

## Aplicación de la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo

### Nota a fallo



#### Derechos del padre en la interrupción voluntaria del embarazo

**Orden dada a una mujer de abstenerse de llevar adelante cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo. Medida cautelar solicitada por el esposo. Procedencia.**

- La falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.
- Estando acreditada la verosimilitud del derecho, a lo que se puede añadir que verdaderamente existe un peligro en la demora por el plazo de gestación, es que corresponde hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia, haciendo lugar a la medida cautelar de no innovar y ordenar a la esposa del peticionante que se abstenga de cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo, hasta tanto la cuestión de fondo sea discernida por el procedimiento más acotado que prevé nuestra ley procesal civil con intervención del Ministerio Público de Menores.
- Siendo una medida especial dictada entre cónyuges, lo más propicio es conceder la medida bajo caución personal del esposo, en la cual se comprometa a hacerse cargo de todos los gastos económicos que genere el embarazo, como así también los del parto, y que no sean expresamente cubiertos por la obra social respectiva.

- Al haberse solicitado la medida cautelar, como previa a la interposición de la demanda (art. 197 del Cód. Proc. Civ. y Com.), y dado el tiempo transcurrido desde dicha presentación en primera instancia, corresponde acotar el plazo para deducir la demanda, la que deberá promoverse dentro de los tres días de notificada la presente resolución, bajo apercibimiento de caducidad de la medida cautelar.
- La ley 27.610 debe convivir en armonía jerárquica con el resto de las leyes de superior o igual rango, sancionadas por el Congreso de la Nación y, entre ellas, el Código Civil y Comercial (ley 26.994). Por lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares.
- En el matrimonio, como institución de orden público (art. 12 Cód. Civ. y Com.), los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad, donde ambos deben prestarse asistencia mutua (art. 431 Cód. Civ. y Com.). Bajo ese proyecto de vida en común, el sistema de toma de decisiones, que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal, necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades.
- Desde la concepción, y transitando el embarazo, pueden suscitarse serias diferencias que afecten derechos y generen obligaciones para ambos por igual, algunas descriptas de forma genérica y otras legisladas de forma específica, como el caso de la mujer embarazada que tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de

Continúa en p. 2

#### El aborto, la corresponsabilidad y la coparentalidad



*Ursula C. Basset*

Directora del Centro de Investigaciones de Derecho de Familia. Profesora Titular de Derecho de Familia y Sucesiones. Directora de las Carreras de Especialización en Familia de la UCALP y UCASAL.

**SUMARIO:** I. Un fallo que resuelve una cautelar.— II. La estructura resolutoria del fallo.— III. Una cuestión adicional: estereotipos de género, derechos de la mujer y decisiones.— IV. Las disonancias de la estructura de coparentalidad, género y corresponsabilidad con la Ley de Aborto.— V. La norma que mejor proteja la persona humana.

##### I. Un fallo que resuelve una cautelar

F. está casado en segundas nupcias con M. En los últimos tiempos, la pareja se había reconciliado, después de una corta separación, habían retomado la convivencia. Ambos tienen hijos de relaciones anteriores. Durante esa nueva convivencia, M. le comunica a F. que está esperando un hijo común. F. se entera que M. quiere abortar. Se desespera. Le pide que no lo haga, que él se

hace cargo de su hijo. Con posterioridad se separan de hecho. F. se entera que M. inició el trámite en la obra social para solicitar la cobertura del aborto. Recurre a una abogada y así inicia la historia, que sacude el piso de todas nuestras incoherencias legislativas y de valores del último tiempo en la Argentina. Conmueve, además, las entrañas.

Tiene ecos del caso "Fornerón" (1), que resuenan e interpelan acerca de qué hace Argentina con los padres, qué hace Argenti-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)  
(1) Corte IDH, "Fornerón vs. Argentina" (2012).

Continúa en p. 2

#### San Juan y la creación jurisprudencial de una exigencia para el consentimiento informado



*Mariana Hellin*

Abogada. Maestranda en Derecho Penal y Ciencias Penales (UN Cuyo). Codirectora de la Diplomatura de Perspectiva de Géneros y Bioética Aplicada de la Universidad Champagnat, Provincia de Mendoza. Integrante de la Comisión Redactora de la Campaña Nacional por el Derecho al Aborto Legal, Seguro y Gratuito de Argentina que elaboró el proyecto de ley presentado el 28 de mayo de 2019.

**SUMARIO:** I. Breve relato de los hechos y resoluciones recaídas.— II. Análisis del fallo de Cámara.— III. Conclusiones.

##### I. Breve relato de los hechos y resoluciones recaídas

El 1 de mayo de 2021, la Tercera Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan revocó una decisión de la

jueza del Décimo Primer Juzgado Civil de esa provincia.

Continúa en p. 5

la filiación alegada (art. 665 Cód. Civ. y Com.).

8. - Existe un peligro de que la alteración de la situación de hecho pueda influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución. En este sentido el peligro se encuentra acreditado por la naturaleza de la pretensión que persigue el peticionante referida a la IVE. El tiempo resulta acotado en virtud de las disposiciones contenidas en la ley 27.610, que otorgan un plazo resumido o escueto dentro del período gestacional.
9. - La decisión de rechazar la medida cautelar no contempló el instrumento públi-

co contenido en el informe de la obra social suscrita por su interventor, en el que quedó acreditado, en principio, que el afiliado directo había solicitado para su esposa, en calidad de afiliada indirecta, la práctica para interrumpir el embarazo (IVE), de la que este día después desistió expresamente, solicitándola ella misma con posterioridad en forma personal.

10. - La petición efectuada a la obra social por parte de un afiliado indirecto es un acto voluntario (art. 260 Cód. Civ. y Com.) con la finalidad de someterse a dicha práctica (IVE). Está suficientemente corroborada la veracidad de la situación jurídica por la que atraviesan los cónyuges, en lo

que hace al estado de embarazo y a la voluntad expresa de la esposa de someterse a la práctica de la IVE.

11. - La tecnología nos marca el camino, y lo que otrora fue el papel, hoy es la electrónica. En esta idea los mensajes de *WhatsApp* contribuyen a la formación de los medios de prueba, donde por vía electrónica se produce un intercambio de información, se suscitan conflictos y generan contenidos que eventualmente pueden ser necesarios para la resolución del pleito.
12. - La jueza de primera instancia redujo al extremo la fuerza probatoria de la docu-

mentación que contiene las conversaciones de *WhatsApp*, a pesar de estar certificadas por Escribano Público. Sin embargo, dicha prueba enriquece nuestra convicción y nos persuade que debió haberse tenido en cuenta, ya que bonifica y da cuerpo a lo que se intenta acreditar.

**CCiv., Com. y Minería, San Juan, sala III, 01/05/2021. - S. F. A. c. T. B. M. G. s/ Cautelar.**

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/11548/2021]

Véase el texto completo en p. 7

## Ursula C. Basset

Viene de p. 1

na con los niños en su estado de mayor dependencia, qué significa la responsabilidad parental y qué impacto simbólico tiene esto en los derechos de las mujeres.

El fallo resuelve hacer lugar a la cautelar solicitada por el padre, teniendo en cuenta la verosimilitud del derecho que surge, entre otras constancias, de la solicitud por instrumento público de la madre ante la Obra Social para ser cubierta la realización de la práctica (2), por una parte, y, del emplazamiento del padre respecto del hijo común que se acredita con el acta del matrimonio legalizada (presunciones matrimoniales), por otra parte. El peligro en la demora de que la alteración de la situación de hecho pueda influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución. Se sugiere la aplicación de las reglas de la responsabilidad para resolver los desacuerdos y se indica la necesaria intervención, antes o después, del Ministerio Público.

### II. La estructura resolutoria del fallo

La Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, compuesta por los Dres. Noguera Ramos, Rodríguez y Pérez (Sala III) (3) estructura la resolución del fallo en los siguientes elementos:

#### II.1. La inserción de la Ley de Aborto en un plexo normativo con el que debe convivir

Emulando a las grandes plumas que han tratado de la hermenéutica jurídica en páginas muchas veces olvidadas (4), el fallo vuelve sobre la obligación de interpretar sistemática y analógicamente las instituciones. Dicen en su voto unánime los jueces de la Sala III:

“Sin embargo, esta ley debe convivir en armonía jerárquica con el resto de leyes de superior o igual rango, sancionadas por el Congreso de la Nación, y entre ellas el Código Civil y Comercial (ley 26.994). Por lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares”.

La Ley de Aborto, por más que incorpore cláusulas de orden público, habita un siste-

ma legislativo que está compuesto por tratados internacionales de jerarquía superior y normas de derecho interno, que también conforman el orden público argentino (5). Habita en una cultura jurídica nacional en la que se inserta (6). Habita en hermenéuticas sociales y políticas, como las que propugnan el acceso a la justicia de los más vulnerables y un paradigma protectorio que tutela a los débiles (7).

El art. 3º del Cód. Civ. y Com. establece que: “La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

Hay que ver que la Argentina conoce una cultura jurídica de tutela de la vida humana en sus momentos más frágiles que se remonta a sus raíces identitarias. Ya en nuestro primer Código Civil, Vélez Sarsfield había tomado esta significativa y moderna opción legislativa (8), que supone una impronta: para la Argentina, la vida humana comienza en la concepción.

El Código Civil y Comercial sostuvo esa impronta, que se relaciona con el cuidado especial de la persona débil y dependiente, y que se plasma también en la eliminación de la “*patria potestas*” o patria potestad, convirtiendo lo que era un poder de los padres sobre los hijos, en una responsabilidad para su desarrollo integral. En los fundamentos de Código Civil y Comercial surge prístina esta idea:

“La palabra ‘potestad’, de origen latino, se conecta con el poder que evoca a la *potestas* del derecho romano centrado en la idea de dependencia absoluta del niño en una estructura familiar jerárquica. Por el contrario, el vocablo ‘responsabilidad’ implica el ejercicio de una función en cabeza de ambos progenitores que se manifiesta en un conjunto de facultades y deberes destinados, primordialmente, a satisfacer el interés superior del niño o adolescente” (9).

