



_COLUMNA DE OPINIÓN

Los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional

Antonio Boggiano

Los tratados sobre derechos humanos deben regirse por su derecho propio, esto es, el derecho internacional. Tal obviedad podría mitigarse considerando nuestra Constitución Nacional. Ella confiere a los tratados sobre derechos humanos, a los que hace referencia en su art. 75, inc. 22, jerarquía constitucional. Por muchas vueltas hermenéuticas que se les dé, las palabras de la Constitución Nacional tienen una sola lectura: esos tratados, siendo tratados, tienen el mismo rango y jerarquía normativa que la Constitución. No pueden tener rango más alto. Ni más bajo. Tienen rango constitucional. Tienen nada menos que esa alcurnia. Ni más que ese abolengo. Son tan fundamentales como la Ley Fundamental. Y tan magnos como la Carta Magna.

Dicho lo cual parecería muy poco lo que debería agregarse. Pero sí hay algo fundamental que trataremos seguidamente, porque no ha sido considerado por doctrina alguna.

La *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana en la ciudad de Bogotá en 1948, *no es un tratado*.

En las condiciones de su vigencia tiene jerarquía constitucional.

Ahora bien, no tiene vigencia en el derecho internacional. Por ello tiene jerarquía constitucional argentina, *no como*

CONTINÚA EN PÁGINA 5

La reforma al derecho penal sexual

MÁXIMA TAXATIVIDAD LEGAL Y EQUIPARACIÓN DE CONDUCTAS SEXUALES ANÁLOGAS

Gustavo E. Aboso

SUMARIO: I. Introducción: El cambio de paradigma en el campo del derecho penal sexual.— II. La ley 27.352 y la reforma de los delitos sexuales: Individualización de las vías de acceso carnal y sus conductas análogas mediante el uso de una parte del cuerpo u objetos.— III. Balance final.

➔ La reforma del art. 119 del Código Penal introducida por la ley 27.352 reguló una modalidad agravada de acceso carnal cometido mediante actos análogos que consisten en la introducción de partes del cuerpo u objetos por las vías vaginal y anal. En esa hipótesis ha continuado con la política criminal expansiva que se viene desarrollando en el ámbito de los delitos sexuales, ya que esa conducta quedaba atrapada anteriormente en el párrafo segundo del art. 119 del Código Penal, que castiga el abuso cometido por sometimiento sexual gravemente ultrajante.

I. Introducción: El cambio de paradigma en el campo del derecho penal sexual

La regulación de los delitos sexuales ha sido por siempre el campo de ensayo del grado de eticidad del sistema jurídico. En un primer momento, el paradigma adoptado respecto de los delitos sexuales estuvo influido por un concepto marcadamente moralizador que categorizó como delito el adulterio, dejando plasmado en su materia de prohibición la concepción masculina que guió la tipificación de esos delitos. Al mismo tiempo, el bien jurídico tutelado se identificó con la *honestidad sexual*, es decir, con la inexperiencia en el tráfico sexual, lo que condujo a sostener que la persona que ejercía la prostitución no podía ser candidata natural para ser tutelada por el derecho penal sexual (1).

También los esbozos torpes de una dominante perspectiva masculina se proyectaron en la redacción del art. 119 del Código Penal argentino al equiparar el acceso carnal con la introducción del órgano sexual masculino en su homólogo femenino, lo que condujo a sostener que únicamente el hombre podía ser sujeto activo de ese delito, mientras que la mujer quedaba confinada al papel de mera víctima.

Otra consecuencia indeseada de esa exégesis puramente misógina se proyectó en la discusión sobre la calidad de sujeto pasivo del cónyuge en el delito de violación por parte de su marido, ya que este podía ejercer su derecho de concubito, incluso mediante el uso de violencia (2). En ese sentido, Núñez expresó: “La fidelidad sexual constituye uno de los elementos de la institución matrimonial. Los esposos están obligados a guardarse fidelidad, sin que la infidelidad del uno autorice al otro a proceder del mismo modo, y cada uno de ellos tiene derecho a que el otro cónyuge le sea sexualmente fiel”. (3)

Sin embargo, esta postura fue siempre minoritaria en la doctrina, en donde se aceptó la calidad de sujeto pasivo del cónyuge en el delito de violación (4), cuestión que también fue receptada en la doctrina (5) y la jurisprudencia (6) extranjeras.

Por su parte, el papel preponderante dado al concepto de “obsceno” en la regulación de los delitos sexuales, en especial respecto de las conductas punibles de distribución de pornografía y exhibiciones públicas, se integra en el citado marco moralizante en el que se desarrolló la política criminal de esa época, y que no era otra cosa que la postura misógina imperante durante buena parte del siglo XX, en el que la mujer tenía vedado ejercer su derecho de su-

fragio, acceder al trabajo o la educación, o administrar su propio patrimonio, secuelas todas ellas de una sociedad patriarcal en el que la mujer tenía asignada la función maternal.

Ese concepto de “honestidad” se integraba con valoraciones de naturaleza moral, religiosa y social que actualmente han quedado en desuso, por ejemplo, la desincriminación del delito de adulterio o la modificación del delito de estupro, en cuanto a la falta de necesidad de que el sujeto pasivo fuese *mujer honesta* (7). Como ya aclaraba Garraud a principios del siglo pasado, en los tiempos modernos la ley en general no castiga más los actos que constituirían vicios ante los ojos de la ley moral, o pecados ante los ojos de la ley religiosa. La separación del derecho de la moral y la religión es una de las características principales de la legislación del siglo XIX (8).

Esa ausencia de perspectiva de género no fue sólo patrimonio cultural de nuestro país. En el derecho comparado pueden citarse casos en donde esa concepción pervivió durante mucho tiempo, por ejemplo, la punición de la homosexualidad entre adultos en el Código Penal alemán, como la constitucionalidad de la punición del incesto en esa legislación (9). El bien jurídico protegido de los delitos sexuales estaba íntimamente emparentado con una moralidad fuertemente influenciada por la religión y el modelo decimonónico de familia que condujeron a reprimir la homosexualidad entre hombres adultos (10). En ese país, la reforma de los delitos sexuales tuvo que esperar más de un siglo a contar desde el Código Penal de 1871 (11). Como lo

CONTINÚA EN PÁGINA 2

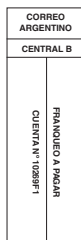
COLUMNA DE OPINIÓN. Los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional
Antonio Boggiano..... 1

DOCTRINA. La reforma al derecho penal sexual. Máxima taxatividad legal y equiparación de conductas sexuales análogas
Gustavo E. Aboso..... 1

NOTA A FALLO. Los alimentos debidos por los abuelos en el Código Civil y Comercial
Claudio A. Belluscio..... 6

JURISPRUDENCIA
ALIMENTOS. Cuota provisorio. Obligación que no puede imponerse a los abuelos. Capacidad de los progenitores (CNCiv.)..... 5

DAÑOS POR DIFUSIÓN DE IMAGEN. Publicación en una revista deportiva de imágenes en las que aparecería el accionante. Derecho de admisión en estadios de fútbol. Información de tipo general en donde intervienen particulares en cuestiones de interés público. Rechazo de la pretensión. Art. 31, incs. 2 y 3 de la ley 11.723 (CNCiv.)..... 11



CORREO ARGENTINO CENTRAL B
FRANQUEO A PAGAR CUENTA N° 10888-1

La reforma al derecho penal sexual

● VIENE DE TAPA

advierde Albrecht, la reforma de los delitos sexuales en Alemania durante las décadas de los '60 y '70 estuvo influida por una fuerte descriminalización, una mayor protección basada en los bienes jurídicos, la eliminación de la moral del derecho penal, sumadas a las dudas sobre los efectos de la pena, la necesidad de su desestigmatización y limitación.

La identificación del concepto material del bien jurídico en las infracciones sexuales con la honestidad demostró en el curso del tiempo su anacronismo, ya que existía un lote de acciones que afectaban la libertad sexual de un modo equivalente a la del acceso carnal mediante la introducción del órgano sexual masculino. Por ejemplo, el sexo bucal o *fellatio in ore* fue juzgado como un mero abuso deshonesto, lo mismo ocurría con la introducción de objetos por las vías vaginal o anal. Esas hipótesis fueron catalogadas como casos de violación impropia, en donde la amenaza de pena quedaba reducida a la prevista para el mero abuso sexual.

