a valores de la fecha de esta sentencia.

Las sumas con causa en los daños materiales y morales, devengarán los intereses según las pautas fijadas en la sentencia de grado, es decir desde la fecha del origen de los sucesivos cortes 21.12.2010 y a la tasa activa del Banco Nación en sus operaciones habituales de descuentos a treinta días.

Los intereses correspondientes a la suma reconocida por daño punitivo –eventualmente– se calcularán a esa misma tasa y comenzarán a correr desde la mora en el pago de la condena, que deberá hacerse efectiva dentro del plazo de diez días también fijado en la instancia anterior.

Las costas de ambas instancias corresponde a las demandadas vencidas (art. 68, primera parte, Código Procesal).

En virtud de lo considerado, esta sala *resuelve*: 1) Hacer lugar al recurso de la actora y modificar la sentencia recurrida en cuanto a las indemnizaciones por daño material, elevándola a la suma cuatro mil pesos (\$4000), por daño moral, elevando la suma de catorce mil pesos (\$14.000) y la del rubro daño punitivo, a la suma de veinticinco mil pesos (\$25.000), suma que se establece a valores de la fecha de esta sentencia, con más los intereses según lo considerado; con costas de ambas instancias a la demandada vencida (art. 68, primera parte, Código Procesal); 2) [sic] Disponer que una vez aprobado el monto de condena mediante liquidación, se adecuarán los honorarios (art. 279 del Cód. Procesal).

La Dra. Graciela Medina no suscribe en virtud de hallarse en uso de licencia (art. 109 del R.J.N.).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. – Alfredo S. Gusman. – Ricardo V. Guarinoni.

Suspensión del Juicio a Prueba:

Ministerio Público Fiscal: consentimiento; violencia contra la mujer; situación procesal del imputado; supuesto de incumplimiento de las condiciones impuestas; efectos; evaluación de las circunstancias concretas. **Violencia de Género:** Intervención de la víctima en las etapas procesales: convivencia actual con el agresor.

1 – Si bien se podría observar –a partir de lo establecido en la Convención “Belém do Pará” y la doctrina sentada por la Corte Suprema– que la necesidad de realizar un debate oral y público en los casos en que se presente una situación de violencia contra la mujer constituye una política pública, lo cierto es que el Estado no puede dejar de actuar en un contexto de razonabilidad y evaluar las circunstancias que se presentan en cada caso en concreto (mayoría).

2 – Corresponde conceder la suspensión del juicio a prueba si se observa que el Ministerio Público Fiscal realizó un análisis de las circunstancias que rodean el proceso por violencia

FONDO EDITORIAL

Novedades



DANIEL BAUTISTA GUFFANTI

OBLIGACIONES

Sobre los derechos de acreedores y deudores

ISBN 978-987-3790-3-4

675 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004

Compra online: ventas@elderecho.com.ar

www.elderecho.com.ar

doméstica y destacó que, sin perjuicio de conocer los alcances de jurisprudencia sentada por la Corte Suprema, entendía que debían valorarse las características del caso puntual, en el que se evidenciaba de las circunstancias concretas en particular, por estar conviviendo ambos protagonistas y de lo que había manifestado personalmente la presunta damnificada, que correspondía, a los efectos de evitar su “revictimización” de conformidad con lo previsto por la ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres, que el Ministerio Público no se opusiera a la concesión de la suspensión del juicio a prueba (mayoría).

3 – En un proceso por violencia doméstica no parece plausible que el Estado siga adelante con la realización de un juicio oral cuando la concesión de la suspensión del juicio a prueba no resuelve definitivamente la situación procesal del imputado, sino que justamente deja abierta la posibilidad de que, en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas, se pueda avanzar hacia el debate oral y público (mayoría).

4 – Si el marco de imputación encuadra dentro de lo que se ha denominado violencia contra la mujer, que a través de la suscripción de la Convención de Belém do Pará el Estado argentino se compromete a investigar, perseguir, juzgar y reprimir, se encuentra al margen de la posibilidad de la concesión de la suspensión de juicio a prueba –como principio de oportunidad– y, en consecuencia, debe ser llevado a juicio. Ello, al margen de lo establecido en la jurisprudencia de la Corte Suprema, pues corresponde a la jurisdicción la interpretación de los tratados internacionales y, en este sentido, la opinión de la representante del Ministerio Público, apartándose de esta inteligencia, no resulta vinculante para la jurisdicción (disidencia del doctor Días). M.E.