#### II.2. Corresponsabilidad y coparentalidad como fundamentos del fallo

Uno de los grandes valores jurídicos que encarna el Código Civil y Comercial, y que se

seguimiento social, es decir, la debilidad representativa de la ley en la cultura, porque si la ley pensara que integra el orden público como comunidad de valores imperantes en un momento dado, como lo son las reglas del matrimonio, o el régimen patrimonial del matrimonio, no se vería en necesidad de enunciar expresamente esa integración. Es una forma de asegurarse que la ley se impondrá, y revela el conocimiento de que esa ley no goza de consenso social. Sobre el sentido del término “orden público” en el derecho argentino, lo hemos profundizado en BASSET, Ursula C., “Peculiaridades del orden público en el régimen argentino”, en Revista de Derecho Privado y Comunitario 2007-3, ps. 419 y ss.

trasunta tanto al derecho filiatorio como al derecho de la responsabilidad parental, es la corresponsabilidad y coparentalidad. Ambas estructuras son derechos en forma de trípo-de, pues implican derechos-deberes y obligaciones subjetivos, cuya titularidad involucra a cada uno de los dos progenitores y al hijo.

La corresponsabilidad y la coparentalidad tienen fuerte raigambre constitucional-convenional. La corresponsabilidad integra una corriente tendiente a reforzar los derechos de la mujer. Aparece enunciada en el art. 16, inc. d) de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: “Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial”.

En la Recomendación General 21, la CEDAW señala que:

“Según se dispone en el inc. b) del art. 5º, la mayoría de los países reconocen que los progenitores comparten sus obligaciones respecto del cuidado, la protección y el mantenimiento de los hijos. El principio de que ‘los intereses de los hijos serán la consideración primordial’ se ha incluido en la Convención sobre los Derechos del Niño (res. 44/25 de la Asamblea General, anexo) y parece tener aceptación universal”.

Al mismo tiempo, es un derecho humano fundamental no exclusivo de la mujer, que está en cabeza de ambos progenitores. Así se presenta en el art. 23 inc. 4º, del Pacto de Derechos Civiles y Políticos:

“Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

En el bloque regional, la Convención Americana de Derechos Humanos establece en el art. 17, inc. 4º:

“Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de

(6) BASSET, Ursula - GUASTAVINO, Lucía, “El mandato de cada senador y diputado para discutir el aborto. Un panorama por las Constituciones Provinciales”, publicada en ED, 28/12/2020, p. 1.

(7) En la presentación al Proyecto de Código Civil y Comercial, Ricardo Lorenzetti, Elena Highton y Aída Kermelmajer señalan: “El paradigma protectorio tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. Superando la visión de los códigos decimonónicos, el Proyecto considera a la persona concreta por

derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria de los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos”.

Se advierte, a toda velocidad, que el marco de la enunciación de igualdad de derechos y responsabilidades presupone un equilibrio en la distribución de poderes y el reconocimiento de derechos y deberes a ambos progenitores.

Podría pensarse que se trata de un plexo de artículos que se inscriben en la protección de los derechos de la mujer a tener el mismo poder de decisión que el hombre respecto de los hijos. Sin embargo, la contracara es un largo trabajo del derecho comparado en responsabilizar al hombre por el engendramiento, que, como se produce fuera de su cuerpo, tiene una diferente estructura de apego. En esta línea se inscriben los movimientos doctrinales que llevaron en la Argentina a admitir el reconocimiento prenatal del hijo y establecer una obligación alimentaria a favor del hijo durante el embarazo o incluso a iniciar la acción de reclamación de filiación durante el embarazo.

Por otra parte, están los artículos que visualizan la corresponsabilidad desde los ojos del niño. El niño tiene derecho a su biografía, a su identidad estática y también a su identidad dinámica. Más aún, tiene derecho a que esa identidad estática, siempre que sea posible, preferentemente se ordene en una continuidad respecto de su identidad dinámica. Esta afirmación, votada otrora en forma unánime en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (10), surge evidente de un juego de disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).

En primer lugar, el preámbulo de la CDN (que es pauta hermenéutica de esta), establece: “Teniendo presente que (...) ‘el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento’”.

No debemos ceder a la tentación de suprimir los párrafos que resultan incómodos o

(2) Además de ecografías, análisis y *WhatsApp* protocolizados por escritura pública.

(3) Dictado el 01/05/2021. La Cámara de Apelaciones —en virtud de un recurso de reposición interpuesto por T. B. M. G.— dejó sin efecto la cautelar ordenada y omitió pronunciarse por el resto de los planteos por haber devenido abstractos.

(4) Pienso en Busso y sus precisos comentarios al Código Civil. O en la traducción de Betti, que hiciera José Luis de los Mozos (BETTI, Emilio, “La interpretación de los Actos Jurídicos”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1987).

(5) Al contrario, la inserción expresa de la cláusula de orden público exhibe en su reverso el temor a la falta de

sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital (...) El Proyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”.

(8) En el Código de Vélez Sarsfield el estatuto de las personas por nacer estaba regulado desde los arts. 63 al 69.

(9) Fundamentos del Código Civil y Comercial Argentino, 2014.

(10) XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Tucumán, 2011: “Los niños tienen derecho a que en la medida de lo posible se respete la unidad de todos los estratos de su identidad (genética, biológica, familiar, social y jurídica)”.

de sacrificarlos en favor de una hermenéutica de conveniencia. La proyección interpretativa del preámbulo sobre el todo de la Convención ha sido resuelta favorablemente respecto de este mismo párrafo inmediatamente luego de la sanción de la Convención. Francia e Inglaterra habían propuesto una redacción alternativa que dejara a salvo la práctica del aborto en sus países, que fue rechazada (11). Inglaterra solicitó que precisamente ese párrafo no sirviera de clave interpretativa de la Convención. Se decidió que siempre y en todos los casos los preámbulos son clave de interpretación de los tratados (12).

A la par, el art. 3º, inc. 2º de la CDN establece que los Estados parte “se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres”, para lo que deberán tomar “todas las medidas legales y administrativas”.

El art. 6º establece que todo niño tiene “derecho intrínseco a la vida”. Y que “Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”.

El art. 7º, establece que el niño tiene derecho a “conocer a sus padres y en la medida de lo posible, a ser cuidado por ellos”.

El art. 8º es clave, puesto que establece el “derecho a las relaciones familiares” y a la unidad de todos los elementos de la identidad; y debe leerse en consonancia con el art. 9º, que dispone: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

Con estos antecedentes de indispensable mención, arribamos a las dos claves de bóveda de la coparentalidad en la CDN:

— El art. 9º, inc. 3º pone en cabeza del Estado el deber de garantizar las relaciones con ambos padres: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.

— El art. 18, inc. 1º, establece en cabeza de los padres el deber de ejercer coparentalmente su rol con la finalidad del desarrollo del hijo buscando su interés superior. El Estado resulta garante de favorecer este ejercicio: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del

principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”.

No cabe ninguna duda de que el ámbito internacional tiene un doble abordaje del triángulo parento-filial: desde la corresponsabilidad, como un conjunto de derechos, deberes y obligaciones iguales de los padres en materia de cuidado del hijo; y, desde la coparentalidad, como un derecho del hijo a que ambos padres asuman en ese rol para garantizar su desarrollo e interés superior, y, sobre todo, su “derecho intrínseco a la vida”, que es presupuesto de todo lo demás.

No hay que ceder a la tentación de escamotear cuestiones del debate. A nadie se le escapa que esta estructura de la Convención sobre los Derechos del Niño se aplica en países que habían legalizado el aborto aun antes de la aprobación de la Convención y su ratificación ulterior. El caso de Inglaterra y Francia, que mencionamos antes, evidencia ya la incomodidad de ambos regímenes con el Preámbulo de la CDN, que presupone techos valorativos en colisión que hubo que integrar.

Pero ni Francia ni Inglaterra son Argentina. Argentina, al ratificar la Convención, depositó juntamente con la firma, confirmada luego en el instrumento de ratificación la declaración interpretativa al art. 1º, por la cual entiende que: “Con relación al art. 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad” (13).

¿Qué significado tiene esa declaración interpretativa depositada al firmar y confirmada al ratificar? Es el espectro de validez y vigencia del tratado internacional para la Argentina. Así lo establece la Convención de Viena sobre los Tratados: El art. 2º, inc. 1º, d. lo aclara:

“l’expression ‘réserve’ s’entend d’une déclaration unilatérale, quel que soit son libelle ou la désignation, faite par un État quand il signe, ratifie, accepte ou approuve un traité ou y adhère, par laquelle il vise à exclure ou à modifier l’effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application a cet État” (14).

Es decir, que la Convención sobre los Derechos del Niño entiende por niño al que existe desde la concepción y esa es la extensión en la que se debe leer el art. 1º, CDN (definición de niño) para la Argentina. Por otra parte, el art. 19 del Cód. Civ. y Com. establece que el comienzo de la existencia de la persona humana para el derecho comienza con la concepción (15). Es decir que, durante

el embarazo de la madre y desde la concepción, para el derecho argentino estamos en presencia de un niño, es decir, de un hijo y un nieto.

Todavía más, al triángulo padre-madre-hijo (u otras configuraciones posibles), que existe desde la concepción, debe sumarse el deber de garantía del Estado, según el art. 75, inc. 23 de la CN Argentina.

El art. 75, inc. 23, explicita uno de los techos valorativos más trascendentes del Código Civil y Comercial (16), que es la sensibilidad a los sujetos más vulnerables, más ignorados, más invisibles de la vida social. Esa sensibilidad exquisita, que se expresa en la defensa de la educación pública, el acceso universal a los derechos económicos sociales y culturales, es la que inspira la redacción del art. 75, inc. 23:

“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

“Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia”.

El Código Civil y Comercial recoge este plexo armónico de normas (un poco de paciencia para las disonancias que se señalan más abajo). El fallo en análisis reconoce tres estructuras jurídicas convergentes en este punto:

— El proyecto de vida en común de los cónyuges que obliga a un consenso en las decisiones fundamentales de la vida compartida.

— La cotitularidad de la responsabilidad parental por el hijo y su causa-fin: el cuidado y desarrollo del hijo.