Esta visión falocrática de la sexualidad humana y su correlativo positivismo jurídico fue cediendo espacio y fuerza en el ámbito social hasta el presente cuando tuvo lugar la primera reforma significativa en el marco de la regulación de los delitos sexuales. La ley 25.087 (1999) modificó de manera sistemática la tipificación de los delitos sexuales, comenzando por la propia concepción del bien jurídico, que dejó atrás la disfuncionalidad de la honestidad sexual como objeto de tutela penal por la más moderna de integridad sexual.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, "Comentario del tomo III del Tratado de Eusebio Gómez", *La Ley*, Buenos Aires, t. 32, p. 1084; GONZÁLEZ ROURA, O., "Derecho penal. Parte especial", t. III, Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1922, p. 88; URE, Ernesto. J., "Once nuevos delitos", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 72; RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, "Derecho penal", t. II, Madrid, 1949, p. 261. En contra de esta posición, ABOSO, Gustavo, "Derecho penal sexual", Bdef, Montevideo-Buenos Aires, 2014, p. 74; SOLER, Sebastián "Derecho penal argentino", Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, 4ª ed., 10ª, reimpr., actualizador Manuel A. Bayala Basombrio, Tipográfica, t. III, p. 308; VERA BARROS, O.N., "Sistema legal de clasificación de los delitos. Delitos contra la honestidad. Bienes jurídicos protegidos", *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Córdoba, Año XXI, enero-junio, Nº 1-2, Córdoba, 1957, p. 173; DONNA, Edgardo, "Delitos contra la integridad sexual", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2005, 2ª ed., ps. 25 y 72; BUOMPADRE, Jorge, "Tratado de derecho penal. Parte especial", Astrea, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., t. I, p. 426; AROCENA, Gustavo, "Delitos contra la integridad sexual", *Advocatus*, Córdoba, 2001, ps. 44 y ss.; REINALDI, Víctor, "El delito de violación: Aspectos controvertidos", *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, 2000, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, p. 301; DE LUCA, Javier A. - LÓPEZ CASARIEGO, Julio, "Código Penal y normas complementarias, Análisis doctrinario y jurisprudencial", David Baigún y Eugenio Raúl Zaffaroni (dirección), Marco A. Terragni (coordinación), Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2008, 1ª edición, t. 4, Artículos 97/133, Parte Especial, ps. 93 y 94; SPROVIERO, Juan H., "Delito de violación", Astrea, Buenos Aires, 1996, ps. 104 y ss.; GARONA, José I. - BONELLI, Mauro B. - GARCÍA MORITÁN, Nino T., "Violación. Estupro. Abuso deshonesto", Ed. Lerner, (LÓPEZ BOLADO, J. D. Dir), Ed. Lerner, Buenos Aires, 1971, ps. 38 y ss.; VILLADA, Jorge L. "Delitos contra la integridad sexual. Análisis dogmá-

De esa forma, el bien jurídico *integridad sexual* podía responder de manera adecuada a los cambios sociales que se habían producido en la sociedad respecto de la sexualidad y cómo debía resguardarse normativamente esa libertad sexual en un Código Penal moderno. La integridad sexual debió ser entendida en adelante como un interés socialmente aceptado y digno de protección mediante la amenaza de pena que abarcaba en su seno dos aspectos importantes: por un lado, la integridad sexual presupone el ejercicio de una libertad en el tráfico sexual, reflejo de la autonomía personal amparada por el art. 19 de la Constitución nacional. Esa autodeterminación sexual de la persona mayor de edad expone de manera prístina la importancia asignada a la libertad personal en el sistema axiológico sobre el que descansa nuestro ordenamiento jurídico. Por el otro, las personas incapaces para ejercer esa libertad o autodeterminación sexual, sea por condición etaria o psíquica, también aparecían como destinatarios de la tutela penal al protegerse su indemnidad sexual. En síntesis, la autodeterminación como la indemnidad sexual surgían en el horizonte normativo de los delitos sexuales como formas más acabadas y refinadas de tutela penal (12). De esa manera, la función de interpretación de los tipos penales asignada al concepto de bien jurídico y la determinación de los límites de su ámbito de aplicación respecto de los delitos sexuales habían quedado mejor definidas al dejar atrás el lastre de la moralidad.

Como dijimos en otro lugar (13), la denominación "integridad sexual" utilizada actualmente por el Código Penal argentino permite identificar todas las agresiones dirigidas contra la libertad, indemnidad y desarrollo de la sexualidad del sujeto pasivo en una dimensión más amplia y que se relaciona directamente con la autonomía y dignidad inmanente de la persona humana (14). Cualquier conducta ajena que interfiera en el ámbito del pautado desa-

rollo psico-biológico de la sexualidad del individuo o desconozca el contenido de su libido ingresa en el campo de la represión penal (15).

Sin embargo, la reforma introducida por la ley 25.087 dejó subsistente un viejo problema de interpretación que concitó ingentes esfuerzos por parte de la doctrina y la jurisprudencia para definir el sentido y el alcance del concepto de acceso carnal. Mientras que el art. 119 del Código Penal integraba ese concepto de acceso carnal con la conjunción perfecta o no del órgano sexual masculino con la cavidad femenina y la llamada violación contra natura o acceso anal, la citada ley 25.087 había realizado un avance considerable al juzgar que ese acceso carnal debía ser valorado como una de las formas típicas de agresión sexual, en las que el sujeto activo no debía ser necesariamente identificado con el hombre y, en cambio, se abría la posibilidad de admitir a la mujer como sujeto activo de ese delito mediante la figura de la autoría mediata o la coautoría.

Sobre ese particular, no resulta ocioso citar el precedente del Tribunal Supremo español en torno a la aplicación de la autoría mediata en un caso de violación. De acuerdo a los hechos probados, una mujer obligó a otra a mantener relaciones sexuales con un varón, que desconocía la situación coactiva por la que atravesaba la víctima, y así se representó que tal relación sexual había sido consentida, atribuyéndole a aquélla la calidad de autora mediata (16).

También la mencionada coautoría funcional, es decir, la forma de autoría caracterizada por la existencia de acuerdo común, división de tareas y un aporte esencial en la fase de ejecución del delito por parte de los intervinientes, ha sido aplicada a la hipótesis de la figura de la violación, en donde la mujer puede ejercer la violencia típica, mientras se lleva a cabo el acceso carnal de la víctima por otro coautor (17). Ese supues-

to de actuación conjunta ha sido previsto como una causal de agravación de la pena por el art. 119, párr. cuarto, inciso d), del Código Penal.

Así, pues, el delito de violación, que fue considerado por la concepción decimonónica como un delito de propia mano que sólo podía ser cometido por el hombre, pasó a ser un delito común, en donde el género del sujeto activo carecía de singularidad y se extendía el ámbito de tutela penal hacia otros comportamientos que revestían igual grado de lesividad del bien jurídico, sin atender al género del autor.

Más allá de lo loable de esa reforma introducida por la ley 25.087, decíamos que había quedado pendiente de resolver una cuestión que había sido de modo paradigmático el resorte del cambio legislativo, es decir, si la agresión sexual mediante la introducción del órgano sexual masculino en la boca de la víctima debía ser o no equiparado a una agresión sexual agravada por acceso carnal. La doctrina y la jurisprudencia nunca problematizaron seriamente el hecho de que los accesos carnales por vía vaginal y anal representaban las formas clásicas y más lesivas de una agresión sexual. Justamente, uno de los motivos por los cuales el legislador fue impelido a modificar de modo sustancial la regulación de los delitos sexuales fueron precisamente los fallos de algunos tribunales que habían calificado de abuso sexual la penetración bucal de la víctima, en detrimento de la admisión de una verdadera agresión sexual por acceso carnal (18). Como el art. 119 del Código Penal había dejado al arbitrio del juzgador definir el sentido y el alcance del concepto de acceso carnal, esa situación fue el caldo de cultivo para que los tribunales se enfrascasen en una lánguida discusión sobre si el acceso carnal por vía bucal o *fellatio in ore* debía ser juzgado o no como una violación en sentido propio (19). Claro que como telón de fondo de esa discusión no estaba sólo en crisis la mayor o menor amplitud del concepto de bien jurí-

tico, victimológico y criminológico. Situación en el derecho comparado vigente", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2000, p. 66; SUÁREZ RODRÍGUEZ, Carlos, "El delito de agresiones sexuales asociadas a la violación", Aranzadi, Navarra, 1995, ps. 278 y ss.; GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Derecho penal sexual y reforma legal", REPCP 07/04. En la doctrina judicial alemana, BGH 4 StR 79/01, sentencia del 20/3/01 (LG Magdeburg); BGH 2 StR 517/08, sentencia del 10/12/08 (LG Bonn); BGH 3 StR 214/01, sentencia del 11/7/01 (LG Düsseldorf).

(2) DÍAZ, Emilio C., "Código Penal para la República Argentina", Librería La Facultad-Juan Roldán y Cía., Buenos Aires, 1928, 3ª ed., p. 208; SOLER, Sebastián "Derecho penal argentino", t. III, p. 309, aunque sí la admitía cuando se trata de actos no alcanzados por el débito conyugal.

(3) NÚÑEZ, Carlos, "Tratado de Derecho penal", Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1988, 2ª reimpr., t. III, vol. II, Parte especial, p. 213.

(4) JOFRÉ, Tomás, "El Código Penal de 1922. Concordancias, bibliografía, jurisprudencia, comentarios", Valerio Abeledo Editor, Buenos Aires, 1922, p. 227; DONNA, Edgardo, "Delitos contra la integridad sexual", ps. 70 y 71; CLEMENTE, José Luis, "Violación, estupro, abuso deshonesto", Marcos Lerner Editora Córdoba, Córdoba, 1995, ps. 33 y ss., 36; id., "Abusos sexuales", Ed. Marcos Lerner, Córdoba, 2000, ps. 136 y 137; AROCENA, Gustavo, "¿Violación en el matrimonio? (Apostillas para el estudio de la cuestión)", *Ley, Razón y Justicia*, Revista de Investigación en Ciencias Jurídicas y Sociales, Año 2- Nº 4, agosto de 2000-enero de 2001, 2000, ps. 116 y ss.; KÜPPER, Georg, "Strafrecht. Besonderer Teil 1. Delikte gegen Rechtsgüter der Person und Gemeinschaft", 3. Aufl., Springer, 2007, § 3/72; SERRANO GÓMEZ, "Derecho penal. Parte especial", Dykinson, 2000, 5ª ed., p. 196; BGH 1 StR 78/00, 11/4/00 (LG Hechingen).

