

XXVI JORNADAS DE
DERECHO CIVIL

**COMISIÓN N° 8: “ALIMENTOS Y COMPENSACIÓN
ECONÓMICA”**

**PONENCIA: “EMBARAZO, ALIMENTOS Y ACCESO
A LA JUSTICIA”**

PRESENTADA POR:

CONDE, MARÍA VICTORIA - DNI N° 25.226.225

IMAS, VERÓNICA - DNI N° 21.923.244

Introducción:

Nos hemos propuesto analizar a partir de dos fallos –uno anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación y otro posterior a esta– el instituto del derecho a alimentos de la persona por nacer, el que se forjó a partir de la realidad que se presentaba con las nuevas formas de pensar la familia. Es dable destacar la importancia de su consagración legal dado que los alimentos durante el desarrollo del embrión deben ser comprendidos como el primer eslabón en la preservación de la vida por resultar imprescindibles en la conformación de su estructura personal¹.

Si bien en la actualidad, ya encuentra regulación en el art. 665 del Código Civil y Comercial de la Nación, se presentan ciertas aristas o situaciones que no se han establecido en forma expresa, que nos invitan a reflexionar conjuntamente a todos los operadores judiciales. Algunas son de índole jurídica y otras vinculadas a la situación real de cada mujer embarazada al momento de decidir entablar o no un reclamo por alimentos, puesto que deviene necesario analizar el impacto que puede generar en su emocionalidad y subjetividad la exposición a un proceso judicial. Todo ello, teniendo en miras y como principal horizonte, la protección psicofísica de la mujer embarazada y la del nasciturus.

Jurisprudencia analizada:

Un fallo novedoso para ese momento, del 6 de agosto de 2008, del Tribunal Colegiado de Familia de la 5ta. Nominación de Rosario² resolvió procedente el reclamo de alimentos provisorios de la madre en representación de su hijo por nacer contra el marido que había abandonado el hogar conyugal durante el embarazo de su esposa. El Tribunal sostuvo que si bien la persona por nacer es incapaz, puede adquirir derechos a través de su representante legal, en este caso, la madre. El Tribunal enmarca su decisión como una medida cautelar innovativa.

El derecho a la prestación alimentaria de la persona por nacer no estaba expresamente regulado en el Código Civil de aquel momento. Sin embargo, ya se encontraba tutelado en el plexo de tratados internacionales con jerarquía constitucional al dictarse la sentencia.

¹ Millán, Liliana Luján – Staropoli, María del Carmen. “Los alimentos del niño en gestación ante el incumplimiento del progenitor no conviviente. El deber del Estado después de la Convención”. Cita Online: AR/DOC/4367/2012. Publicado en DFyP el 01/09/2012.

² “G.B.P. c. M.H.H s/Alimentos”, 6/08/2008 Tribunal Colegiado de Familia 5ta. Nominación de Rosario.

Claro que, a partir de dicha decisión, se plantea un interrogante: ¿qué sucedería si la persona naciera sin vida? ¿o si se interrumpe el embarazo en forma provocada o espontánea?... La madre... ¿tendría la obligación de devolver lo que recibió en concepto de alimentos? Entendemos que no corresponde dado que los mismos tuvieron por objeto cubrir las necesidades básicas directamente vinculadas con la gestación del niño y el hecho de que la criatura nazca sin vida, no constituye un fundamento suficiente para reclamar el reintegro de lo percibido puesto que no se advierte ningún tipo de aprovechamiento ni enriquecimiento sin causa por parte de la mujer embarazada. La única consecuencia inmediata sería el cese de la cuota alimentaria.