— La coparentalidad en el ejercicio de la responsabilidad parental y sus reglas ante los avatares de la vida común.

En los párrafos relevantes, el fallo que comentamos analiza dichas cuestiones de este modo:

— *Respecto del proyecto de vida en común matrimonial* y el implícito deber de consenso: “Para respondernos, vale recordar que en el matrimonio como institución de orden

público (art. 12, Cód. Civ. y Com.) los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y ambos deben prestarse asistencia mutua (art. 431, Cód. Civ. y Com.). Bajo ese proyecto de vida en común, el sistema de toma de decisiones que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades”. (El argumento sigue...).

— *Respecto de la titularidad de la responsabilidad parental*: “Es claro, como la “voluntad común o el consenso” se proyecta desde las relaciones de familia y la responsabilidad parental (art. 638 y ss. del Cód. Civ. y Com.)”.

— *Respecto del ejercicio conjunto de la coparentalidad en los avatares de la vida*: “En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro. Para estos casos, la solución en principio está en la disposición del art. 642 del Cód. Civ. y Com. (ley 26.994) (...) que regula “El desacuerdo”.

Es sumamente interesante advertir el razonamiento que fluye desde el matrimonio como proyecto, al proyecto de parentalidad, de ahí, a la cotitularidad de derechos, deberes y responsabilidades y, finalmente, hacia la dinámica del ejercicio de la coparentalidad en los avatares de la vida común.

### II.3. La coparentalidad en los avatares de la vida común

La coparentalidad nace en el Código Civil y Comercial con el comienzo de la existencia de la persona humana en la concepción (art. 19), y su contundente legislación correlativa (17).

La coparentalidad debe remontarse al derecho filiatorio. El derecho piensa mecanismos para que el niño, siempre que sea posible, quede vinculado con ambos progenitores. Si la persona comienza en la concepción, desde la concepción tiene tantos derechos como cualquier otra persona, solamente que los ejerce a través de sus representantes legales, que son sus padres (18). En el caso del matrimonio, puesto que la presunción opera desde la existencia de la persona humana, es decir, desde la concepción, se pueden reclamar alimentos desde el embarazo (19) y el padre tiene derechos, deberes y obligaciones que emergen de la paternidad que surge de su presunción operativa desde la concepción y que puede impugnarse para que no resulte la inscripción a su nombre luego del parto (20).

(11) La propuesta alternativa suprimía a la niñez en su estadio prenatal: “Whereas the need for such special safeguards has been stated in the Geneva Declaration of the Rights of the Child of 1924, and has again been recognized in article 25, paragraph 2, of the Universal Declaration of Human Rights and in the statutes of specialized agencies and international organizations concerned with the welfare of children”. “Legislative History of the Convention on the Rights of the Child”, Nueva York y Ginebra, 2007, Vol. 1, p. 61, accesible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf> [consultado 02/05/2021].

(12) “The preamble serves to set out the general considerations which motivate the adoption of the treaty. Therefore, it is at first sight strange that a text is sought to be included in the travaux préparatoires for the purpose, i. e., to form part of the basis for the interpretation of the treaty. Also, it is not easy to assess what conclusions States may later draw, when interpreting the treaty, from the inclusion of such text in the travaux préparatoires. Furthermore, seeking to establish the meaning of a particular provision of a treaty, through an inclusion in the travaux préparatoires may not optimally fulfil the intended purpose, because, as you know, under article 32 of the Vien-

na Convention on the Law of Treaties, travaux préparatoires may only be had if the relevant treaty provisions are in fact found by those interpreting the treaty to be unclear... Nevertheless, there is no prohibition in law or practice against inclusion of an interpretative statement in travaux préparatoires”, “Response of the Legal Counsel to the Request for Confirmation by the Representative of the United Kingdom regarding Preamble Paragraph 6”, par. 9, 9th december 1988, E/CN.4/1989/48. Cf. Office of the U.N. High Commissioner on Human Rights, “Legislative History of the Convention on the Rights of the Child”, Nueva York y Ginebra, 2007, Vol. 1, p. 299, accesible en <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/LegislativeHistorycrc1en.pdf> [consultado 02/05/2021].

(13) Ley 23.849/1990, art. 2º. El Comité de Derechos del Niño tomó nota de la declaración interpretativa argentina al recibir el instrumento de ratificación y deja constancia de ella en la página respectiva, en la que puede leerse: “Reservation and declarations made upon signature and confirmed upon ratification: Reservation: The Argentine Republic enters a reservation to subparagraphs (b), (c), (d) and (e) of article 21 of the Convention on the Rights of the Child and declares that those sub-

paragraphs shall not apply in areas within its jurisdiction because, in its view, before they can be applied a strict mechanism must exist for the legal protection of children in matters of inter-country adoption, in order to prevent trafficking in and the sale of children.”Declarations: Concerning article 1 of the Convention, the Argentine Republic declares that the article must be interpreted to the effect that a child means every human being from the moment of conception up to the age of eighteen”. Consultado el 02/05/2021 en [https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg\\_no=IV-11&chapter=4&clang=en#EndDec](https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtmsg_no=IV-11&chapter=4&clang=en#EndDec).

(14) De la página oficial de la ONU, recuperado el 02/05/2021: [https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch\\_XXI-II\\_01.pdf](https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXI-II_01.pdf). La traducción argentina en la página oficial del gobierno dice: “d) Se entiende por ‘reserva’ una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.

(15) No resulta de aplicación el fallo del a Corte IDH, “Artavia Murillo vs. Costa Rica”, pues aquí no hay distin-

ción intra/extraútero para la concepción. No se trata del reconocimiento de la personalidad jurídica al embrión extraútero, que creemos vigente en el derecho argentino por imperio del art. 19 y porque “Artavia” no puede aplicarse sin más al derecho interno. De todas formas, todo ese debate es completamente ajeno a este otro debate, pues se trata de una concepción en el seno materno.

(16) En los Fundamentos del Anteproyecto se lee: “El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables”.

(17) Art. 21, art. 24, art. 22, art. 574, art. 101, art. 2279, art. 665, art. 592, en forma explícita

(18) Art. 101.— “Enumeración. Son representantes: a) de las personas por nacer, sus padres”.

(19) Art. 665.— “Mujer embarazada. La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada”.

(20) Filiación matrimonial por naturaleza: Se presume, y tanto es hijo, que el padre puede impugnar la paternidad durante el embarazo. Art. 592.— “Impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley. Aun antes del nacimiento del hijo, el o la cónyuge pueden impugnar preventivamente la filiación de la persona por nacer”.

Tal vez las normas que más elocuentemente demuestran este interés en la coparentalidad del Código Civil y Comercial son las que regulan la reclamación de la filiación, cuando solo está determinada la maternidad (21). El resultado de la redacción del art. 583 demuestra una verdadera presión sobre la madre para señalar quién es el padre. Es muy interesante advertir que la estructura de presión sobre la madre tiene como resguardo los derechos del hijo, aunque indirectamente beneficia al padre al que no se le informó de la paternidad. Conviene detenerse en la dureza de las frases:

— “A estos fines, se *debe instar* a la madre a suministrar el nombre del presunto padre (...).”

— “(...) previamente *se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa*”.

(El destacado es nuestro).

Este artículo es sumamente elocuente, pero se inscribe en una corriente de regulación del derecho filiatorio que favorece la determinación de la paternidad del progenitor que no da a luz: a través de presunciones automáticas de paternidad, en parejas del mismo o diverso sexo, a través de reconocimientos que pueden ser prenatales, dando a la posesión de estado el mismo valor que el reconocimiento, permitiendo iniciar la acción de reclamación y los alimentos durante el embarazo, y, como vimos, instando a la madre a indicar quién es el padre.

En la esfera de la responsabilidad parental, la coparentalidad proyecta la sombra de la filiación: ambos padres son cotitulares y corresponsables y deben ejercer su responsabilidad de acuerdo con el interés superior del niño, para su desarrollo integral:

“La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, *para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado*” (art. 638, el destacado es nuestro).

La titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental en caso de separación de hecho se establecen: “b) (...) Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro (...). Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades”.

Ahora bien, del juego de los arts. 638 y 641, se desprenden tres eventualidades más, que son la privación de la responsabilidad parental cuando el ejercicio pone en riesgo al niño, la regulación del desacuerdo de los padres y la necesidad de nombrar un tutor *ad litem* cuando hay un conflicto de intereses entre el interés del niño y los derechos de la madre o el padre:

— *Ante el ejercicio de la responsabilidad parental contrario al interés superior del niño*, cabe la privación de la responsabilidad parental (22): “Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por: (...) c) poner en peligro la se-

guridad, la salud física o psíquica del hijo” (art. 700) (23).

— *Ante el desacuerdo entre ambos padres*, se aplica el art. 642: “(...) cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público”.

— *Designación de un tutor ad litem*: “Corresponde la designación judicial de tutores especiales en los siguientes casos: a) cuando existe conflicto de intereses entre los representados y sus representantes (...)” (art. 109).

Es interesante advertir que de la responsabilidad parental emergen derechos y deberes de los padres: “Son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo” (art. 646). Son dos de los deberes pertinentes en este caso.

Por otra parte, el progenitor que ejerce el cuidado tiene un deber de informar “Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo” (art. 654).

*En síntesis*, el itinerario trazado por el Código Civil y Comercial resulta claro: La madre tiene el deber de informar al otro progenitor sobre el embarazo y sus circunstancias (art. 654), se presume el acuerdo entre ambos padres, pero si el padre se opone a la decisión de la madre, toda vez que goza de la representación natural del niño en la medida en que esté emplazado como padre (en este caso por presunción matrimonial, pero podría ser por reconocimiento prenatal), tiene derecho a iniciar una acción judicial por la vía más rápida prevista por la ley local. Se aplican las reglas del art. 642 (desacuerdo), la obligación de designar un tutor *ad litem* (la madre pierde la representación porque tiene intereses controvertidos con el niño) y la necesidad de intervención del Ministerio Público.