(5) LENCKNER, Theodor, "Das 33. Strafrechtsänderungsgesetz - das Ende einer langen Geschichte", NJW 42/1997, ps. 2801 y ss.; RENZIOWSKI, Joachim, "Das

Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz - 1. Teil", NSTZ 8/1999, ps. 377 y ss.; MAURACH, Reinhart - SCHROEDER, Chr. - MAIWALD, Manfred, "Strafrecht. Besonderer Teil", Teilband 1, 9. neu bearb., Aufl., C. F. Müller, 2003, § 17 VII 38.

(6) STS, Sala de lo Penal, Nº 216/2007, del 20/3/07; Nº 40/2007, de 26/1/07; ATS, Nº 2078/13, del 21/2/13.

(7) TERRAGNI, Marco Antonio, "Tratado de Derecho penal", t. II, Parte especial I, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 392. Una exposición contraria a los nuevos valores de la sexualidad y la desmoralización del Derecho penal puede verse en PREISER, Friedrich "Wie weit sollte das Sittlichkeitsstrafrecht reformiert werden?", ZStW 82, pp. 655 y ss.

(8) *Traité théorique et pratique du Droit Pénal Français*, L. Larouse, Paris, 1901, deuxième édition, t. V, 1799. En nuestros días esa visión es compartida por RASSAT, Michele-Laure, "Droit pénal spécial. Infractions des et contre les particuliers", Dalloz, Paris, 1999, 2ª ed., 423 (444).

(9) BVerfG 2 BvR 392/07 (Zweiter Senat), sentencia del 26/2/08 (OLG Dresden/AG Leipzig). Al respecto, LA-GODNY, Otto, "Basic Rights and Substantive Criminal Law: The Incest Case", *The University of Toronto Law Journal*, vol. 61, Nº 4, *Constitutionalism and the Criminal Law* (Fall 2011), ps. 761 y ss.

(10) GÖSSEL, Karl Heinz, "Das neue Sexualstrafrecht. Eine systematische Darstellung für die Praxis", De Gruyter Recht, Berlin, 2005, pp. 1 y ss.

(11) SCHROEDER, Christian, "Die Revolution des Sexualstrafrechts 1992-1998", JZ 1999, pp. 827 y ss.; Ame-lung/Funcke-Auffermann, "Die erneute Reform des Sexualstrafrechts - 1. Teil", StraFo, 2004, ps. 114 y ss. Como explican estos autores, recién en 1973, la 4. StR modificó los delitos sexuales en el Derecho positivo alemán. La vigencia del principio de lesividad desterró para siempre los delitos basados en cuestiones meramente morales de una sociedad ya superada. En particular, el § 175 del StGB alemán reprimía lisa y llanamente las relaciones homosexuales entre hombres, siendo impunes las relaciones entre mujeres, extremo que demuestra la

fuerte carga moral de una época, en donde la moralidad se metía entre las sábanas, por un lado, mientras que las relaciones sexuales entre mujeres ni siquiera eran tenidas en cuenta desde esa misma perspectiva moralista. Mucho después, en 1997, el delito de violación abarcó las relaciones matrimoniales, ya que nuevamente el paradigma moral vigente hasta hace muy poco tiempo consideraba que el débito conyugal era una obligación que podía exigirse de manera violenta dentro del matrimonio.

(12) Esa orientación interpretativa del bien jurídico tutelado es la que ha seguido la regulación de los delitos sexuales en el Código Penal español, en su Título VIII, del Libro Segundo, denominado "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales".

(13) ABOSO, Gustavo, G.A., "Derecho penal sexual", ps. 60 y ss.

(14) STS, Sala VI, Correc., Sala VI, causa Nº 28.940, "Rocca Clement, M. y otro s/ procesamiento", rta. 29/5/06.

(15) STRATENWERTH, Günter, "Schweizerisches Strafrecht. Besonderer Teil I: Straftaten gegen Individualinteressen", 5. Aufl., Stämpfli Verlag, Bern, 1995, § 7, p. 138, en donde explica que el bien jurídico integridad sexual toma en cuenta básicamente dos intereses: la libertad de la determinación sexual y el normal desarrollo sexual del menor de edad.

(16) ABOSO, Gustavo "Algunas consideraciones doctrinales sobre la regulación de las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal español, con especial referencia a la introducción del concepto de autor mediato en el delito de violación propia. (A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo español de 2 de noviembre de 1994)", *Cuadernos de la Cátedra*, Revista de Ciencias Penales, t. A-2000, ps. 1 y ss.

(17) STS, Sala de lo Penal, Nº 1787/12, del 20/3/12.

(18) ABOSO, Gustavo, "Derecho penal sexual", ps. 224 y ss.

(19) ABOSO, Gustavo A., "Derecho penal sexual", ps. 225 y ss. La jurisprudencia argentina se manifestó

dico penalmente tutelado y el principio de legalidad, sino que en el aspecto práctico la amenaza de pena era sensiblemente significativa en uno u otro caso: mientras que la sanción prevista para el abuso sexual autorizaba la libertad durante la sustanciación del proceso y la posibilidad de obtener la imposición de una pena que permitiese la ejecución condicional de la condena; en la hipótesis de la violación impropia, como era juzgada la penetración bucal, esa posibilidad era nula.

Sin embargo, en el debate parlamentario se diluyó la excelente ocasión para definir de manera clara, y así cumplir con el mandato de máxima taxatividad de la ley penal, si la penetración bucal o *fellatio in ore* debía ser asimilada a la violación propia, o si, por el contrario, esa forma de agresión sexual debía ser juzgada como un mero abuso (20). El legislador rehuyó de manera consciente de esta discusión, seguramente porque no se pudo alcanzar un consenso, y dejó nuevamente en manos de los tribunales la hercúlea tarea de delimitar el alcance de la penetración bucal en el concierto de ilicitudes previstas por el art. 119 del Código Penal. Para ser justos, el legislador buscó una solución de compromiso al regular una figura novedosa entre nosotros y que no registraba antecedente normativo alguno, que fue la *conducta del abuso por sometimiento sexual gravemente ultrajante*, cuyo contenido de lo injusto quedaba a mitad de camino entre el mero *abuso sexual* y el *acceso carnal*.

La situación de indefinición de la ley respecto de ese punto estuvo lejos de aplacarse, ya que en su nueva redacción el delito de violación quedaba configurado mediante el acceso carnal cometido por cual-

quier vía, circunstancia que intensificó la discusión doctrinal (21). En consecuencia, ¿qué debía entenderse “por cualquier vía”? Algunos tribunales participan de la idea de que la reforma de la ley 25.087 había zanjado la cuestión al determinar que cualquier vía de acceso (vaginal, anal y bucal) constituía la materia de prohibición de la nueva figura de violación (propia e impropia), mientras que otros sostuvieron lo contrario, es decir, que ese dilema permanecía intacto y que la introducción del abuso sexual por sometimiento gravemente ultrajante era la nueva sede normativa del comportamiento de acceso bucal o *fellatio in ore*. En síntesis, más allá de la mayor o menor imprecisión de la norma penal para definir esa espinosa cuestión que, lejos de satisfacer una mera discusión académica, importaba una mayor reacción punitiva contra una conducta, cuyo grado de injusto permanecía aún en una latente indefinición y obligaba a los jueces a debatir sobre la prohibición de la analogía *in malam partem* en la interpretación de esa norma (22).

II. La ley 27.352 y la reforma de los delitos sexuales: Individualización de las vías de acceso carnal y sus conductas análogas mediante el uso de una parte del cuerpo u objetos

La reciente sanción de la ley 27.352 (23) tuvo el acierto de poner fin a la indeterminación normativa respecto de las vías idóneas para calificar el abuso sexual de acceso carnal. De acuerdo a la nueva modificación, el art. 119 del Código Penal quedó redactado, en lo que aquí interesa, de la siguiente forma:

“Art. 119.- Será reprimido con reclusión o prisión de seis (6) meses a cuatro (4) años

el que abusare sexualmente de una persona cuando ésta fuera menor de trece (13) años o cuando mediare violencia, amenaza, abuso coactivo o intimidatorio de una relación de dependencia, de autoridad, o de poder, o aprovechándose de que la víctima por cualquier causa no haya podido consentir libremente la acción.

La pena será de cuatro (4) a diez (10) años de reclusión o prisión cuando el abuso por su duración o circunstancias de su realización, hubiere configurado un sometimiento sexual gravemente ultrajante para la víctima.

La pena será de seis (6) a quince (15) años de reclusión o prisión cuando mediando las circunstancias del primer párrafo hubiere acceso carnal *por vía anal, vaginal u oral o realizare otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías (...)*” (la bastardilla nos pertenece).

De la transcripción parcial del art. 119, puede observarse en los párrafos resaltados cual ha sido el alcance de la modificación introducida por la citada ley 27.352. Esa reforma fue en cierto sentido positiva, al dejar atrás la sempiterna discusión sobre la indefinición de las vías idóneas para calificar el acceso carnal, observándose así el citado principio de máxima taxatividad legal al individualizar las tres vías corporales idóneas para el acceso carnal prohibido.

Esta esperada reforma ya contaba con algunos antecedentes en el derecho comparado: por ejemplo, el art. 179 del Código Penal español (24); el art. 212 del Código Penal colombiano (25); el art. 363 del Código Penal chileno (26); el art. 374 del Código Penal ve-

nezolano (27); el art. 170 del Código Penal peruano (28); el § 920 del 10 U.S. Code (29); la *Sexual Offences Act 2003* (30); el art. 164 del Código Penal portugués (31), entre otros.