59.460 – CNCasación Crim. y Correc. de la Capital Federal, sala II, abril 18-2017. – F., R. F. s/suspensión de juicio a prueba (causa n° CCC 31490/2014/PL1/CNC1).

En la ciudad de Buenos Aires, a los 18 días del mes de abril de 2017 se constituye el tribunal, integrado por los jueces Eugenio C. Sarabayrouse en ejercicio de la presidencia, Daniel Morin y Horacio Días, asistidos por la secretaria actuante a fin de celebrar la audiencia prevista en el art. 454, en función del art. 465 bis del Código Procesal Penal de la Nación, en la causa n° CCC 31490/2014/PL1/CNC1, caratulada “F., R. F. s/ suspensión de juicio a prueba”. Se encuentra presente la parte recurrente, representada por el Dr. Mariano P. Maciel, a cargo de la defensa del imputado. Se informa que la audiencia está siendo filmada, que el registro audiovisual forma parte integrante de la presente actuación y que queda a disposición en secretaría. Se da inicio a la audiencia y se otorga la palabra al Dr.

EDICTOS

SUCESIONES

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro. 78 sito en Av. de los Inmigrantes 1950 piso 6ro. of. “613” de Capital Federal cita y emplaza por treinta días a here-

deros y acreedores de ANTONIO MENZA. Publíquese por tres días en El Derecho. Buenos Aires, 22 de diciembre de 2016. Fl. Rodrigo Vila, sec. int.

I. 3-5-17. V. 5-5-17

6017



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

Maciel, quien argumenta su posición y responde preguntas del tribunal. El presidente da por concluida la intervención de la defensa e informa que el tribunal pasa a deliberar, en los términos de los arts. 396 y 455, CPPN, en presencia de la actuario. Constituido el tribunal nuevamente en la sala, toma la palabra el presidente, quien da a conocer los fundamentos de la decisión adoptada. El juez Morin dijo, tal como lo sostuve en "Fontenla"⁽¹⁾ y en "Exavier"⁽²⁾ si bien se podría leer –a partir de lo establecido en la Convención "Belém do Pará", y la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso "Góngora"⁽³⁾– que la necesidad de realizar un debate oral y público en los casos en que se presente una situación de violencia contra la mujer, constituye una política pública; lo cierto es que el Estado no puede dejar de actuar en un contexto de razonabilidad y evaluar las circunstancias que se presentan en cada caso en concreto. Ello, atendiendo a que la racionalidad de los actos de gobierno es uno de los principios fundantes de la forma republicana consagrada en el art. 1º de la Constitución Nacional. En primer término, y tal como se sostuvo en el precedente "Riquelme"⁽⁴⁾, no debe perderse de vista que el presente caso resulta sustancialmente diferente al que resolvió la CSJN en "Góngora", pues allí la suspensión del juicio a prueba no contó en ningún momento con el consentimiento fiscal y fue este órgano el que llevó el expediente hasta la máxima instancia judicial. A su vez, en la sentencia dictada en el caso "Herrero"⁽⁵⁾ se señaló que no podían asumirse criterios absolutos en casos problemáticos como el aquí planteado donde se investigan hipótesis de violencia contra las mujeres. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, se observa que la fiscal Katok realizó un análisis de las circunstancias que rodean el asunto, en el que consideró, especialmente, el delito imputado al solicitante, que aquél había ofrecido reparar el daño en la medida de sus posibilidades y que no registraba antecedentes. Además, destacó que sin perjuicio de conocer los alcances del fallo "Góngora", entendía que debían valorar-

(1) Causa n° 740053687/2012, caratulada "Fontenla, Horacio Javier s/ recurso de casación", Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, jueces: Morin, Sarrabayrouse y Niño, rta. 12/10/16/15 (Reg. n° 804/2016).

(2) Causa n° 4114/2013/PL1/CNC1, caratulada "Exavier Jean Noel s/ suspensión de juicio a prueba", Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, jueces: Morin, Sarrabayrouse y Niño, rta. 12/10/16/15 (Reg. n° 41/2017).

(3) Expte. G. 61. XLVIII, recurso de hecho en autos "Góngora, Gabriel Arnaldo s/causa n° 14.092", rto.: 23/4/2013.