### III. Una cuestión adicional: estereotipos de género, derechos de la mujer y decisiones

La contracara de la “negación del padre” como un poder de la madre resulta del caso “Fornerón vs. Argentina” en el cual la Argentina resultó condenada ante la Corte Interamericana en el año 2012. En el caso, la madre niega al padre que la hija sea de ambos y la da en adopción. El padre reconoce a la hija, pero no logra interponerse en el proceso que desemboca en la adopción porque la justicia lo ignora, lo invisibiliza. El resultado es una adopción que es en sí misma nula, pero que, en interés de la hija, se sostiene. Tanto al padre como a la hija se les “roba” por la intervención del Estado una vida privada y familiar derivada de esta negación del padre.

La Corte IDH en su interpretación de este caso agrega un elemento muy particular: los estereotipos sociales de género que regulan la parentalidad y que no son admisibles de cara al interés del niño. El párrafo que citamos a continuación se refiere a otro fallo con estereotipos, a saber, “Atala Riffo vs. Chile”:

previamente se hace saber a la madre las consecuencias jurídicas que se derivan de una manifestación falsa”.

(22) La indicación no es ociosa. Desde los daños por negligencias de la madre durante el embarazo, pasando por la regulación de los progenitores adolescentes, hasta las medidas protectorias del hijo en los embarazos en que la madre ponga en riesgo a su hijo: son todas cuestiones convergentes que han conocido recepción en las normas y en la jurisprudencia.

(23) Este dispositivo es coherente con la disposición

“Recientemente, la Corte ha señalado que la determinación del interés superior del niño, en casos de cuidado y custodia de menores de edad, se debe hacer a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto negativo en el bienestar y desarrollo del niño según el caso, los daños o riesgos reales, probados y no especulativos o imaginarios, en el bienestar del niño. Por tanto, no pueden ser admisibles las especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre características personales de los padres o preferencias culturales respecto a ciertos conceptos tradicionales de la familia”.

A partir del párr. 91, se desarrolla un capítulo entero dedicado a considerar los estereotipos de género que afectaron los derechos de la niña y su padre. En el análisis que sigue, la Corte Interamericana señala el uso de estereotipos por los cuales el juez argentino habría ignorado al padre como potencial titular de la responsabilidad parental. En el uno de los párrafos señala:

“(...) esta Corte ya ha establecido que una determinación a partir de presunciones y estereotipos sobre la capacidad e idoneidad parental de poder garantizar y promover el bienestar y desarrollo del niño no es adecuada para asegurar el interés superior del niño (...) Las decisiones judiciales analizadas no velaron efectivamente por el interés superior de la niña y por los derechos del padre y se basaron en aseveraciones que revelan una idea predeterminada sobre las circunstancias en las que se produjo su paternidad, y sobre que un progenitor solo no puede hacerse cargo de un hijo”. (Párrs. 99-100).

Debemos pensar que la Corte Interamericana entiende como estereotipo de género la negación de los derechos del padre a ejercer los deberes y derechos de corresponsabilidad, y que estos tienen como telón de fondo una estructura de refuerzo de los derechos de la mujer, ello tanto a nivel global (CEDAW, PIDESC, CDN) como a nivel regional (Corte IDH, CADH).

### IV. Las disonancias de la estructura de coparentalidad, género y corresponsabilidad con la Ley de Aborto

Obviamente, la Ley de Aborto resulta disruptiva respecto de este universo armónico. No es la única estructura con disonancias en el derecho de familia.

La Ley de Aborto supone, en el derecho argentino, una reedición del *vitae necisque potestas* (del derecho de vida o muerte) del que gozaba el *pater familiae* respecto de aquellos que estaban sujetos a su *potestas* en el derecho romano antiguo. Así, la Ley de Aborto, no solamente contraría el espíritu del Código Civil y Comercial respecto de la abolición de la *patria potestas*, sino que, además, supone una reedición del instituto en la cual la madre tiene derechos de decidir la vida y la muerte de su hijo sin dar razones por tres meses y medio, y luego, alegando razones amplias, hasta el nacimiento. Si la ley hubiera previsto una despenalización en vez de un derecho a abortar, el sistema no hubiera crujido como cruje ahora.

El derecho al aborto es tan contrario a los valores que trasunta la “responsabilidad

parental” y de deber de cuidado pensados por el Código Civil y Comercial que, una vez aprobada la ley y en tanto siga vigente (24), se hace urgente e indispensable un equilibrio plausible, un encuadre razonable y proporcionado. Esta interpretación es necesaria por una lógica integración normativa, y porque es una exigencia de la humanización del derecho, sobre todo teniendo en cuenta un paradigma evolutivo de los derechos humanos que ponga al futuro de la humanidad en el centro: ese futuro de la humanidad es la infancia, especialmente, la infancia vulnerable. Si hay un progenitor dispuesto a ejercer el cuidado del hijo, como no hay derechos absolutos, el derecho a abortar debe ceder.

Hay que ver que el derecho de la madre a abortar es más irrazonable, precisamente porque se concede en la situación de mayor indefensión y dependencia del hijo. El derecho de vida y de muerte del derecho romano al menos se concedía sobre personas que podían ejercer alguna resistencia para seguir viviendo. Aquí no: a mayor grado de dependencia y vulnerabilidad, mayor deber de cuidado y protección (es la máxima de la autonomía progresiva). El derecho disonante del aborto invierte esa máxima y da el máximo derecho (el de decidir la muerte) en la mayor indefensión (antes de nacer, cuando el niño tiene la mayor dependencia). Más vulnerables que la madre y más susceptibles de protección que los derechos de las mujeres adultas son los derechos de los niños cuyo interés superior está en la cúspide del ordenamiento jurídico.

Por otra parte, siempre reflexionando sobre la coparentalidad, la corresponsabilidad y las paradojas de la ley, es notable que no regule los abortos forzados. Es un reclamo de la CEDAW (25), que los entiende como una forma de violencia de género. El silencio sobre este tipo de abortos es elocuente y cómplice de estructuras de razonamiento patriarcales. La ley 27.610 regula al detalle y tipifica como delito a quien estorba el aborto, pero no a quien lo fomenta o induce. Es una deuda la tipificación del delito de aborto forzado como y su encuadre como una forma de violencia. Es allí donde está el reencuentro con la interseccionalidad: que los hombres fueren o presionen a las mujeres a abortar para no tener que afrontar el cuidado del hijo común es una trama más antigua que la memoria. Un compromiso sin hipocresías con los derechos de las mujeres existe cuando se mira a todas las mujeres, sobre todo a las que más expuestas están a la soledad y a las que son empujadas a la desesperación.

Una estructura análoga al derecho a abortar es el derecho a veto a la transferencia embrionaria antes de la “implantación” (26). También tiene como trasfondo el mismo escenario de ideas. Alguna jurisprudencia no permite que la mujer se transfiera los embriones remanentes crioconservados luego de la ruptura de la pareja si su exesposo o pareja no está de acuerdo, incluso, desinteresando al padre de su responsabilidad parental ulterior (lo que podría hacerse fácilmente, privando al padre de la responsabilidad parental). Aquí también prevalece, como en el párrafo anterior, una lectura machista del derecho: ante dos derechos equivalentes de la madre y del padre, prevalece el del padre a no ser padre. La perspectiva de género cede ante el padre que tiene primacía para decidir

zar la práctica en determinados supuestos.

(25) General recommendation No. 35 On gender-based violence against women, updating general recommendation No. 19, par. 18.

(26) Debería decir transferencia, la implantación se produce entre 10-13 días luego de la transferencia: “Art. 561: (...) El consentimiento es libremente revocable mientras no se haya producido la concepción en la persona o la implantación del embrión”.

(21) Art. 583. — “Reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada solo la maternidad. En todos los casos en que un niño o niña aparezca inscripto solo con filiación materna, el Registro Civil debe comunicar al Ministerio Público, el cual debe procurar la determinación de la paternidad y el reconocimiento del hijo por el presunto padre. A estos fines, se debe instar a la madre a suministrar el nombre del presunto padre y toda información que contribuya a su individualización y paradero. La declaración sobre la identidad del presunto padre debe hacerse bajo juramento;

la transferencia o no de los embriones que ya fueron concebidos. Tampoco resulta claro qué título invoca el padre, pues si no es padre de esos embriones, cuál sería su derecho... ¿el de copropiedad? En ese caso, debería resolverse aplicando las reglas de condominio con perspectiva de género. En el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica" la Corte IDH remarcó el impacto desproporcionado de discriminación indirecta que existe respecto del mujer en lo relativo a la fertilidad: "Por otra parte, si bien la infertilidad puede afectar a hombres y mujeres, la utilización de las tecnologías de reproducción asistida se relaciona especialmente con el cuerpo de las mujeres. Aunque la prohibición de la FIV no está expresamente dirigida hacia las mujeres, y, por lo tanto, aparece neutral, tiene

un impacto negativo desproporcional sobre ellas" (párr. 299). La decisión que prohíbe la transferencia de los embriones, privilegiando el derecho del hombre a no ser padre por sobre el derecho de la mujer a ser madre, prevalece una estructura patriarcal de razonamiento que supone un impacto desproporcionado sobre la mujer.

¿Cuál es el hilo común? Ya vimos que los derechos de la mujer tienen una defensa zigzagueante.

#### V. La norma que mejor proteja la persona humana

En todos los casos puede advertirse que lo que parece progresista en derechos hu-

Costa Rica, p. 87.

(28) Preámbulo, Declaración de Derechos del Niño de 1959.

(27) HENDERSON, Humberto, "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio *pro homine*", *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 39, San José

### Mariana Hellin

Viene de p. 1

En primera instancia, la magistrada interviniente había rechazado la medida cautelar solicitada por el Sr. F. A. S. que solicitaba se impidiera judicialmente a su esposa —T. B. M. G.— acceder a una interrupción voluntaria del embarazo prevista por la ley 27.610.

Para resolver de ese modo, la jueza entendió que no se encontraban probados los extremos requeridos por la ley procesal para la concesión de una medida cautelar.

Además, como argumento para cuestionar la verosimilitud del derecho invocada, entendió que es contrario a la ley privar a una persona gestante de la posibilidad de ejercer su derecho según lo normado por la Ley de Interrupción Voluntaria del Embarazo, sumado a que el accionante no cuestionó de manera precisa la constitucionalidad de la norma.