El segundo fallo, del 14 de septiembre de 2015, dictado por la Cámara de Apelaciones de Concordia³, encontrándose ya vigente el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN), confirmó los alimentos provisorios fijados a favor de una persona por nacer. Tal decisión se basó en el reconocimiento expreso del art. 665 del CCCN, al establecer que la mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada. Aquí, a diferencia del fallo anterior, no está controvertido el derecho alimentario de la persona por nacer, sino lo que se objeta es la extensión del mismo en cuanto a la cuantía fijada en la instancia de grado, siendo calificada por la actora como insuficiente para satisfacer las necesidades básicas que le demandan su avanzado estado de embarazo y la proximidad del alumbramiento, sumado a que se encuentra desempleada.

Se entiende que, en este caso, los alimentos son pedidos por la mujer embarazada por derecho propio, y no en representación de la persona por nacer. Despejando de esta manera las dudas que se pudieron presentar antes de la reforma del Código.

El Código se focaliza en la vulnerabilidad de las mujeres que se encuentran en especial situación de cursar un embarazo y, por eso, reconoce que ellas son las principales destinatarias de la obligación alimentaria más allá de que ello también beneficia a la persona por nacer. Esta es la principal diferencia sustancial entre el nuevo Código y los escasos precedentes jurisprudenciales que muestra nuestro repertorio nacional.

Ahora bien. A pesar de estar previsto en el nuevo Código el derecho de la mujer embarazada a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada, nada se establece respecto de la extensión del mismo; tampoco sobre la prueba sumaria requerida

³ "G.M.G. c/G., J.A. s/Medida Cautelar Alimentos Provisorios", 14/09/2015 Cámara de Apelaciones de Concordia.

para acreditar el vínculo cuando la mujer embarazada no se encuentra casada, es decir, ante situaciones en que el niño pudo haber sido engendrado fruto de una unión convivencial no registrada o de alguna relación de noviazgo sin convivencia de por medio o relación ocasional.

Abordaremos a continuación algunas de las cuestiones que pueden suscitarse:

a) Prueba para justificar el reclamo:

Interrogante que genera: ¿cuál podría ser prueba suficiente para acreditar la verosimilitud del derecho?

En el caso de niños engendrados durante el matrimonio no habría demasiado inconveniente respecto de la prueba, puesto que con acompañar acta de matrimonio, la libreta matrimonial y un certificado de embarazo, a priori serían suficientes puesto que también operaría a su favor –de reunirse los requisitos-, la presunción legal establecida en el art. 566 del CCCN.

Respecto de las uniones convivenciales registradas, debería acreditarse la constancia de su inscripción ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas como así también un certificado de embarazo, entre otras pruebas.

Se torna un poco más dificultosa la prueba, ante situaciones en que el bebé fue engendrado durante una relación de noviazgo, ocasional o unión convivencial no registrada que tal vez pudo también haber cesado. Es aquí, donde cobran relevancia todas las medidas que puedan producirse en aras a lograr cierta convicción en el juez de que ese niño pudo haber sido engendrado por el presunto progenitor a quien la mujer embarazada le reclama alimentos.

Consideramos que, tratándose de medidas urgentes y a los efectos de la prueba es menester la demostración del vínculo pero en los casos de los supuestos reseñados en el párrafo precedente, habría que demostrar la convivencia a la época de la concepción–conforme la presunción del art. 585 del CCCN- o la relación existente con el progenitor alegado de la que pueda inferirse el mantenimiento de relaciones sexuales.

Se sabe que la prueba irrefutable de la paternidad es imposible para un niño durante el embarazo, por el peligro que entraña cualquier investigación intrauterina para la vida en gestación, de modo que los alimentos del prenatal cabrían admitiéndose todo tipo de pruebas, resultando suficientes los indicios a la época del embarazo, con amplitud total, fotos, testigos, cartas y en caso de duda, debería aplicarse el “favor minoris” y “favor alimentorum”.

Parte de la doctrina entiende que lo dispuesto por el art. 665 del CCCN comprende los diferentes supuestos de mujer embarazada: casada (en convivencia o separada de hecho), divorciada o soltera, en unión convivencial o sin una relación estable⁴. Es justamente, a este último grupo el más vulnerable, al cual se pretende que esta normativa tenga también aplicación, aunque en la práctica la faz probatoria resulte compleja.