Como se sabe, históricamente la acción típica de ese delito consistió en el *acceso carnal* que debía mantener el sujeto pasivo contra la voluntad de la víctima (32). Si bien algunos antecedentes legislativos nacionales prefirieron identificar la acción típica con la aproximación sexual, lo cierto es que desde la sanción del Código Penal de 1921 en la norma en comentario predominó el acceso carnal como la acción rectora de este tipo. El acceso carnal también fue conceptualizado como *yacimiento*, es decir, la cópula entre el varón y la mujer (33). La ley de reformas de 4189 avanzó un paso más al exigir el concubito ilegítimo, es decir, esa conjunción sexual debía darse fuera de las relaciones matrimoniales, lo que significaba excluir a la mujer casada como sujeto pasivo de la acción del marido (34). De esta manera, el concepto utilizado por la ley se vinculaba necesariamente con una conducta que demandaba un comportamiento sexual del autor, el yacimiento con la víctima (35), es decir, la penetración o introducción del órgano sexual masculino por alguna de las vías comúnmente disponibles (vaginal y anal) (36), es decir, debía tratarse de una “penetración sexual” (37), lo que permite descartar otro tipo de penetraciones o invasiones al continente corporal.

Como corolario de lo dicho, el “acceso carnal” consiste en la introducción o penetración, aún imperfecta (38), del órgano sexual masculino en el cuerpo de la víctima (no es necesaria la *inmissio seminis*), criterio que ha sido seguido tanto por nuestra doctrina (39) como jurisprudencia (40).

{ NOTAS }

en dos fallos en contra de asimilar la penetración bucal al acceso carnal, en especial, el caso “Tiraboschi” de la Sala VI de la CNCrim. y Correc., y así reveló la necesidad de la reforma de los delitos sexuales.

(20) NÚÑEZ, Carlos, “Tratado de derecho penal”, t. III, vol. II, pp. 248 y ss.; MUÑOZ CONDE, Francisco, “Los delitos contra la libertad sexual (Título IX, Libro II del Código Penal)”, Estudios Penales y Criminológicos, N° XIII, Santiago de Compostela, 1988-1989, ps. 282 y ss., que se muestra disconforme con la equiparación del acceso por vía bucal con el resto de los accesos cuya mayor trascendencia resulta inquestionable; CLEMENTE, José Luis, “Violación, estupro, abuso deshonesto”, ps. 22 y ss.

(21) D’ALESSIO, Andrés, “Código Penal de la Nación. Comentado y anotado”, Mauro A. Divito (coordinador), La Ley, Buenos Aires, 2009, 2ª ed., t. II, Parte Especial, Arts. 79 a 306, ps. 176 y 177; REINALDI, “Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, ley 25.087”, Ed. Marcos Lerner Edit., Córdoba, 1999, ps. 73 y ss., en especial, p. 76; id., “El delito de violación: Aspectos controvertidos”, *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, 2000, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, p. 308; FERREYRA, Ernesto, “El abuso sexual”, *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, 2000, Universidad Nacional de Córdoba, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, p. 117, donde comparte la postura del autor anteriormente mencionado; VILLADA, Jorge L., “Delitos contra la integridad sexual”, p. 64. Sobre la situación en la doctrina alemana”, OTTO, “Grundkurs Strafrecht, Die einzelnen Delikte”, 7. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin-New York, 2005, § 66, 17. La jurisprudencia nacional también acepta en mayor medida esta exégesis, vid., CNCas. Penal, Sala I, Reg. N° 4649, c. n° 3614, “Senillosa, O. R. y Borella, M. A.”, del 11/10/01; Sala III, Reg. N° 501/98, c. n° 1623, “Bronsztein, D. E.”, del 19/11/98; Reg. N° 4/2004, c. n° 4750, “Ramírez, S.”, del 4/2/04; Reg. N° 471/01, c. n° 3182, “Manfredi, L. A.”, del 8/8/01; Reg. N° 492/02, “Ifiran, C. A.”, del 28/8/02; c. n° 4635, “Videla, H. L.”, del 23/2/04; Sala IV, Reg. N° 12.269/04, c. n° 8220, “Mendieta, C. E.”, del 14/9/09; Reg. N° 4781, c. n° 3391, “Chávez, V. H.”, del 4/4/03; Trib. Cas. Penal Prov. Bs. As., Sala I, c. n° 34.321, “S. G., G. A.”, del 16/6/09 (disidencia del Dr. Sal Llangués); Sala II, c. n° 17.924, “D. J., D. A. E.”, del 8/11/07; c. n° 34.821,

“R., D. y otro”, del 24/04/2009; Corte de Justicia de la Provincia de Salta, expte. N° 33.504/10, “Guerrero, H. A.”, t. 160: 1089/1106, del 2/11/11; expte. N° 32.456/09, “Buitrago, C. A.”, t. 161: 367/390, del 14/11/11; expte. N° 33.858/10, “Cruz, R.”, t. 162: 237/266, del 12/12/11; expte. N° 34.127/10, “Coronado, H. L.”, t. 163: 345/364, del 1/2/12; expte. N° 33.335/10, “Cayetano, R. H.”, t. 163: 319/344, del 1/2/12; CNCrim. y Correc., Sala V, c. n° 38.993, “Y., D. O.”, del 22/4/10.

(22) ABOSO, Gustavo A., “Derecho penal sexual”, p. 228.

(23) B.O., N° 33.626, del 17/5/17, p. 3.

(24) Art. 179. “Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a doce años”.

(25) Art. 212. “Acceso carnal. Para los efectos de las conductas descritas en los capítulos anteriores, se entenderá por acceso carnal la penetración del miembro viril por vía anal, vaginal u oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo humano u otro objeto”.

(26) Art. 363. “Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, el que accediere carnalmente, por vía vaginal, anal o bucal, a una persona menor de edad pero mayor de catorce años, concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes (...)”.

(27) Art. 374. “Quien por medio de violencias o amenazas haya constreñido a alguna persona, de uno o de otro sexo, a un acto carnal por vía vaginal, anal u oral, o introducción de objetos por alguna de las dos primeras vías, o por vía oral se le introduzca un objeto que simulen objetos sexuales, el responsable será castigado, como imputado de violación, con la pena de prisión de diez años a quince años (...)”.

(28) Art. 170.- “Violación sexual. El que con violencia o grave amenaza, obliga a una persona a tener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza otros actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de ocho años (...)”.

(29) El inciso g) contiene distintas definiciones apli-

cables a esa sección, entre las que nos interesan ahora, la definición de acto sexual (“sexual act”) que abarca la penetración, aunque sea leve, de la vagina, el ano o la boca, o de cualquier otra parte del cuerpo o con algún objeto, con la intención de abusar, humillar, hostigar o degradar a cualquier persona o excitar o gratificar el deseo sexual de un tercero.

(30) En la Parte Primera de la *Sexual Offences Act 2003* se define la violación (“rape”) como la penetración intencional de la vagina, el ano o la boca de cualquier persona con el pene, sin consentimiento expreso presunto del afectado. A su vez, se define la agresión con penetración (“assault by penetration”) como la ofensa cometida por una persona con la intención de penetrar sexualmente la vagina, el ano de otra persona con una parte de su cuerpo o con algún objeto sin consentimiento expreso o presunto del afectado.

(31) Art. 164.º - “Violação. 1 - Quem, por meio de violência, ameaça grave, ou depois de, para esse fim, a ter tornado inconsciente ou posto na impossibilidade de resistir, constringer outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de três a dez anos. 2 - Quem, por meio não compreendido no número anterior, constringer outra pessoa: a) A sofrer ou a praticar, consigo ou com outrem, cópula, coito anal ou coito oral; ou b) A sofrer introdução vaginal ou anal de partes do corpo ou objetos; é punido com pena de prisão de 1 a 6 anos.”

(32) JOFRÉ, Tomás, “El Código Penal de 1922”, p. 227; LAUBENTHAL, Klaus, “Handbuch Sexualstraftaten, Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung”, Springer, Berlin/Heidelberg/New York, 2012, marg. 163.

(33) FARRÉ TREPAT, Elena, “Comienzo de la tentativa y estupro incestuoso”, ADPCP, t. XXXIX, Fasc. II, mayo-agosto, 1986, p. 634.

(34) DÍAZ, Emilio C., “El Código Penal...”, ps. 142 y ss.

(35) ALONSO de ESCAMILLA, Avelina “El delito de violación: la conducta típica”, ADPCP, t. XLII, fasc. II, 1998, ps. 572 y ss.; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Los delitos de agresiones sexuales, abusos sexuales y acoso sexual en el nuevo Código Penal español”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV, Núm. 8 A, 1998, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 204. En la doctrina judicial, STS, Sala de lo Penal, N° 1503/1999, de 5/3/99.

(36) URE, Ernesto, “Los delitos de violación y estupro”, Ed. Ideas, Buenos Aires, 1952, p. 15; GARONA, José I. - BONELLI, Mauro B. - GARCÍA MORITÁN, Nino T., “Violación. Estupro. Abuso deshonesto”, Ed. Lerner, (LÓPEZ BOLADO, J. D. Dir. ps. 17 y 18, 28 y ss.; BUOMPADRE, Jorge, “Tratado de derecho penal. Parte especial”, Astrea, Buenos Aires, 2009, 3ª ed., t. 1, p. 416; ESTRELLA, Oscar, “De los delitos sexuales”, Hammurabi, Buenos Aires, 2005, p. 98; SPROVIERO, “Delito de violación”, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 79; BULLEMORE, Vivian R. - Mac KINNON, John R., “Curso de derecho penal”, Lexis Nexis, Chile, 2007, 2ª ed., t. III. Parte especial, p.147.