Esta decisión fue apelada por el Sr. F. A. S. y, como se anticipó, logró su revocación por parte del tribunal de alzada sanjuanino (1).

La Cámara entendió que sí se encontraban reunidos los extremos propios de una cautelar como la intentada. De manera central fundó la verosimilitud del derecho invocado por el apelante y sostuvo que "estando legalmente casado, le rige la presunción de paternidad establecida en el art. 566 del Cód. Civ. y Com."

Como correlato de esa presunción, se preguntó el tribunal si el presunto "progenitor" tenía derecho a impedir la práctica de la IVE que pretendía efectuar su esposa "sin su consentimiento", o en su caso, si la ley 27.610 "lo despoja de él y le brinda a su cónyuge plena libertad para decidir por sí sola".

Para responder su pregunta, la Cámara sostuvo que en el matrimonio, como institución de orden público, los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común, en el que la toma de decisiones de los aspectos más relevantes en la relación conyugal "necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades... En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos

se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro".

Entendió que, en caso de existencia de disenso en estos temas relevantes, corresponde adoptar la solución planteada por el art. 642 del Cód. Civ. y Com. al disponer que "[e]n caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público..."

Agregó que durante el embarazo "pueden suscitarse serias diferencias que afecten derechos y generen obligaciones para ambos por igual, algunas descritas de forma genérica y otras legisladas de forma específica, como el caso de la mujer embarazada que tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada".

Concluyó el razonamiento afirmando que la falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción "no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo..."

## II. Análisis del fallo de Cámara

### II.1. Aclaración preliminar

Este artículo no se enfocará —al menos de manera primordial— en el encuadre que practicó el tribunal con apoyo en el derecho civil de fondo de nuestro país.

Sin perjuicio de ello, vale destacar de antemano que las categorías allí utilizadas exceden al caso en cuestión y, aún más, resultan inaplicables.

Es lo que sucede cuando el tribunal echa mano a la necesidad de resolver judicialmente el conflicto entre progenitores/as. El art. 642, Cód. Civ. y Com. citado excede el ámbito conyugal que ha pretendido dar sustento a la decisión jurisdiccional. Esto es, se trata de un remedio previsto para personas que comparten la paternidad-maternidad, pero que en nada está asociada a los deberes conyugales sobre los que el tribunal asienta el núcleo de su decisión.

dejó sin efecto la cautelar ordenada y omitió pronunciarse por el resto de los planteos por haber devenido en abstracto. Considero, sin embargo, que es de vital importancia rebatir los argumentos oportunamente

manos corre el riesgo de ser un espejismo, a menos que parta de una coherencia unificadora.

Un verdadero progresismo en materia de derechos humanos es no dar marcha atrás con el estándar más protectorio de la vida humana. Si el padre está dispuesto a aportar ese estándar, siempre es mejor la solución que mejor proteja la persona humana (27).

En este sentido, un último párrafo a resaltar del fallo en análisis es el que postula que: "En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro". La autonomía de la voluntad es un derecho de fuertes. Cuando los fuertes deciden sobre un débil, sobre su derecho a nacer y de-

Algo similar sucede con la figura de alimentos que la persona gestante puede reclamar en función del art. 665 del Cód. Civ. y Com. Se trata de una regulación en la que, en primer lugar, la legitimación activa es de la persona gestante, sin que de ningún modo ello implique dotar de entidad a la vida en gestación ni de la categoría de progenitor al recurrente.

Pero, además, como en el supuesto anterior, de ningún modo es un derecho-obligación ligado a la constitución de un vínculo matrimonial.

De manera que, una vez más, el fundamento de fondo utilizado para privar de entidad al consentimiento de T. B. M. G. se contradice con las normas invocadas para sostenerlo.

En efecto, ambos artículos forman parte del tít. VII del Cód. Civ. y Com. que regula la responsabilidad parental, desprendiéndola de cualquier diferencia relacionada con el vínculo matrimonial o extramatrimonial que le dio origen, lo que, por lo demás, resultaría prohibido por el art. 558 de la norma de fondo.

Sin perjuicio de que, además, para ejercer la responsabilidad parental se requiere la existencia de una persona nacida.

### II.2. Ley 27.610

La ley 27.610 regula la Interrupción Voluntaria del Embarazo —en adelante IVE— y prevé en su art. 4º que "[l]as mujeres y personas de otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir o acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce [14], inclusive, del proceso gestacional..."

Además, de regular a lo largo del articulado las condiciones para su acceso, en su art. 7º expresamente dispone que, previamente a su realización, "se requiere el consentimiento informado de la persona gestante expresado por escrito, de conformidad con lo previsto en la ley 26.529 y concs. y en el art. 59 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. Nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho".

En este sentido, el consentimiento informado por parte de la persona gestante re-

sentados por ese tribunal.

(2) HERRERA, M. - GIL DOMÍNGUEZ, A. - HOPP, C. (dir.), "Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo. Ley 27.610. Atención y cuidado integral de la salud

sarrollarse, su derecho a decidir debe encontrarse su límite en la ordenación de la responsabilidad parental a su causa-fin: el desarrollo integral del hijo y su superior interés.

Más allá de toda discusión sobre cómo debe formularse la integración de normas tan dispares como la que introduce el aborto o el derecho a veto de la transferencia de embriones de uno de los padres, el ciudadano, el personal médico, la madre, el padre, el joven o el abuelo, el juez o la parte que procuren la protección de los miembros más frágiles de nuestra familia humana, nunca andarán descaaminados. En última instancia, "la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle" (28).

Cita on line: AR/DOC/1314/2021

sulta un elemento fundamental a la hora de analizar la Interrupción Voluntaria el Embarazo, tanto desde el plano civil, constitucional, penal, sanitario, administrativo, etc. Este consentimiento, como se verá, es personalísimo y no admite ni requiere complementariedad de ningún tipo.

Se trata de una expresión de voluntad personalísima, que se manifiesta como resultado de un proceso en el que la persona ha recibido información veraz, clara, previa, científica, laica.

Con relación a la IVE, su regulación está enmarcada por la ley 27.610, la ley 26.529 y su dec. regl. 1089/2021 y el Código Civil y Comercial de la Nación (2).

Resaltado este marco normativo, corresponde anticipar que la resolución de la Cámara de Apelaciones de San Juan significó la creación pretoriana de una categoría de consentimiento informado, diferenciada y más gravosa para el caso de que una mujer casada pretenda acceder a una IVE.

Esto es, sin ningún respaldo legal —y aun contra el vigente— el tribunal entendió que el consentimiento informado de una mujer casada no basta para acceder a interrumpir voluntariamente su embarazo, si esa expresión no se "completa" con el consentimiento de su marido, en su carácter de presunto "progenitor".

Esta situación es intolerable en distintos niveles de análisis.

A nivel de las leyes nacionales, como se dijo, la regulación prevista por el art. 7º de la ley 27.610 expresamente remite al marco normativo local, que debe servir de referencia para su interpretación.

En ese sentido, la ley que regula los derechos de las/os pacientes —nro. 26.529— ninguna referencia hace a la necesidad de reunir un consentimiento "complejo" o "complementado" para el caso de prácticas llevadas a cabo por mujeres casadas.

Por lo demás, las remisiones que expresamente hace la ley 27.610 a las normas del Código Civil y Comercial, en orden a la capacidad para prestar el consentimiento en actos médicos, dan cuenta de una serie de cosas.

durante el embarazo y la primera infancia. Ley 27.611", Rubinzal-Culzoni Edit., Santa Fe, 1ª ed. revisada, 2021, ps. 375-376.

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Al momento del cierre de este trabajo, con fecha 05/05/2021, la Cámara de Apelaciones —en virtud de un recurso de reposición interpuesto por T. B. M. G.—

En primer lugar, si la ley regulatoria de la IVE hubiese querido modificar el estándar exigido para prácticas médicas por la norma de fondo, pudo haberlo hecho. La validez de esa regulación pudo respaldarse en el hecho de que se trata de una ley posterior y de una ley especial. Nada de eso sucedió.

Por el contrario, el art. 7° de la Ley 27.610 hizo expresa remisión al art. 59 del Cód. Civ. y Com.

Aún más, cuando existía otra oportunidad de modificar el acceso a las prácticas médicas, como en el caso de personas menores de edad, decidió nuevamente referir al sistema de consentimiento escalonado previsto por el art. 26 del Código de fondo. Así lo hizo en el art. 8, en el que, de más está decir, no introdujo una diferencia para los casos de adolescentes que hayan contraído matrimonio antes de la mayoría de edad.

Sin embargo, la Cámara interviniente agregó un plus de exigencias para el acceso a la IVE de una mujer casada, sosteniendo su argumentación en normas de fondo que sustentan los deberes de progenitores/as respecto de sus hijos/as nacidos/as, independientemente de la existencia o vigencia de un vínculo conyugal.

Finalmente, la última frase del art. 7° que se viene analizando afirma de manera contundente que “[n]adie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho”.

Ha dicho la doctrina reciente que “la interrupción del embarazo es, sin lugar a duda, un derecho personalísimo y, como tal, solo lo puede ejercer la propia involucrada. Este es un principio básico. Ahora bien, esta afirmación tajante se encuentra en tensión en dos supuestos excepcionales... en niñas que no cuentan con madurez suficiente para discernir el acto de que se trata y en personas con una discapacidad severísima que no pueden darse a entender por ningún medio” (3).

Aclarando que, en estos casos, por expreso mandato normativo, el consentimiento no puede tampoco ser sustituido lisa y llanamente; es urgente poner de manifiesto que en el caso en análisis no se da siquiera alguna de las dos situaciones que habilitaría un límite a su efectivización como acto personalísimo.

Es decir, se trata de una mujer mayor de edad con capacidad y posibilidad de prestar un consentimiento válido para una práctica personalísima que, sin embargo, en la mirada del tribunal, posee la *capitis deminutio* de la vigencia de un vínculo conyugal.

En síntesis, la exigencia de la Cámara, si bien no implica una sustitución lisa y llana en el ejercicio del derecho a consentir, sí restringe su acceso al exigir que, para el caso de una mujer casada, ese consentimiento no se tenga por perfeccionado si no se cuenta con el acuerdo del cónyuge.