Es así que ciertos doctrinarios consideran que en estos casos de prueba compleja, es necesario la concurrencia de dos presupuestos: 1) la verosimilitud en el derecho y 2) el peligro en la demora. Respecto del primer presupuesto se enfatiza en que abarca tres aspectos: a) la existencia de un vínculo entre el actor y el demandado que dé lugar al derecho de alimentos, b) la necesidad de quien los solicita (que comprende la justificación de la falta de recursos suficientes y la imposibilidad de obtenerlos) y c) la posibilidad del demandado de proporcionarlos⁵.

b) Quantum de la prestación alimentaria:

Interrogante que genera ¿cuáles serían los rubros que debería cubrir esta obligación alimentaria especial?

Entendemos que si la Convención de los Derechos del Niño ha ponderado como emblema de la niñez el Interés Superior del Niño que para el Estado Argentino universaliza la protección de todas las personas por nacer desde la concepción como también lo reconoce nuestra Constitución, entonces el nasciturus tiene derecho a una prestación alimentaria destinada a satisfacer las necesidades primordiales (cuidado prenatal, estudios preventivos de enfermedades del niño, internaciones, entre otros).

Algunos autores, entre ellos, Julio L. Gómez⁶, sostiene que el contenido de la cuota debe satisfacer lo que se precise para el buen curso del embarazo de la madre.

⁴ Silva, Cristina I. "Derecho alimentario a la mujer embarazada", en Grosman, "Alimentos a los hijos y derechos humanos" ps. 159 y ss.

⁵ Bigliardi, Karina; Lopes, Cecilia; Pietra, Luciana y Robledo, Leandro. "Alimentos provisorios para el hijo por nacer, en Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia N° 26, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 185.

⁶ "Alimentos de la persona por nacer en el Código Civil y Comercial". Cita Online: AR/DOC/1585/2015. Publicado en DFyP 2015 del 13/07/2015.

Ciertos doctrinarios⁷, sostienen que debería ser abarcativa de los gastos de manutención, habitación, vestimenta, salud y parto.

Y también se sostiene que debería cubrir todo lo esencial para satisfacer las necesidades básicas de la mujer en el momento particular del embarazo: alimentación, alojamiento, vestimenta, gastos médicos y del parto.

Es dable destacar, la situación de desamparo del niño en gestación dado que presenta desde su naturaleza una mayor vulnerabilidad en tanto que es persona -en vías de desarrollo- por su estado de indefensión “per se” y porque en ese proceso de crecimiento dependen exclusivamente de la madre.

Es por ello, que nuestra Constitución ha entendido que debe procederse a su asistencia desde la concepción para ser una tutela integral.

El fallo de la Ciudad de Rosario mencionado más arriba, confirma que el monto fijado como cuota de alimentos provisorios a favor de la mujer embarazada es suficiente para cubrir los costos de las necesidades básicas e indispensables del niño por nacer, mientras esté gestándose en el seno materno, y los que se demanden en oportunidad de su nacimiento, dado que es una asignación de carácter dineraria transitoria y provisional, tendiente a satisfacer mínimamente las necesidades básicas e impostergables. Además de fijar una cuota alimentaria fija, se otorgó por mandato de la sentencia de primera instancia, la cobertura de Obra Social a favor de la accionante.

c) Nacimiento con vida

Interrogante que se genera: una vez nacido el niño ¿debería entablarse una nueva demanda de alimentos?

Entendemos que tratándose de una misma y única persona -aquella por nacer y la ya nacida-, siendo la misma persona la legitimada al reclamo -la progenitora- y la misma obligación alimentaria de igual causa fuente, consideramos que sería innecesaria la promoción de una nueva demanda si el niño que nació fue engendrado estando vigente el matrimonio y aplicable la presunción de paternidad.