(37) DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Las últimas reformas en el derecho penal sexual”, *Estudios Penales y Criminológicos*, N° 14, Santiago de Compostela, (1989-1990), p. 54.

(38) RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, “Derecho penal”, Madrid, 1949, t. II, Parte especial, p. 262; RENZIKOWSKI, Joachim, “Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz- 1. Teil”, p. 381, nota 54. En la doctrina judicial alemana: BGH 2 StR 204/60, sentencia del 26/7/61; BGH 1 StR 62/90, sentencia de 14/8/90; BGH 1 StR 270/00, sentencia del 17/10/00 (LG Landshut); BGH 2 StR 242/00, sentencia del 25/10/00 (LG Bad Kreuznach); BGH 3 StR 90/01, sentencia de 10/5/01. En la doctrina judicial española, STS, Sala de lo Penal, N° 2485/13, del 3/5/13.

(39) MORENO, Rodolfo, “El Código Penal y sus antecedentes”, H. A. Tommasi Editor, Buenos Aires, 1923, t. IV, ps. 237 a 239; JOFRÉ, Tomás, “El Código Penal de 1922”, p. 227; GÓMEZ, Eusebio, “Tratado de derecho penal”, Compañía Argentina de Editores S.R.L., Buenos Aires, 1940, t. III, p. 84; NÚÑEZ, Carlos, “Tratado de derecho penal”, t. III, vol. II, p. 248; SOLER, Sebastián, “Derecho penal argentino”, t. III, p. 306; MOLINARIO, Alfredo - AGUIRRE OBARRIO, Eduardo, “Los delitos”, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1996, t. I, p. 421; TENCA, Adrián, “Delitos sexuales”, Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 61; REINALDI, “Los delitos sexuales en el Código Penal argentino, ley 25.087”, p. 69; D’ALESSIO, Andrés, “Código Penal de la Nación”, p. 248; VILLADA, Jorge L., “Delitos contra la integridad sexual”, p. 64; CLEMENTE, José Luis, “Violación, estupro, abuso deshonesto”, p. 22; id., “Abusos sexuales”, ps. 130 y 131. En este punto, DÍAZ, Emilio C., “El Código Penal...”, p. 140, ponderaba la legislación penal uruguaya de esa época que había definido la acción típica de la figura

Sin embargo, no todo es de parabienes en la reforma en comentario. De manera subrepticia se regula de modo novedoso la llamada “violación impropia o equivalente”, que consiste en la introducción de objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías. Lo controversial de esa nueva figura no está en que se haya equiparado al acceso carnal la introducción de objetos y de partes del cuerpo, principalmente los dedos o la lengua, por las vías vaginal y anal, circunstancia que sin duda conlleva un mayor contenido de *injusto* que el abuso sexual simple o calificado y legítima la imposición de una pena más grave. Esta situación de inequidad ya la habíamos previsto en relación con la penetración lingual (*cunnilingus*), que debía ser considerada, de modo anterior a la reforma en comentario, como un caso de abuso sexual simple, lo que encubría de manera velada una discriminación punitiva de las relaciones homosexuales (41).

La cuestión radica ahora, en cambio, en que en esa nueva regulación la introducción de objetos o partes del cuerpo en las vías señaladas de la víctima vacía prácticamente de contenido al segundo párrafo del art. 119 del Código Penal, que reprime, como señalamos, el abuso sexual agravado por sometimiento gravemente ultrajante. Recordemos acá que el acceso carnal por vía bucal o *fellatio in ore* y la penetración digital, lingual o de objetos por las vías vaginal y anal habían quedado confinados en su interpretación original al abuso sexual agravado por sometimiento gravemente ultrajante de la víctima. En su oportunidad hemos subrayado la falta de fundamentos al regular un comportamiento intermedio entre el abuso sexual y la agresión sexual mediante acceso carnal (42).

Como dijimos en esa ocasión: “Este problema de indeterminación se agrava en nuestro entorno cultural, porque la terminología empleada por el legislador en el caso apuntado no registra un antecedente inmediato en nuestra tradición jurídica, lo que seguramente lo expone a la crítica de la doctrina y la jurisprudencia empeñadas en definir sus contornos. Esto sucede cuando en materia legislativa se apela al uso de términos vagos cargados inexorablemente de simbología moral y que provoca reacciones distintas en su aplicación por parte de los operadores jurídicos. Una solución podría ser, si es posible aportarla en el marco de los delitos sexuales embebidos, por lo general, de conceptos morales que se proyectan en la orientación sexual de terceros, la de presentar alguna casuística de sometimiento sexual gravemente ultrajante, por ejemplo, la introducción de objetos por las vías vaginal o anal; la imposición de prácticas zoofílicas comúnmente

agrupadas bajo el concepto de *bestialismo*, o las sadoomasoquistas no consentidas o realizadas en menores de edad; la difusión de las imágenes obtenidas de la agresión sexual padecida por la víctima o la comisión de actos de tortura o barbarie, etcétera” (43)

En todo caso, lo que debió hacerse y no se hizo fue el de incluir al sometimiento gravemente ultrajante como una causal genérica de agravación de la pena del abuso y la agresión sexual (párrafos primero y segundo del art. 119), a semejanza del art. 180 del Código Penal español.

En el caso de la legislación penal alemana, tanto la doctrina como la jurisprudencia han equiparado la penetración digital y la introducción de objetos por las vías vaginal y anal como supuestos análogos a la penetración peneana (44). Por su parte, tanto el § 201 del Código Penal austríaco como el art. 222-23 del Código Penal francés omiten toda referencia a las vías idóneas de la penetración, pero mantienen una postura análoga a la alemana (45).

El contenido de lo injusto de esa modalidad comisiva agravada de abuso sexual se basa en lo degradante o vejatorio de la agresión sexual. En consecuencia, tanto un simple abuso sexual como un abuso sexual agravado por acceso carnal pueden adquirir esa cualidad de degradante o vejatorio, es decir, de sometimiento gravemente ultrajante, por su duración o circunstancias de realización.

En ese aspecto, es cada vez más frecuentemente lamentablemente que el abuso sexual sea difundido por las redes telemáticas con el propósito de ultrajar a la víctima. La trascendencia pública del abuso sexual también debe ser valorado en ese contexto de ultraje, cuando la víctima es obligada a realizar sobre su propio cuerpo actos de contenido sexual frente a terceros o en la vía pública, lo mismo cuando ese abuso es perpetrado en el ámbito laboral, en todos esos casos el simple abuso puede alcanzar otras cotas de gravedad por la circunstancia del contenido degradante de esa conducta. Ese sometimiento gravemente ultrajante menoscaba la dignidad humana en un grado superlativo, ya que la víctima debe padecer la afectación de su autodeterminación sexual y, al mismo tiempo, la difusión o publicidad de esa conducta, lo que genera una mayor lesión de su propia autoestima y consideración respecto de terceros. El carácter ultrajante inherente a todo abuso sexual reconoce grados; y justamente la difusión o publicidad de ese acto sexual no consentido agrega una cuota de sufrimiento a la víctima frente a toda la comunidad. En ese caso, el autor busca con su conducta de abuso sexual la humillación sexual de la víc-

tima y, consecuentemente, su mayor cosificación (46).

En el concepto de “sometimiento sexual gravemente ultrajante” se incluyen los actos de empalamiento (47); la *fellatio in ore* (48); la penetración digital por vía vaginal (49); la introducción del puño por esa misma vía (50), o de objetos por vía vaginal o anal (51); la conducta repetida del acusado de someter a distintos menores de edad a diversas prácticas sexuales (52); y el acto de acercamiento del miembro masculino al cuerpo de la menor y su posterior eyaculación (53).

Esa modalidad cualificada de abuso sexual se consuma cuando los autores utilizaron un grado de violencia o intimidación superior al que pueda entenderse como necesario para vencer la negativa de las víctimas, y conlleva esa agresión sexual, además de la violencia, un trato humillante, envilecedor o de innecesario maltrato (54). En todo caso, el sometimiento sexual gravemente ultrajante deberá definirse por su modo de ejecución que, a la par de la agresión sexual en sí misma, su ejecución prodiga un grado de violencia innecesario o una duración que supera el mero umbral necesario para consumarlo.

En el caso de la llamada “violación impropia”, es decir, cuando el autor utiliza un objeto para introducir por las vías vaginal y anal, la aplicación de la cláusula de agravación de la pena por peligro de contagio de una enfermedad sexual grave (art. 119, párrafo cuarto, inciso c, del Código Penal) aparece descartada.