(4) Causa n° 4216/2014, caratulada "Riquelme, Jorge Gustavo s/ recurso de casación", Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, jueces: Morin, Sarrabayrouse y Bruzzone, rta. 22/04/15 (Reg. n° 29/2015).

(5) Causa n° 13329/2014, caratulada "Cristian Ariel Herrero s/ recurso de casación", Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional, jueces: Morin, Sarrabayrouse y Bruzzone, rta. 10/04/2015 (Reg. n° 16/2015).

se las características de este caso puntual, en el que se evidenciaba, de las circunstancias concretas de la causa –en particular, por estar conviviendo ambos protagonistas– y de lo que le había manifestado personalmente la presunta damnificada, que correspondía, a los efectos de evitar su "revictimización", de conformidad con lo previsto por la ley 26.485, de Protección Integral a las Mujeres, que ese Ministerio Público no se oponga a la concesión de la suspensión del juicio a prueba. Así las cosas, la ponderación de todos estos elementos, y en particular, la participación de M. S. M., en las distintas fases del proceso, sumado al consentimiento fiscal, la falta de antecedentes del imputado, la posibilidad de aplicar una pena de ejecución condicional y la razonabilidad de lo manifestado con respecto a la reparación del daño, evidencian que el tribunal *a quo* resolvió el caso de manera automática, sin valorar sus particularidades e interpretó erróneamente el art. 76 bis, del CP. Como corolario de lo dicho hasta aquí, entiendo que en el caso, no parece plausible que el Estado siga adelante con la realización de un juicio oral; máxime cuando la concesión de la suspensión del juicio a prueba no resuelve definitivamente la situación procesal del imputado, sino que justamente deja abierta la posibilidad de que, en caso de incumplimiento de las condiciones impuestas, se pueda avanzar hacia el debate oral y público. Por todo lo expuesto, considero que corresponde casar la resolución de fs. 136/142; conceder a la suspensión del juicio a prueba a R. F. F.; y remitir las presentes actuaciones al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 56 –ex-Juzgado Nacional en lo Correccional N° 7– a fin de que fije el plazo por el que se deberá otorgar el instituto, así como también las reglas de conducta que estime correspondientes. Por último, corresponde admitir por razonable el ofrecimiento efectuado por R. F. F., de abonar la suma de \$500, en un pago, en concepto de reparación económica, la que deberá efectivizarse cuando el juzgado interviniente lo disponga, a fin de que, eventualmente, M. S. M. pueda retirarla; de no hacerlo –sea porque la rechazase, no concurriese al momento de ser citada, o porque guardase silencio–, se lo eximirá de hacer efectiva esa obligación, y consecuentemente se le devolverá el dinero; sin costas (arts. 76 bis, 76 ter y 27 bis, CP y arts. 455, 456, 465 bis, 470, 530 y 531). Finalmente, el juez Sarrabayrouse adhiere a la solución propuesta por su colega y se remite a los fundamentos expuestos en el precedente "Crocco" en cuanto a que en la medida en que no hay un "caso" y que la interpretación planteada (fáctica o jurídica) resulte entre las posibles, los jueces no tienen controversia para resolver (ver en este sentido, el precedente "Pesce"). A ello suma las restantes consideraciones efectuadas en el citado caso "Crocco" que coinciden sustancialmente con lo expresado por el juez Morin. El juez Días dijo: Brevemente, puesto que el caso ya está resuelto por el voto de la mayoría, cabe señalar que el marco de imputación encuadra dentro de lo que se ha denominado violencia contra la mujer que a través de la suscripción de la Convención de Belém do Pará el Estado argentino se compromete a investigar, perseguir, juzgar y reprimir, por lo que este tipo de casos se encuentran al margen de la posibilidad de la concesión de la suspensión de juicio a prueba –como principio de oportunidad– y, en consecuencia, deben ser llevados a juicio. Ello, al margen de lo establecido en el precedente "Góngora", pues corresponde a la jurisdicción la interpretación de los tratados internacionales, y en este sentido, la opinión de la representante del Ministerio Público, apartándose de esta inteligencia, no resulta vinculante para la jurisdicción. En consecuencia, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal, *resuelve*, por mayoría: Casar la resolución de fs. 136/142; conceder la suspensión del juicio a prueba a R. F. F. con los alcances establecidos precedentemente; sin costas (arts. 76 bis, 76 ter y 27 bis, CP y arts. 455, 456, 465 bis, 470, 530 y 531, CPPN) y remitir las presentes actuaciones al juzgado de origen. Quedan las partes así notificadas. Regístrese, oportunamente comuníquese (Acordada 15/13,