⁷ Bossert, Gustavo A., “Régimen jurídico de los alimentos”, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2004, punto 220 y Famá, María Victoria, “La filiación”, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2011, Capítulo VI, punto II.

A nuestro criterio, sería viable la interposición de la que tenga por objeto la modificación de la cuota por haber variado los presupuestos de hecho que fueron tenidos en cuenta al establecerla.

Ahora bien, para los casos de niños engendrados durante una unión convivencial registrada, no registrada, relación de noviazgo u ocasional, en estas situaciones sería necesaria la promoción de una demanda por filiación y la petición de alimentos provisorios para el nacido.

Para seguir pensando y reflexionando...

A modo de cierre del presente trabajo, quisiéramos compartir ciertas situaciones que se nos han presentado en diversas consultas, vinculadas a realidades de ciertas mujeres embarazadas ante las que no sólo debería pensarse en una solución en términos jurídicos sino también en la subjetividad y puesta en juego de la emocionalidad de las mujeres que transitan ese momento particular.

En la práctica cotidiana, se están presentando a la consulta del profesional abogado, mujeres que habiéndose enterado de la modificación en el actual Código Civil y Comercial de la Nación, quieren reclamar una cuota de alimentos durante su embarazo. Cuando se trata de noviazgos o relaciones ocasionales, la dificultad en probar sumariamente se presenta como un obstáculo al ejercicio del derecho constitucional.

Datos de la casuística muestran que no en todas las ocasiones tienen posibilidad de presentar testigos, ni mails, ni prueba suficiente como para demostrar que hubo entre las partes cierto trato cercano, conocimiento del embarazo por parte del presunto progenitor y relaciones sexuales entre ellos, entre otros aspectos.

Muchas veces la noticia del embarazo es la que genera una ruptura y alejamiento por parte del presunto padre, y la mujer queda en una situación emocional muy difícil de elaborar sola. En ocasiones la misma crisis conlleva que se deshagan de mails, cartas o todo tipo de pruebas. Si la relación no estaba establecida, quizás no cuenten con testigos.

Ello nos genera cierta inquietud de continuar pensando y reflexionando acerca de qué posibles alternativas existirían ante estas realidades.

Y nada de esto es reemplazado por la situación económica que la mujer ostente, quizás no adolezca de posibilidad de solventar necesidades básicas, pero sí se encuentre limitada en su vida cotidiana si no cuenta con la ayuda económica del otro partícipe y también responsable del embarazo.

Con lo cual se nos genera otro interrogante de si realmente sólo ante una situación económica muy vulnerable podría reclamarse esta prestación, o podría ser independiente de ello, teniendo en cuenta que cada caso es diferente y habrá quienes pueden sostenerse hasta el nacimiento y quienes requieren quizás incluso una terapia para continuar con el embarazo en forma saludable para sí y para el niño por nacer.

Por otra parte, y quizás en contradicción de lo antedicho, también consideramos importante evaluar hasta qué punto los operadores del derecho están en condiciones de llevar a las mujeres embarazadas a reclamos judiciales o extrajudiciales que conllevan generalmente situaciones de estrés, en una etapa en la cual en realidad debería ser transitada con tranquilidad y lo más alejada posible de los conflictos propios de estos litigios.

Veamos por ejemplo el caso de “Laura”, que ha mantenido una relación de corta duración con un compañero del trabajo, “Gastón” ambos nuevos en dicho empleo, y cuando ella queda embarazada él reacciona con asombro y le pide que efectúe un aborto. Ante dicha situación, ella entra en una crisis emocional y debe pedir una licencia laboral por un tiempo para poder reponerse y resguardar su estado de salud. Al regresar al ambiente de trabajo, se entera que su “ex” ha estado difundiendo noticias que ella considera violatorias de su intimidad y ofensivas ya que aquel hombre ha diseminado dudas respecto a su paternidad y le atribuye a ella el haber tenido encuentros con algún otro del mismo entorno laboral. Según Laura, Gastón ha estado consiguiendo adeptos que lo respalden en el estado anímico en contra de ella que ha quedado como “la mala de la película”.