III. Balance final

La reforma introducida por la ley 27.352 acertó al poner término a la antigua discusión sobre el alcance de las vías idóneas para acceder carnalmente a la víctima, quedando desde ahora incluida *expressis verbis* la vía oral como una de ellas. Desde el punto de vista de la aplicación temporal de la ley penal a los procesos penales en curso por la comisión de abusos sexuales agravados por haber acceso carnal por vía oral, debemos señalar que esa modificación puede ser entendida como una ley penal más gravosa, por ende debería excluirse su admisión para los procesos en curso. Sin embargo, como contraargumento, también podría sostenerse de manera lícita que estamos frente a un conflicto aparente de leyes temporales, y que la mayor precisión del concepto de “cualquier vía” alcanzada con la citada reforma de la ley 27.352 vino a saldar una vieja deuda. En todo caso la discusión sobre el término “por cualquier vía” responde a dos concepciones más o menos restrictivas, habiendo optado el legislador por brindar una ma-

yor claridad conceptual de la ley penal, lo que no debería interpretarse como una ley más perjudicial para el acusado y, por ende, rechazar la aplicación del principio de ley más benigna (art. 2 del Código Penal argentino).

En cambio no cabe duda que la reforma en comentario reguló una modalidad agravada de acceso carnal cometido mediante actos análogos que consisten en la introducción de partes del cuerpo u objetos por las vías vaginal y anal. En esa hipótesis la reforma introducida por la ley 27.352 ha continuado con la política criminal expansiva que se viene desarrollando en el ámbito de los delitos sexuales (55), ya que esa conducta quedaba atrapada anteriormente en el párrafo segundo del art. 119 del Código Penal, que castiga, como dijimos, el abuso cometido por sometimiento sexual gravemente ultrajante. De ahora en adelante, la penetración digital, lingual y el uso de objetos por cualquiera de las dos vías antes mencionadas constituyen un auténtico delito de abuso sexual agravado por haber existido una conducta análoga al acceso carnal propiamente dicho. En consecuencia, la aplicación del art. 2 del Código Penal cobra eficacia jurídica, ya que el legislador ha elevado a la categoría del delito de violación *stricto sensu* a las conductas análogas de penetración impropia.

En síntesis, la reforma del art. 119 del Código Penal introducida por la citada ley 27.352 se ajusta en mejor medida a los cambios legislativos operados en la mayor parte de la regulación de los delitos sexuales en el derecho comparado, en respuesta a una política criminal de cuño expansivo, y al mismo tiempo con efecto intensivo en la redacción de los tipos penales orientada hacia la ampliación del ámbito de tutela penal. Sin embargo, no debe perderse de vista que el acceso carnal por las vías descriptas refleja, por lo general, un mayor contenido de lo injusto, ya que el sujeto pasivo resulta expuesto a mayores peligros provenientes no sólo del contagio de una enfermedad de transmisión sexual grave, sino también de embarazos indeseados y su efecto permanente en la integridad psicofísica de la víctima, ambas circunstancias obligan a meritar con mayor esfuerzo la calidad lesiva de lo injusto del acceso carnal de la llamada “violación propia”.

Una hipótesis que no ha sido tenido en cuenta en la reciente reforma es cuando la víctima es obligada a practicar actos sexuales en la persona del autor o de un tercero, por ejemplo, cuando ella sufre coacción para acceder vaginal o analmente al sujeto activo. Tampoco cuando la víctima es la que debe introducir una parte de su cuerpo u objetos por las mencionadas vías de aquel (56),

{ NOTAS }

de violación con la aproximación sexual de los órganos sexuales del autor y la víctima. Esta preferencia normativa estaba apoyada en una mejor comprensión del daño moral sufrido por la víctima. Esta forma de regular la violación era la prevista por el Código Penal 1886 y el Proyecto Tejedor. Este autor comparte la idea central de que el acceso carnal no demanda la introducción total del miembro viril, así como tampoco es menester la necesidad de eyaculación, id., p. 139.

(40) En nuestra doctrina judicial pueden mencionarse los siguientes fallos: CNCas. Penal, c. n° 4750, “Ramírez, S.”, del 4/2/04; CJ Salta, expte. n° 33.253/10, “Cuellar, A. D.”, t. 158: 389/404, del 26/7/11.

(41) ABOSO, Gustavo, “Derecho penal sexual”, ps. 228 y 229, con cita de MUÑOZ CONDE, Francisco, “Los delitos contra la libertad sexual...”, p. 274; DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, “Las últimas reformas en el derecho penal sexual”, p. 56.

(42) ABOSO, Gustavo, “Indemnidad sexual y sometimiento sexual gravemente ultrajante de menor de edad: la cosificación de la víctima”, LA LEY, 2003-B, 828 y ss.

(43) ABOSO, Gustavo, “Indemnidad sexual y sometimiento sexual gravemente ultrajante de menor de edad: la cosificación de la víctima”, LA LEY, 2003-B, 828 y ss.

(44) LACKNER, Karl-KÜHL, Kristien, “Strafgesetzbuch Kommentar”, 28. Aufl., Beck, München, 2014, § 177, marg. 11; BGH 3 StR 6/02, sentencia del 7/3/02 (LG Aurich); BGH 2 StR 321/03, sentencia del 26/9/03 (LG Köln).

(45) BERTEL, Christian - SCHWAIGHOFER, Klaus, “Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil II”, 12. Aufl., Verlag Österreich, Wien, 2016, § 201, marg. 2.

(46) ABOSO, Gustavo, “Indemnidad sexual y sometimiento sexual gravemente ultrajante de menor de edad: la cosificación de la víctima”, ps. 828 y ss. En ese sentido, STS, Sala en lo Penal, N° Resolución 7906, de 30/11/12.

(47) Cass. Crim., 9 déc. 1993: Bull. crim. n° 383.

(48) DONNA, Edgardo, “Delitos contra la integridad sexual”, p. 21 y ss., p. 50; PANDOLFI, Oscar, “Delitos contra la integridad sexual (ley 25.087)”, La Rocca, Buenos Aires, 1999, p. 45; en contra, AROCENA, Gustavo, “Delitos contra la integridad sexual”, p. 72; PAR-

MA, Carlos, “Delitos contra la integridad sexual. Modificación del Capítulo II, Título III del Código Penal”, ADLA, LIX-B, p. 1487; GRASSI, Adrián P. - MUNILLA, Santiago J., “La *fellatio in ore*. Un análisis sobre su tipicidad a partir de la presentación del Anteproyecto de reformas al Código Penal”, EDPE 12/2007-5, ps. 1 y ss.; Crim. 22 févr. 1984, Bull. n° 71 y Rev. sc. crim. 1984.743, obs. Levasseur - 9 juill. 1991, Bull. n° 294. En ese sentido. SSTS, Sala de lo Penal, N° 742/17, del 2/3/17; N° 4260/15, del 5/10/15.

(49) STS, Sala de lo Penal, N° 2485/13, del 3/5/13; CN Casación Penal, Sala IV, Reg. n° 12781/4, c. n° 9009, “Sánchez, C. A.”, del 15/12/09; CNCas. Penal, Sala VI, c. n° 27.230, “Keleman, J. C.”, del 9/8/05, con cita del precedente de la Sala VI de esa Cámara, c. n° 15.276, “Sánchez, C.”, del 16/2/01; Bol. Jurisp., 2005, N° 3, julio-agosto-septiembre, p. 672; OGH 23/4/92, *Juristische Blätter*, 1992, pp. 729 y 730; OGH 11/5/95 15 OS 15/95; OGH 20/6/95; OGH 6/3/96.

(50) OGH 19/4/94 OS 31/94 österreichische JZ Nrsp 1994/218.

(51) CNCas. Penal, Sala VII, c. 15.276, “Sánchez, C. A.”, del 16/2/01.

(52) CNCas. Penal, Sala III, “Martínez, C.”, del 10/12/09.

(53) CNCrim. y Correc., Sala V, causa n° 26.308, “Fernández Gaona, M.”, del 22/3/05.

(54) SSTS, Sala de lo Penal, N° 7906, de 30/11/12; N° 4149/10, del 6/7/10; N° 6443/09, del 9/10/09.; N° 1468/07, del 21/2/07.

(55) Idéntica situación normativa se experimenta en el Derecho comparado con el incremento de nuevos tipos penales, por ejemplo, en Colombia, cfr., AA.VV., “Lecciones de Derecho penal. Parte especial”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, 2ª ed., ps. 871 y ss.

(56) DENZIKOWSKI, Joachim, “Das Sexualstrafrecht nach dem 6. Strafrechtsreformgesetz - I. Teil”, p. 385; MUÑOZ CONDE, Francisco, “Los delitos contra la libertad sexual...”, p. 276; CANCIO MELIÁ, Manuel, “Las infracciones de violación de la libertad sexual, proxenetismo y ofensas al pudor público en el

modalidades de comisión a las que hemos hecho referencia oportunamente (57).

La nueva regulación del delito de abuso sexual por haber existido conducta análoga al acceso carnal no incluyó los casos en donde el autor obliga a la propia víctima a realizar actos de naturaleza sexual sobre su cuerpo (*actos autorreferenciales*), por ejemplo, la penetración con un objeto, la masturbación, el tocamiento de sus zonas erógenas. En la doctrina española se acepta como punible este tipo de actividad sexual autorreferencial, ya que la fórmula seleccionada por el legislador ha sido la del que "atentare contra la libertad sexual" (58).

Asimismo, existe un vacío legal respecto de la posibilidad de obligar a la víctima a mantener *relaciones sexuales con animales* (zoofilia) (59), ya que el medio comisivo del abuso sexual con acceso carnal no prevé que el que accede sea un animal, sino un varón, más allá que ese comportamiento podría subsumirse dentro de los presupuestos normativos del delito de amenazas coactivas (art. 149 bis, segundo párrafo, Cód. Penal argentino), o bien en la figura de la violación impropia por acto análogo al acceso carnal mediante la penetración con un objeto.