Cabe hacer una equiparación con el modo en el que la ley nacional de contracepción quirúrgica (ley 26.130) regula el consentimiento de quien va a practicarse una lisis tubaria o una vasectomía.

El art. 2° de esta norma refiere que esas prácticas “están autorizadas para toda persona capaz y mayor de edad que lo requiera formalmente, siendo requisito previo inexcusable que otorgue su consentimiento informado. No se requiere consentimiento del cónyuge o conviviente ni autorización judicial...”

Esto es, no se exige el consentimiento del/la cónyuge para una decisión que implica una regulación definitiva de la posibilidad reproductiva de uno/a de los/as integrantes de la pareja.

Se podrá argumentar en contra de la analogía propuesta que, a diferencia del caso sanjuanino, en el supuesto de una contracepción quirúrgica no existe vida gestacional, sino que, por el contrario, se está evitando la gestación.

En este sentido vale decir que, así como la ley 26.130 regula la posibilidad de evitar gestaciones a futuro, la ley 27.610 permite —con idéntica jerarquía— la interrupción de una gestación en curso.

Es decir, el Congreso de la Nación, al sancionar ambas normas, ha priorizado la autonomía de quien decide sobre su vida reproductiva y no reproductiva, por sobre otros mandatos.

Este estándar fue el adoptado por la reciente legislación argentina y es el que comparten todas las legislaciones mundiales que regulan el aborto con un sistema mixto, que combina un sistema de plazos para abortar en una etapa temprana de la gestación, requiriendo en una etapa posterior la acreditación de determinadas causas.

De esta manera, lo que define el acceso a la práctica en el primer trimestre de un embarazo es la decisión autónoma de la mujer o persona gestante, consentida expresa e informadamente, de conformidad con el art. 7° que se ha analizado.

Esa autonomía es la que el Congreso de la Nación convirtió en ley e hizo primar con la sanción del art. 4°, primer párrafo, de la ley 27.610.

Antes de avanzar, vale realizar una aclaración: ¿lo expresado quiere decir que en el segundo trimestre de la gestación podría exigirse contar con el asentimiento del esposo? Claramente no. Lo que significa es que la decisión autónoma de la mujer o persona gestante deberá ir acompañada por la acreditación de las razones que ella invoque para abortar.

Aclarado el punto y volviendo al eje del argumento, la persona que accede a una IVE lo hace en ejercicio de su autonomía personal.

Y así damos paso a la siguiente parte del cuestionamiento al fallo comentado.

### II.3. Análisis convencional

Hasta aquí se ha venido desarrollando la falta de respaldo normativo, a nivel local, de la decisión adoptada por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan en contra de T. B. M. G.

Cabe analizar ahora cómo la resolución en examen no puede tampoco cumplir con un test de constitucionalidad y convencionalidad.

El principio de autonomía de las personas es un pilar bioético que no puede ser soslayado lisa y llanamente por una decisión jurisdiccional.

La protección legal y convencional de la autonomía —de las personas en general y de las mujeres en particular— choca con la exigencia pretoriana de la Cámara interviniente de exigir el consentimiento del marido para permitir la práctica de la IVE.

En el caso en estudio, el ejercicio de esa autonomía se expresó a través de la solicitud voluntaria y consentida de una mujer de acceder a la interrupción de una gestación en curso, en el marco de la ley vigente.

Sin embargo, el tribunal interviniente entendió que sobre ese consentimiento debía primar un deber conyugal de “consulta” y erigió una exigencia de complementar el asentimiento de la gestante con el de su marido.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aclarado la dimensión del instituto del consentimiento informado en el caso “I. V. vs. Bolivia” (4), resaltando expresamente la vital importancia del concepto en materia de salud.

Si bien se trataba de un caso de esterilización sin consentimiento —y no de una interrupción de gestación—, vale reseñar lo resuelto por la Corte IDH, remitiendo expresamente a las consideraciones ya realizadas respecto a las analogías existentes entre ambas prácticas, en tanto ejercicio de la autonomía personal.

Ha dicho el tribunal que “el consentimiento informado del paciente es una condición sine qua non para la práctica médica, el cual se basa en el respeto a su autonomía y su libertad para tomar sus propias decisiones de acuerdo con su plan de existencia. En otras palabras, el consentimiento informado asegura el efecto útil de la norma que reconoce la autonomía como elemento indisoluble de la dignidad de la persona” (apart. 159).

También consideró la Corte IDH que “el consentir de manera informada respecto a la procedencia de una intervención médica con consecuencias permanentes en el aparato reproductivo como la ligadura de las trompas de Falopio, pertenece a la esfera autónoma y de la vida privada de la mujer, la cual podrá elegir libremente los planes de vida que considere más apropiados, en particular, si desea o no mantener su capacidad reproductiva, el número de hijos que desea tener y el intervalo entre estos” (apartado 162).

Por otro lado, señaló la Corte IDH en el apartado 182 del fallo analizado que “el consentimiento es personal, en tanto debe ser brindado por la persona que accederá al procedimiento” y citó para su fundamentación declaraciones internacionales pertinentes.

Finalmente indicó en ese párrafo que la autonomía de la mujer “implica respetar su decisión de tener hijos o no y las circunstancias en que quiera tenerlos... solo ella será la persona facultada para brindar el consentimiento, y no terceras personas, por lo que no se deberá solicitar la autorización de la pareja ni de ninguna otra persona, para la realización de una esterilización”.

Con la misma contundencia se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU al señalar las obligaciones de respetar, proteger y hacer efectivo el derecho de todas las personas a la salud sexual y reproductiva (5).

En particular dispuso que esa obligación “requiere también que los Estados deroguen, y se abstengan de promulgar, leyes y políticas que obstaculicen el acceso a los servicios de salud sexual y reproductiva. Esto incluye los requisitos de autorización de terceros, como los requisitos de autorización de los padres, el cónyuge y los tribunales para acceder a los servicios y la información en materia de sa-

lud sexual y reproductiva, en particular para el aborto y la anticoncepción...” (apart. 41).

Además de lo categórico de la cita transcrita, se advierte que el propio Comité DESC equipara la anticoncepción y el aborto como prácticas en las que debe primar la autonomía personal.

Por lo expuesto hasta aquí, se estima que la decisión que hoy se comenta soslayó estándares internacionales en materia de autonomía de las decisiones relativas a la salud sexual, reproductiva y no reproductiva y su prohibición de ampliar ese asentimiento a la opinión de terceras personas.

### II.4. Breves preguntas en torno al derecho penal

La formulación en modo interrogatorio de este apartado tiene que ver con que —al momento de escribir estas líneas— no hay noticias de haberse activado la vía penal con apoyo en lo resuelto en el fallo de Cámara que se viene comentando.

Sin perjuicio de ello, corresponde analizar la posible relevancia penal que podría pretenderse derivada del hecho de haberle restado valor pleno al consentimiento informado brindado por la persona gestante que solicitó la realización de una IVE.

En efecto, corresponde analizar que el art. 14 de la ley 27.610 modificó el art. 85 del Cód. Penal, el que quedó redactado de la siguiente manera: “El o la que causare un aborto será reprimido: 1. Con prisión de tres [3] a diez [10] años, si obrare sin consentimiento de la persona gestante. Esta pena podrá elevarse hasta quince [15] años si el hecho fuere seguido de la muerte de la persona gestante. 2. Con prisión de tres [3] meses a un [1] año, si obrare con consentimiento de la persona gestante, luego de la semana catorce [14] de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el art. 86”.

A su turno, el art. 86, Cód. Penal, referido dispone actualmente que “No es delito el aborto realizado con consentimiento de la persona gestante hasta la semana catorce [14] inclusive del proceso gestacional. Fuera del plazo establecido en el párrafo anterior, no será punible el aborto practicado con el consentimiento de la persona gestante...”

Finalmente, el art. 88, Cód. Penal en su nueva redacción expresa que “será reprimida con prisión de tres [3] meses a un [1] año, la persona gestante que, luego de la semana catorce [14] de gestación y siempre que no mediaren los supuestos previstos en el artículo 86, causare su propio aborto o consintiera que otro se lo causare...”

En definitiva, si se adoptara el criterio de relativizar el valor del consentimiento personal que la ley exige como condición necesaria para la realización legal de la práctica, entonces ¿debería resignificarse su alcance? ¿Debería interpretarse que hay espacio jurídico para avanzar en una investigación penal si, contando con el consentimiento de la gestante, no se contara con el consentimiento complementario del cónyuge?

La sola formulación de estos interrogantes deja en evidencia que ampliar los recaudos exigidos para el consentimiento exigido para la IVE implica, lisa y llanamente, una expansión del tipo penal, llevada a cabo pretorariamente por un tribunal provincial.

Lo dicho da cuenta de una flagrante violación a normas constitucionales y convencionales.

(3) HERRERA, M. - GIL DOMÍNGUEZ, A. - HOPP, C. (dir.), “Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo...”, ob. cit., p. 387.

(4) Corte IDH, “I. V. vs. Bolivia”. 30 de noviembre de 2016. Disponible en [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_329\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf).

(5) Comité DESC, “Observación general N° 22 (2016), relativa al derecho a la salud sexual y reproductiva (art. 12 del PIDESC)”, 02/05/2016 Disponible en [https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/Disp-Form.aspx?ID=1022&RootFolder=\\*](https://jurisprudencia.mpd.gov.ar/Jurisprudencia/Forms/Disp-Form.aspx?ID=1022&RootFolder=*)

En primer lugar, se afecta al art. 75, inc. 12 de la CN que deja en cabeza del Congreso la sanción de los códigos de fondo. Como se dijo, un tribunal provincial delimitaría el alcance de una norma penal de fondo, contrariando el principio republicano de división de poderes (art. 1º, CN).

En segundo lugar, implicaría una afrenta al principio de legalidad, garantía con respaldo constitucional-convencional que constituye uno de los ejes que vertebran el sistema punitivo.

Es decir, ese tribunal provincial, que delinea el alcance una norma de fondo, lo

haría ampliando los supuestos típicos al restringir en su interpretación las posibilidades de atipicidad previstas normativamente.