CSJN; Lex 100). Remítase al Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional N° 56, sirviendo la presente de atenta nota de estilo. No siendo para más, se da por concluida la audiencia y firman los jueces de la sala por ante mí, de lo que doy fe. – Eugenio C. Sarrabayrouse. – Daniel Morin. – Horacio Días (Sec.: Paula Gorsd).

OPINIONES Y DOCUMENTOS

La inclusión respeta el derecho a la vida

El derecho a la vida de las personas con discapacidad se encuentra hoy bajo una creciente amenaza por la difusión de una mentalidad que, de la mano de nuevas y poderosas herramientas de diagnóstico prenatal, pretende eliminar a las personas antes de su nacimiento en razón de sus características genómicas.

Por este motivo, transcribimos las significativas palabras del director ejecutivo de la Asociación Síndrome de Down de la República Argentina, Lic. Pedro Crespi:

"En ASDRA plantamos bandera en el debate acerca de la inclusión. Es que en los últimos tiempos se habla, con cierta liviandad, de avances en esta materia. Valoramos el reconocimiento de derechos, el desarrollo de prácticas accesibles y los esfuerzos específicos en distintas instituciones para que las personas con discapacidad puedan participar en la sociedad de manera plena. Pero, no obstante, hay un tema que por cuestiones ideológicas muchas veces se trata sin el rigor necesario y que es fundamental: el derecho a la vida. Y resulta que sin éste es un contrasentido total hablar de otros derechos para una persona.

Se conoció, hace pocos días, una información escalofriante: Islandia es el primer país del mundo donde se registra un índice de natalidad del 0 % de personas con síndrome de Down en los últimos 5 años. ¿Por qué? Porque el 100 % de los bebés por nacer con esta discapacidad son abortados. El dato lo dio a conocer el doctor Peter McParland, ginecólogo en el National Maternity Hospital de Dublín.

Y el caso de Islandia es solo un ejemplo, ya que Dinamarca va en esa dirección. Y en Gran Bretaña y Estados Unidos, el 90 % de los niños con síndrome de Down también son abortados. Y esto ocurre, seguramente, en otros sitios del planeta. Sobre todo, en aquellos a los que se los conoce como 'el primer mundo'.

Es importante que quienes somos parte de movimientos de familias y de derechos humanos tengamos siempre en claro el valor de la vida humana, ya que su respeto legitima la petición del resto de los derechos. Todos debemos hacer una profunda reflexión al respecto. Estamos a tiempo. Y que el tiempo, valga la redundancia, no nos sorprenda hablando de inclusión a un mundo sin personas con síndrome de Down" (www.asdra.org.ar).

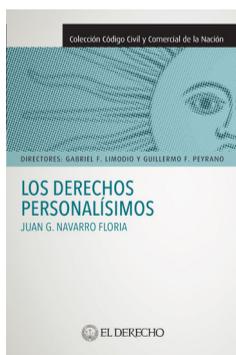
www.centrodebioetica.org

17 de abril de 2017

VOCES: ABORTO - BIOÉTICA - DERECHOS HUMANOS - FAMILIA - DISCAPACITADOS - PERSONA - SALUD PÚBLICA - DERECHO PENAL ESPECIAL

FONDO EDITORIAL

Novedades



JUAN G. NAVARRO FLORIA
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Los derechos
personalísimos**

ISBN 978-987-3790-44-7
229 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar



EL DERECHO

La editorial EL DERECHO tiene el agrado de invitar a usted a la presentación de la colección

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

La presentación será coordinada por el Dr. LEANDRO GUZMÁN y el panel estará formado por varios de los autores y los directores de la colección Dres. GABRIEL LIMODIO y GUILLERMO PEYRANO.

Se realizará en la Sala "Alfonsina Storni" del pabellón Blanco de la 43ª Feria Internacional del Libro, el lunes 15 de mayo de 2017, a las 16:30 h.