Por último, debemos señalar la necesidad de profundizar la reforma de los

delitos sexuales en torno de los menores de edad y demás incapaces, quienes se presentan penosamente como las víctimas más habituales de esos delitos, con arreglo a las regulaciones normativas en el Derecho comparado. En ese sentido, sería menester una regulación autónoma dentro del catálogo de las infracciones sexuales para poder discriminar y graduar la pena con mayor sentido de justicia, ya que las agresiones sexuales a los menores de edad y demás incapaces no sólo representan un mayor contenido de lo injusto al afectar a víctimas que carecen de discernimiento para decidir, sino desnudan una mayor vulnerabilidad en relación a

otras, en especial, cuando el autor es una persona conocida y justamente aprovecha aquella vulnerabilidad de su condición etaria, estado mental o situación de con fianza para abusar de ella. ●

Cita on line: AR/DOC/1456/2017

MÁS INFORMACIÓN

Villada, Jorge Luis, "Nuevos alcances legales en materia de delitos sexuales", LA LEY 24/05/2017, 1.

{ NOTAS }

derecho penal peruano", *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año IV, Núm. 8 A, 1998, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 189. En la doctrina judicial, BGH 2 StR 28/99, sentencia de 16 de junio de 1999 (LG Köln) [BGHSt 45, 131; NJW 1999, 2977; NStZ 2000, 310; StV

1999, 602]. En ese caso se juzgó la conducta del autor que había obligado a la víctima menor de edad a tolerar que le practicara sexo oral y lo penetrara analmente. El tribunal explicó que el § 176a, primer párrafo, Nº1, del Código Penal alemán contemplaba en su re-

dacción que la penetración en el cuerpo incluye también al del autor.

(57) ABOSO, Gustavo A., "Derecho penal sexual", pp. 231 y ss.

(58) VICENTE MARTÍNEZ, Rosario de, "Los deli-

tos contra la libertad sexual desde la perspectiva de género", *Anuario de Derecho Penal*, Nº 1999-2000, p. 89.

(59) GÓMEZ TOMILLO, Manuel, "Derecho penal sexual y reforma penal", 04:8.

COLUMNA DE OPINIÓN

Los tratados sobre derechos humanos con jerarquía constitucional

VIENE DE TAPA

tratado internacional, sino como lo que es: sólo declaración de principios *sin carácter normativo constitucional*. Sirve como conjunto de criterios de orientación e interpretación.

No ha sido *incorporada* a la Constitución Nacional. La Constitución no le da más vigencia que la que tiene. *No es un tratado internacional*. Ha sido referida, no incorporada a la Constitución (ver nuestro voto en "Arancibia Clavel", Fallos: 328:341).

La distinción entre *incorporación* y *referencia* no es de mi propiedad, como algunos piensan, es de los antiguos y modernos internacionalistas.

La Declaración que la Constitución enuncia en su art. 75, inc. 22, al no tener vigencia alguna de índole jurídica, tiene jerarquía constitucional como Declaración meramente. No es parte integrante de la normativa constitucional. Puede servir como instrumento extranormativo de interpretación por su jerarquía diplomática e histórica.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723) (1) Ver nuestro estudio en BOGGIANO, Antonio,

"Creatividad en el Derecho Internacional", LA LEY, 2016-E, 1239.

Debemos reconocer que resulta anómalo haber enunciado esta *Declaración* y luego haberla restringido por su ausencia de vigor jurídico. Debemos tomar la cuestión con respeto, ante el misterio convencional.

¿Qué significa entonces esta Declaración con jerarquía constitucional? Una interpretación, quizá demasiado radical, es ésta: la Declaración *no tiene vigencia*, entonces no puede tener tampoco jerarquía constitucional. Empero, el texto constitucional le da esa jerarquía, en las condiciones de su no vigencia. Esta manera de ver lleva a tener por no escrita la Declaración en el inc. 22 del art. 75.

Otra comprensión, menos formal y lógica, le daría un valor de principio general orientador en todo lo que fuera *corroborante* de los demás textos constitucionales.

Hay derogaciones tácitas que se desprenden del espíritu de la Constitución Nacional. Por ejemplo, debe necesariamente considerarse derogada la norma que confiere derecho de indemnización por la declaración de extinción de la esclavitud del art. 15, no derogada incomprensiblemente por los legisladores de 1994.

Los tratados sobre derechos humanos que tienen o tendrán jerarquía constitucional suscitan una cuestión de derecho interno y otra de derecho internacional.

La de derecho interno la hemos considerado ya, al reconocer igualdad y pari-

dad de rango a esos tratados y la Constitución.

Pero la de derecho internacional no fue tratada y no puede desconsiderarse.

La jerarquización de tratados que tiene la Constitución Nacional en su art. 85, inc. 22 es propia y exclusiva del derecho interno. *La jerarquía sí es fruto de la incorporación*.

Subrayo esto, por la siguiente consideración. En el derecho internacional, en general, los tratados tienen igualdad de rango, salvo algunas excepciones como *la superioridad de la Carta de las Naciones Unidas*.

Así, adviértase cuidadosamente que en el *derecho internacional* los tratados sobre restitución de menores, por ejemplo, de La Haya y de Montevideo tienen igual jerarquía que los tratados sobre derechos humanos. Tienen igual rango y uno no prevalece sobre los otros. Los de derechos humanos no prevalecen sobre los demás. Ello es así en el *derecho internacional*. A diferencia de la *jerarquía* que establece nuestro derecho constitucional.

Ello da lugar a una dualidad de situaciones. Una, de igualdad, propia del derecho internacional. Otra, exclusivamente oriunda de nuestro derecho interno. *La jerarquización es propia del derecho constitucional argentino*.

Las jerarquías sí han sido materia de incorporación y no de referencia.

Ello significa, por ejemplo, que la Convención sobre los Derechos del Niño *prevalece en el derecho argentino* frente a las Convenciones de Restitución de Me-

nores antes citadas, pero no ocurre tal prevalencia en el derecho internacional y nuestras relaciones con países que no contienen jerarquización constitucional alguna. Obviamente no puede invocarse en el extranjero un tratado de derechos humanos con prevalencia sobre cualquier otro.

Esta dualidad podría producir diferencias en la aplicación de tratados internacionales que no versaran sobre derechos humanos entre nuestro país y un tercero que no contenga la jerarquización del nuestro.

En aquel país, los tratados, como los de Restitución de Menores antes considerados, deberán aplicarse sin supremacía de los tratados sobre derechos humanos. En cambio, en la Argentina, aquellos tratados deberían aplicarse subordinadamente a los tratados de derechos humanos; pudiendo de ello surgir diferencias imprevistas para las partes contratantes, y me temo, también, para los reformadores de 1994 (1).

Es claro que no siempre, por razón de las materias, se producirían esas divergencias. Pero si se interpretara que un tratado sobre derechos humanos interfiere con un tratado de otra índole, alguien podría suscitar la cuestión de la jerarquización en jurisdicción argentina. Los derechos humanos infiltran todo el derecho público y privado argentino. De ahí que estos tratados sobre derechos humanos puedan, en jurisdicción argentina, ejercer influencia en la interpretación de otros tratados sin jerarquía constitucional. ●

Cita on line: AR/DOC/1457/2017

NOTA A FALLO

Alimentos

Cuota provisoria. Obligación que no puede imponerse a los abuelos. Capacidad de los progenitores.

Véase en página 6, Nota a Fallo

Hechos: La sentencia decidió fijar una cuota de alimentos provisionales a favor de

la menor a cargo de su padre y de su abuela. La Cámara la revocó parcialmente en cuanto a la obligación impuesta a esta última.

La imposición de alimentos provisionales a cargo de la abuela paterna del menor resulta prematura, ya que ambos progenitores cuentan con empleos remunerados y se trata de dos personas muy jóvenes que no parecen tener enfermedades

ni impedimentos para redoblar sus esfuerzos en procura de producir las mejores condiciones económicas para la atención de su hija pequeña.

120.194 — CNCiv., sala M, 03/03/2017. - L. C., M. A. c. P., W. H. y otro s/ ART. 250 C.P.C. - incidente familia.

[Cita on line: AR/JUR/8460/2017]

COSTAS

Por su orden

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 23/05/2017, p. 11, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

Los alimentos debidos por los abuelos en el Código Civil y Comercial

Claudio A. Belluscio

SUMARIO: I. ¿Subsidiariedad o simultaneidad de la obligación alimentaria de los abuelos? — II. Autonomía de la cuota alimentaria proporcionada por los abuelos. Posibilidad de imponerles una cuota complementaria.

I. ¿Subsidiariedad o simultaneidad de la obligación alimentaria de los abuelos?

a) *Postura durante la vigencia del anterior Código Civil*

Respecto de la obligación alimentaria que incumbe a los abuelos, cuando sus nietos son menores de edad, durante la vigencia del Código Civil (derogado a partir del 31/07/15) se había generado un debate a partir de la elevación de la Convención sobre los Derechos del Niño al rango constitucional (conforme al art. 75, inc. 22 de nuestra Carta Magna), habiendo surgido tres posiciones doctrinarias y jurisprudenciales.

1) *Postura que la consideraba subsidiaria.* Esta postura seguía estrictamente los dictados del anterior Código Civil, el cual con meridiana claridad —conforme se desprendía de su art. 367— establecía que, entre los parientes consanguíneos en línea ascendente, estaban obligados en primer término aquellos que estuvieren más próximos en grado.