El efecto no explicitado —eventualmente no deseado— de que la decisión de la Cámara de Apelaciones sanjuanina impacte restringiendo el alcance de una norma penal es una nueva razón para propugnar su invalidez.

### III. Conclusiones

Como ha quedado brevemente explicitado, la decisión de la Cámara de Apela-

ciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan de privar de virtualidad jurídica suficiente al consentimiento informado de una mujer para acceder a una IVE carece de sustento normativo y, aún más, es contraria a disposiciones tanto del ámbito local como del constitucional y convencional.

Empeora aún más el análisis la posibilidad de que lo resuelto sea interpretado como una nueva exigencia para acceder a las permisiones previstas por la ley 27.610, agravando de ese modo los tipos penales vigentes en materia de Interrupción Voluntaria del Embarazo.

Ello, como se dijo, no solo afectaría el principio republicano de división de poderes, sino que, además, impactaría de lleno en el principio de legalidad, pilar fundamental del derecho penal.

Decisiones como la que aquí se analiza implican un tutelaje sobre el cuerpo de las mujeres y otras identidades gestantes que resultan inconcebibles en el paradigma de protección integral de los derechos humanos vigente en nuestro país.

Cita on line: AR/DOC/1340/2021

Texto completo de fallo de p. 2

#### 2ª Instancia.- San Juan, mayo 1 de 2021.

Los doctores *Noguera Ramos, Rodríguez y Pérez* dijeron:

La Sra. Jueza del Décimo Primer Juzgado Civil, resolvió: “1. Rechazar la medida cautelar solicitada por el Sr. F. A. S. Costas al actor vencido. 2. Regular los honorarios de los Dres. Zuleta y Lobos, por su actuación profesional en carácter simple, como vencidos y en forma conjunta, en la suma de pesos ... (\$ ...).”

#### Agravios

Nulidad: El apelante, en primer término, plantea la nulidad de la resolución criticada, toda vez que entiende que ha sido dictada sin la intervención del Asesor de Menores conforme lo exige el art. 103, inc. a del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Luego de citar el art. 31 de la Ley Provincial 633-E, sostiene que con evidente desconocimiento del derecho y con alarmante desprecio de los derechos del niño por nacer, la intervención del Ministerio Público ha sido groseramente omitida; por lo cual solicita que se declare nula dicha resolución y se resuelva la cautelar articulada haciendo lugar a la medida de no innovar.

I. Primer Agravio: El apelante, critica el argumento dado por la Sra. Jueza al sostener que dictar una resolución sobre la medida solicitada, a favor de la defensa de los derechos de su hijo no nacido y de sus propios derechos; importa un posible anticipo de la jurisdicción favorable del fallo que hubiere de recaer en la causa principal.

Aclara que lo solicitado con esta medida es simplemente la conservación de un estado de derecho, no pretendiendo que se debatan y resuelvan argumentos que formarán parte de la pretensión principal.

Considera, *a contrario sensu*, que no hacer lugar a la medida argumentando que ... “Tampoco cumplió con el recaudo procesal de indicar por qué se debería impedir a su esposa de ejercer el derecho concedido por la ley argentina (*sic*)”... podría interpretarse como adelanto de jurisdicción desfavorable, máxime cuando la ley procesal no exige tal recaudo para la procedencia de la cautelar solicitada.

Critica, además, el criterio restrictivo para la procedencia de la cautelar aplicado por la magistrada, rigiendo para el caso un criterio amplio que resulta de las normas internacionales que protegen los derechos del niño

y los suyos como progenitor, los que fueron invocados al interponer la medida.

El apelante expone que los recaudos para la procedencia de la cautelar se encuentran establecidos en los arts. 197 y 231 del CPC, por lo que no caben dudas que todos y cada uno de estos requisitos se encuentran acreditados en el escrito inicial y con la prueba obrante en el expediente, por lo que, sostiene, en autos se dan todos los extremos exigidos por la ley de rito.

Expresa que la exigencia del art. 197 del CPC de mencionar la medida que se pide está claramente cumplida en el punto II de fs. 27 vta., donde se solicita la prohibición de innovar hasta que se resuelva la cuestión de fondo, la que pretende preservar la vida del no nacido; y no de impedir el ejercicio de un derecho concedido por la ley argentina a su esposa.

Expone que los extremos exigidos por la ley en el caso de esta medida de no innovar es a los fines de preservar una situación de hecho (el estado gestacional), ya que su modificación convertirá a la sentencia de imposible cumplimiento, además de frustrar de manera definitiva los derechos del menor por nacer y los que le corresponden como progenitor.

II. Segundo Agravio: Lo dirige a la parte del fallo que pone en duda la existencia de su hijo, lo que a su juicio está sobradamente acreditada con la prueba documental que acompaña.

Cuestiona que la magistrada limita arbitrariamente la validez probatoria de instrumentos públicos y privados, especialmente el desconocimiento de la documental y la omisión grosera de la informativa, negando dolosamente informes (D.O.S.) que demuestran la voluntad de llevar a cabo la interrupción del embarazo y se niega a aplicar presunciones legales expresamente consagradas. Todo lo que la llevó a concluir en forma errada que no existió verosimilitud del derecho.

III. Tercer Agravio: El apelante se agravia del tratamiento y la mención que realizó la Sra. Jueza en la sentencia sobre la omisión del planteo de inconstitucionalidad de la ley nacional N° 27.610.

En su queja aduce que no resulta necesario hacerlo en los alcances de una medida cautelar, con cita del art. 402 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Analiza el contenido del art. 638 del Cód. Civ. y Com. de la Nación en conjunción del art. 19 del mismo cuerpo legal, para concluir que los padres deben respetar el interés su-

perior del niño. En ese sentido, dice que la ley N° 27.610 no ha modificado ni alterado el régimen de obligaciones parentales.

Desarrolla los fundamentos de la aludida inconstitucionalidad. Cita doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación referida a la declaración de inconstitucionalidad de las normas de oficio. También cita tratados y convenciones internacionales. Resalta que la ley invocada por la jueza de grado tiene grandes vacíos legales.

IV. Cuarto Agravio: Le agravia la posición que adoptó la jueza respecto de la conducta de los letrados referida al diligenciamiento de los oficios sobre la medida para mejor resolver que emitió previo al dictado del fallo. En este sentido dice que todos los oficios fueron diligenciados el mismo día viernes 23/04/2021 por vía electrónica, conforme se comprometió el Juzgado, de manera que no existió demora, ni mucho menos negligencia de los letrados.

El apelante ejerce una defensa de la actuación de los profesionales que lo asisten en la causa.

Reitera que la Jueza debió centrar el análisis de los requisitos para la procedencia de la cautelar en los derechos que se pretenden resguardar y no en los que pudieran afectarse.

Por último, expone que el rechazo de la medida cautelar solicitada implica poner en peligro inminente la pérdida de sus derechos y los de su hijo por nacer, la que no puede subsanarse con posterioridad.

El último agravio se refiere a la condena en costas, al solicitar se revoquen e impongan a su esposa.

Formula reserva de derecho.

#### Tratamiento del recurso

Nulidad

Preliminarmente corresponde que nos expidamos sobre el planteo de nulidad relativa esgrimido por el solicitante, relacionado con la falta de intervención del ministerio tutelar a través del Asesor de Menores en los términos del art. 103 inc. a del Cód. Civ. y Com. de la Nación, de los arts. 31 y 32 inc. a de la ley provincial 633-E.

Entendemos que, en virtud de la naturaleza de la medida cautelar que fuera solicitada en nombre de los derechos de F. A. S. como progenitor y de los derechos de su hijo no nacido, nos encontramos en una etapa preliminar a la sustanciación de un proceso, que por su objeto es de trámite restringido.

Teniendo en cuenta ello, la actuación del Asesor de Menores debe ser solicitada en la tramitación de ese proceso, y dada la premura en que debe resolverse esta medida cautelar, dicha intervención puede ser requerida con posterioridad y durante el trámite del proceso que contenga la pretensión de fondo.

Por lo expuesto, corresponde rechazar el pedido de nulidad relativa de la resolución dictada el 26/04/2021 planteado por F. A. S. en virtud de la urgencia que exige el tratamiento de la medida cautelar solicitada.

#### Agravios

En relación a los agravios referidos a la procedencia de la medida cautelar, entendemos que la presente se encuadra en una medida de no innovar, contenida en el art. 231 de nuestro Código Procesal, que exige tres requisitos a saber: 1) que el derecho sea verosímil; 2) exista el peligro de que si se altera la situación de hecho o derecho, la modificación pueda influir en la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible; y 3) la cautela no pudiese obtenerse por medio de otra medida precautoria. A su vez el artículo 197 del CPC establece que las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda. Requerida anticipadamente, no significa que la cautelar sea considerada como un proceso independiente del principal, sino que solo se trata de autonomía de procedimiento, sin dejar de lado que ello importe una medida accesoria o instrumental del proceso.

En este caso, el solicitante ha requerido el dictado de una medida cautelar antes de interponer la demanda, conforme lo permite la norma recién mencionada, sin perjuicio de los efectos que puedan producirse a posteriori para el caso. Por lo que se debe tener presente, la sanción dispuesta en el art. 209 del CPC para el hipotético caso de que la demanda no sea iniciada dentro de los 10 días de su traba.

Ahora, corresponde analizar los recaudos que exige el artículo 231 del CPC. En relación a la verosimilitud del derecho, en la presente causa se encuentra probado con el acta de matrimonio que F. A. S. y M. G. T. B. revisten el carácter de cónyuges. Sobre ello, la Jueza interviniente no dio por probado el estado de gestación con la ecografía presentada como prueba.

Sin embargo, podemos adelantar que en su decisión cercenó el valor probatorio del expediente presentado en la Obra Social Provincia, aduciendo que “solo se trata de una expresión unilateral de voluntad del propio peticionante”... “por lo que nada prueba respecto de tercero”.

Redujo al extremo la fuerza probatoria de la documentación que contiene las conversaciones de WhatsApp, a pesar de estar certificadas por Escribano Público. Sin embargo, dicha prueba enriquece nuestra convicción y nos persuade que debió haberse tenido en cuenta, ya que bonifica y da cuerpo a lo que se intenta acreditar.