Todo esto ha minado cualquier expectativa de “reconciliación”, perjudicado la posibilidad de permanecer trabajando juntos y, sobre todo, ha abierto en ella la necesidad de iniciar acciones judiciales o, en su defecto, remitir intimaciones extrajudiciales para que cese con dicha difamación y ataque en su honra.

Continuar trabajando desde lo jurídico, con una persona en condiciones de alta exposición y profunda humillación ante sus compañeros, encontrándose embarazada de 5 meses, es un tema complicado ya que se necesitaría contar con algún apoyo del mundo psi para saber si estamos ayudándola a ejercer sus derechos o a embarcarse en una guerra poco saludable para sí misma y para el niño en camino.

¿Debemos ocuparnos de ver si se trata de una verdadera necesidad económica? ¿una necesidad moral? Entonces, ¿qué hacemos con los planteos que se vienen avecinando? Ponerlos en su lugar, lo que podría querer decir limitarlos sólo a los casos, precisamente, límite; ó receptar los reclamos y hacer o intentar hacer valer las pretensiones?

Quizás, así como en temas de violencia familiar y otros, se trabaja con equipos interdisciplinarios que se ocupan de evaluar el nivel de riesgo y la interacción familiar, podría trabajarse del mismo modo en estos casos de mujeres embarazadas a la hora de determinar si es verosímil el relato a los fines de establecer alimentos.

Es decir, cuando una persona denuncia violencia, el primer informe que evalúa el nivel de riesgo, da cuenta de la verosimilitud de los hechos denunciados que ayuda al Juez a tomar la decisión de establecer, entre otras medidas de protección, la cuota de alimentos provisorios.

Una propuesta de esta ponencia es organizar algún mecanismo similar para los casos en que ante las situaciones mencionadas y con las complicaciones que venimos recordando puedan ser tenidas en cuenta a la hora de necesitar recurrir a la Justicia, es decir, para hacer efectivo el Acceso a la Justicia por parte de las mujeres embarazadas.

Sabemos que son situaciones diferentes, el flagelo de la violencia tiene particularidades propias y riesgos que deben atenderse inmediatamente; y no podemos dejar de sentir y pensar que la mujer embarazada en infinidad de situaciones también corre riesgos e incluso es víctima de violencia, cuando no física, lo es económica y psicológica. Por ello, aún ante los casos en que no estén dados, en principio los requisitos para ser tomada la denuncia por violencia, la situación de vulnerabilidad amerita que se tomen recaudos y se atienda la temática con el apoyo e interacción de un equipo interdisciplinario de profesionales que pueda dar respuesta y contención en tiempo y forma.

Conclusiones y Propuesta

Con la incorporación de este derecho en el nuevo Código, -los alimentos a favor de la mujer embarazada-, no sólo se protege a ésta sino también a la persona por nacer, cumpliéndose de ese modo con la manda constitucional-internacional como lo es satisfacer el derecho de toda persona a un buen desarrollo, cobrando especial relevancia la satisfacción de las necesidades que se susciten previas al parto.

Con la regulación de este instituto, también se ha intentado dar cumplimiento con otra manda constitucional-internacional que es la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

No obstante ello, ya hemos desarrollado en los párrafos precedentes que cuando la mujer se encuentra casada, la petición y efectiva satisfacción es más sencilla, pero cuando aquélla no se encuentra unida en matrimonio, se torna más difícil su cumplimiento por la complejidad probatoria. Sin perjuicio de ello, el legislador asumió el compromiso constitucional-internacional de receptar las herramientas legales necesarias para que la obligación alimentaria pueda ser satisfecha.

Por ello la propuesta que presentamos respecto a organizar un mecanismo de trabajo interdisciplinario que permita tener en cuenta a todas las mujeres embarazadas que buscan un efectivo Acceso a la Justicia.