La tecnología nos marca, y lo que otrora fue el papel, hoy es la electrónica. En esta idea los mensajes de WhatsApp contribuyen a la formación de los medios de prueba, donde por vía electrónica se produce un intercambio de información, se suscitan conflictos y generan contenidos que eventualmente pueden ser necesarios para la resolución del pleito.

Este análisis, le valió a la Jueza para sostener que no existe verosimilitud del derecho alegado por F. A. S., como tampoco peligro en la demora con relación a la situación de hecho y derecho invocado.

La decisión de rechazar la medida cautelar, no contempló el Instrumento Público contenido en el informe de la Obra Social Provincia suscrito por su interventor, en el que quedó acreditado en principio, que el día 09/04/2021 el afiliado directo F. A. S. había solicitado para su esposa en calidad de afiliada indirecta, la práctica para interrumpir el embarazo (IVE).

Sin embargo, consta en el informe, que el día 19 de abril del mismo año, desistió expresamente del pedido, requerimiento que es acogido por Decreto N° 0655-73. Por otra parte, surge que en fecha 20/04/2021, obra en los registros de la institución, el ingreso por mesa de entrada de la nota número 813-002918-20 21 iniciado por M. G. T. B. solicitando la I. V. E. en forma personal como afiliado indirecto.

En virtud de ello, las dudas comienzan a disiparse con el informe emitido por D.O.S., el que se encuentra agregado en el expediente en la hoja 46, antes del dictado de la sentencia. Este contribuye a interpretar la voluntad de interrumpir el embarazo de parte de M. G. T. B. y se ve plasmada en lo que consideramos como “probatio probatissima” para el dictado de esta medida cautelar.

Da cuenta el informe, que se acompañó prueba documental, y entre ellas, el presupuesto del costo de la práctica mencionada, análisis y certificaciones médicas con el pedido del profesional de la IVE.

Resalta el interventor que aún la Obra Social Provincia no autorizó la práctica, en tanto se encuentra en trámite el dictado del acto administrativo hasta que se evalúe la documentación presentada, y de ser necesario —dice— se le requerirá la faltante.

La información brindada en este instrumento público ha estado ausente de toda la valoración, análisis o examen en la sentencia que rechaza la medida cautelar.

La petición efectuada a la D.O.S. por parte de un afiliado indirecto es un acto voluntario (art. 260 Cód. Civ. y Com. de la Nación) con la finalidad de someterse a dicha práctica (IVE).

Al contrario de lo que se resolvió, consideramos que está suficientemente corroborada

la veracidad de la situación jurídica por la que atraviesan F. A. S. y M. G. T. B., en lo que hace al estado de embarazo y a la voluntad expresa de la cónyuge de someterse a la práctica de la IVE.

Analizados los agravios, cabe decir en primer término que el apelante estando legalmente casado, le rige la presunción de paternidad establecida en el art. 566 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Dicho esto, corresponde analizar con detenimiento si el progenitor está o no en condiciones de impedir, en el contexto de una medida cautelar, que se altere el estado de hecho con el fin de resguardar sus derechos como tal.

La ley 27.610 que regula el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, es un cuerpo normativo que se enmarca en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional y en todos los Tratados, Declaraciones y Convenciones internacionales ratificados por la República Argentina que se mencionan en el artículo tercero del mencionado cuerpo legal.

Sin embargo, esta ley debe convivir en armonía jerárquica con el resto de las leyes de superior o igual rango, sancionadas por el Congreso de la Nación, y entre ellas el Cód. Civ. y Com. de la Nación (ley 26.994). Por lo tanto, debe ser interpretada y aplicada a la luz de las previsiones más estrechamente vinculadas en materias idénticas o similares.

Bajo esta hermenéutica y ya, sobre el análisis propio de la pretensión cautelar, cabe preguntarse si el presunto progenitor tiene o no derecho a impedir la práctica de la IVE que pretende efectuar su esposa sin su consentimiento, o en su caso, si la Ley 27.660 lo despoja de él, y le brinda a su cónyuge plena libertad para decidir por sí sola.

Para respondernos, vale recordar que en el matrimonio como institución de orden público (art. 12 Cód. Civ. y Com. de la Nación) los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia, el deber moral de fidelidad y ambos deben prestarse asistencia mutua (art. 431 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Bajo ese proyecto de vida en común, el sistema de toma de decisiones que hace a los aspectos más relevantes en la relación conyugal, necesita de forma imperativa de la confluencia de ambas voluntades.

Es claro, como la “voluntad común o el consenso” se proyecta desde las relaciones de familia y la responsabilidad parental (art. 638 y ss. del Cód. Civ. y Com. de la Nación) hasta las relaciones patrimoniales (arts. 456 y 469 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Sin embargo, así como se ha legislado sobre esos aspectos de la vida conyugal que necesitan del consenso, del mismo modo esta instituido un mecanismo judicial para encauzar las más variadas desavenencias de importancia que se pueden presentar durante la vida conyugal en todas sus facetas.

En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos

se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro.

Para estos casos, la solución en principio está en la disposición del art. 642 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (Ley 26.994), en sintonía con su predecesor el art. 264 ter del Código de Vélez, que regula “El desacuerdo”.

Esta norma dispone que: “En caso de desacuerdo entre los progenitores, cualquiera de ellos puede acudir al juez competente, quien debe resolver por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los progenitores con intervención del Ministerio Público...”

Desde la concepción y transitando el embarazo, pueden suscitarse serias diferencias que afecten derechos y generen obligaciones para ambos por igual, algunas descripta de forma genérica, y otras legisladas de forma específica, como el caso de la mujer embarazada que tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665 Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Para este caso particular, entendemos que la falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción, no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo.

El segundo de los requisitos se refiere al peligro de que la alteración de la situación de hecho pueda influir en la sentencia o convertir en ineficaz o imposible su ejecución. En este sentido el peligro se encuentra acreditado por la naturaleza de la pretensión que persigue F. A. S. referida a la IVE. El tiempo resulta acotado en virtud de las disposiciones contenidas en la ley 27.610, que otorgan un plazo resumido o escueto dentro del período gestacional.

Por lo tanto, estando acreditada la verosimilitud del derecho descripta en los párrafos precedentes, a lo que se puede añadir que verdaderamente existe un peligro en la demora por el plazo de gestación, es que corresponde hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia, haciendo lugar a la medida cautelar de no innovar y ordenar a M. G. T. B. que se abstenga de cualquier práctica que tienda a interrumpir voluntariamente el embarazo, hasta tanto la cuestión de fondo sea discernida por el procedimiento más acotado que prevé nuestra ley procesal civil con intervención del Ministerio Público de Menores.

Contracautela: De acuerdo a lo dispuesto por el codificador en el art. 201 del CPC, las medidas precautorias se decretan bajo la responsabilidad de la parte que la solicita, quien debe dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar.

Ahora bien, siendo una medida especial dictada entre cónyuges, entendemos además que, lo más propicio es conceder la medida bajo caución personal del esposo, en la cual se comprometa hacerse cargo de todos los gastos económicos que genere el embarazo, como así también los del parto, y que no sean expresamente cubiertos por la obra social respectiva.

A tal fin, el apelante, una vez notificada la presente, deberá concurrir personalmente a esta Sala Tercera de la Cámara Civil, munido de su DNI, a los fines de prestar en secretaría la mencionada caución.

Proceso Principal: Al haberse solicitado la medida cautelar como previa a la interposición de la demanda (art. 197 del CPC) y dado el tiempo transcurrido desde dicha presentación en primera instancia (21/04/2021), corresponde acotar el plazo para deducir la demanda, la que deberá promoverse dentro de los tres (3) días de notificada la presente resolución, bajo apercibimiento de caducidad de la medida cautelar.

En el mismo sentido y encontrándose en juego derechos fundamentales de las personas, el proceso principal deberá sustanciarse de acuerdo al procedimiento estipulado en el art. 675 del CPC.

Teniéndose en cuenta estas circunstancias, corresponde mantener vigente la habilitación de días y horas inhábiles a los fines de la tramitación de este procedimiento cautelar.

Costas: En relación al pedido de imposición de costas a M. G. T. B., estimamos que no corresponde que se impongan las mismas al momento de decretar o denegar una medida cautelar. Ello es así, entendiendo que las costas generadas en el pedido de medidas precautorias siguen la suerte de las del proceso principal, porque el triunfador en el pleito original hubo de considerarse con derecho para peticionar medidas cautelares destinadas a asegurar la efectivización de su reclamación, aun cuando el afectado con la medida no hubiera intervenido ni se hubiese opuesto.

En razón de dicho criterio, no rige la doctrina según la cual, la omisión de pronunciamiento implica que lo son en el orden causado, pues el criterio que rige el caso específico de las cautelares es que deben serle impuestas a quien resulta vencido en el juicio principal, lo cual, por lo general impide una decisión de este tipo al momento de decretarla.

Por ello, los doctores *Noguera Ramos, Rodríguez y Pérez* resuelven: I. Hacer lugar al recurso de apelación deducido por F. A. S., en consecuencia, revocar la resolución dictada el 26/04/2021 en las hojas 48/51. II. Ordenar, como medida cautelar de no innovar, a M. G. T. B. se abstenga de realizar cualquier práctica que tienda a interrumpir el embarazo hasta tanto la cuestión de fondo sea resuelta. III. Fijar como contracautela la caución personal de F. A. S., en los términos expresados en el considerando correspondiente, quien deberá concurrir a la sede de este Tribunal a dicho fin. IV. Intimar a F. A. S. para que, en el término de tres (3) días a partir de la notificación de la presente, interponga la demanda correspondiente al proceso principal, bajo pena de caducidad de la medida cautelar decretada. V. Habilitar días y horas inhábiles a los efectos de la tramitación del procedimiento cautelar. VI. Oficiar por secretaría del Tribunal a la D.O.S. y al Ministerio de Salud Pública de la Provincia a fin de que tomen conocimiento de la presente resolución. Protocolícese, hágase saber y dese copia autorizada, bajen los autos. — *Juan C. Noguera Ramos. — Sergio O. Rodríguez. — Juan C. Pérez.*