Por lo tanto, desde la visión de nuestro Código de fondo vigente al 31/07/15, no cabía duda alguna de que se encontraban prioritariamente obligados —para proporcionar los alimentos a los menores de edad— los progenitores por sobre los abuelos (tanto paternos como maternos).

Esta es la postura que adoptó, antaño, la mayor parte de la jurisprudencia (1), al igual que destacada doctrina (2).

Por lo tanto, para esta corriente de opinión, la obligación alimentaria de los abuelos sólo surgía cuando se había demostrado la insuficiencia de los recursos del progenitor demandado (3), la imposibilidad de suministrarlos (4) o el reiterado incumplimiento de la cuota fijada (5).

Con base en ello, alguna jurisprudencia (6) había determinado que el demandado podía pedir el rechazo de la acción en su contra,

si acreditaba que había otros parientes de grado preferente y en condiciones de prestar los alimentos.

Asimismo, siguiendo esta línea de pensamiento, se dijo (7) que “a los efectos de que el incumplimiento del alimentante determine la efectividad del reclamo alimentario subsidiario contra los abuelos es preciso que previamente el reclamante efectúe sin éxito todas las gestiones a su alcance para hacer efectivo el crédito contra aquél”.

En el mismo sentido (8): “La obligación alimentaria de los abuelos es de carácter subsidiario, por lo que debe probarse la imposibilidad del progenitor para contribuir con la obligación alimentaria respecto de su hijo, siendo innecesario, a tal fin, acreditar un incumplimiento total y absoluto, sino que basta con que éste haya sido regular y que se haya debido acudir a vías forzadas para obtener el cobro”.

También, dentro de esta posición jurisprudencial, se determinó (9) que: “La obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos, no es directa sino de carácter sucesivo o subsidiario y no simultáneo, conforme el orden legal de los parientes obligados a la prestación alimenticia prevista en el Código Civil, por lo cual, cuando el progenitor o progenitores viven debe imponerse al reclamante que dirige su acción contra un pariente la carga de demostrar la incapacidad económica de los progenitores”.

No obsta a este carácter subsidiario que “el alimentante pase una pequeña cantidad de dinero a sus hijos y luego aparezca abonando algunas sumas algo superiores a la fijada judicialmente para concluir que cumple con su obligación y evitar que se actualice el reclamo contra los abuelos, en tanto tal conducta demuestra, en realidad, que tales pagos constituyen una maniobra con el propósito de impedir el andamiento de la acción deducida contra estos últimos” (10).

Se estaría habilitando la acción subsidiaria contra los abuelos cuando “el pago irregular de una magra cuota alimentaria y la tenaz resistencia al pago de los alimentos por parte del progenitor, permiten concluir que incumple con el deber a su cargo, lo cual torna procedente la acción contra los abuelos, máxime cuando se ha acreditado la insuficiencia de recursos por parte de la madre y la óptima capacidad económica por parte de aquéllos” (11).

Asimismo, cuando “se evidencia un permanente e irregular incumplimiento por parte de los progenitores, resulta inevitable concluir que corresponde admitir el reclamo incoado respecto del abuelo materno de los niños, con el fin de resguardar prudencialmente el derecho de éstos a la percepción de los alimentos que, en la actualidad, no reciben de sus padres” (12).

En esta misma línea de pensamiento, se resolvió (13) que “el abuelo de un menor de edad debe ser condenado a afrontar la cuota alimentaria en forma subsidiaria y automática, dado que la actitud proclive al incumplimiento del obligado alimentario lleva a considerar que la madre se enfrentará a la necesidad de recurrir permanentemente a vías forzadas para obtener el pago, por lo que, al incumplimiento del obligado principal y verificada la mora de la cuota mensual, automáticamente deberá afrontar su obligación alimentaria el abuelo, quien debe cargar con un 50% de la cuota que corresponde a su hijo”.

Agregándose (14) que era improcedente la declaración de inconstitucionalidad del art. 367 del anterior Código Civil que había sido realizada por el *a quo*, dado que se desprendía de aquella norma de fondo, que la obligación alimentaria de los abuelos es de carácter subsidiario respecto del obligado principal.

2) *Postura que la consideraba simultánea.* Esta posición —por el contrario— no establecía un orden para interponer la acción, por lo cual el reclamo alimentario podrá recaer contra cualquiera de los parientes obligados o contra todos en forma conjunta.

Para esta posición, en consecuencia, la obligación que estamos tratando era simultánea.

Este criterio, había sido adoptado por el nuevo Código Civil de Brasil —ley 10.406 del 10/1/02, con las modificaciones introducidas por la ley 10.838 de fecha 30/1/04— en su art. 1.698.

En nuestro país, esta última postura fue seguida por algunos Proyectos de Unificación del Derecho Civil y Comercial.

En ese sentido, el Proyecto de 1993 elaborado por la Comisión Federal, determinaba en su art. 317: “En caso de pluralidad de obligados al pago de alimentos, el alimentario podrá demandar a todos o a cualquiera de ellos por el total...”.

Y en su art. 319, disponía que: “El requirente de alimentos puede accionar simultáneamente, incluso, contra obligados de distinto orden...”.

Asimismo, el Proyecto de 1998 en su art. 621 manifestaba: “...En caso de pluralidad de obligados, se puede demandar a todos o a cualquiera de ellos por el total...”.

Esta postura era sostenida principalmente en el ámbito doctrinario (15), en el entendimiento que, a tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 3 inc. 1º; 27 incs. 2º, 3º y 4º; y 6º), la obligación alimentaria de los abuelos respecto de sus nietos menores de edad se había transformado en directa o simultánea respecto de la que les incumbe a los progenitores.

Es decir que, para esta postura que sostenía el carácter simultáneo de la obligación alimentaria de los abuelos, acreditado el caudal económico de aquellos —pues los requisitos exigidos por el art. 370 del Cód. Civil anterior no habían de ser abonados tratándose de menores, ya que se presumen cumplidos por razón de la edad— procederá sin más la acción contra los abuelos.

Participando de manera sumamente explícita de esta postura, el Tribunal Colegiado de Instancia Única en el Fuero de Familia nº 1 de Quilmes (16), declaró la inconstitucionalidad parcial del art. 367 del Cód. Civil anterior (en lo que a la subsidiariedad se refiere), con basamento en

CONTINÚA EN PÁGINA 8

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) CNCiv., sala E, 27/8/90, ED 140-355; íd., 14/5/01, ED 194-676; ídem, sala A, 1/7/91, ED 143-235; íd., 20/3/01, ED 192-451; íd., 10/3/94, LA LEY, 1994-C, 43 y JA 1994-IV-710; íd., 29/5/97, LA LEY, 1997-E, 629; íd., 14/4/97, LA LEY, 1997-D, 840; íd., 10/3/94, JA 1994-IV-710; íd., 10/9/98, LA LEY, 1999-B, 839 (caso 13.597); íd., 18/4/88, ED 129-237; íd., 4/3/96, ED 171-343; ídem, sala B, 23/8/71, ED 41-621; ídem, sala F, 18/10/94, ED 164-107; íd., 7/12/84, LA LEY, 1985-A, 586; íd., 14/2/96, LA LEY, 1996-D, 889 (caso 11.021); ídem, sala C, 24/2/04, LA LEY, 2004-E, 281; íd., 28/7/87, LA LEY, 1988-A, 398; íd., 2/9/93, ED 158-115; íd., 17/4/97, LA LEY, 1998-D, 932; íd., 17/11/88, ED 132-297 ídem, sala K, 15/4/99, LA LEY, 2000-C, 888 (42.607-S); íd., 22/10/02, LA LEY, 2002-F, 817; ídem, sala H, 7/3/97, LA LEY, 1997-D, 110; íd., 28/8/02, LA LEY, 1998-III-síntesis, sum. 7; ídem, sala G, 24/6/83, LA LEY, 1983-D, 612 y Rep. LA LEY 1983-149, sum. 28 íd., 27/9/82, LA LEY, 1983-B, 289 y Rep. LA LEY 1983-149, sum. 29; ídem, sala I, 7/7/00, LA LEY, 2001-A, 168; CApel. Trelew, sala B (del voto del Dr. Luce-

ro), 22/2/07, LL Patagonia, 2007-1052; CCiv. Com. y Minería San Juan, sala III, 26/4/07, LL Gran Cuyo, 2007-669; CCiv. y Com. Junín, 16/12/08, LL Buenos Aires, año 16, número 6, julio de 2009, p. 597; TS La Rioja 28/3/06, LLGran Cuyo, 2006-1417; Sup. Trib. Just. Entre Ríos, sala Civ. y Com., 5/12/03, Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Ed. Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2005, n° 2005-III, p. 237; CApel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com., 18/12/92, JA 1993-III-síntesis, sum. 4; íd., 2/10/02, LLLitoral, 2003-1096; CCiv. y Com. Mar del Plata, sala 2ª, 28/3/06, LLBA, 2006-652, y RDF, Ed. Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, n° 2007-I, ps. 93-97; ídem, sala 1ª, 1/11/94, JA 1996-II-síntesis, sum. 36; CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 25/9/91, DJ, 1992-1-196.

(2) DUTTO, Ricardo J., “Juicio por incumplimiento alimentario y sus incidentes”, 2ª ed. renov., act. y ampl., Ed. Juris, Rosario, 2003, p. 66.

(3) CNCiv., sala I, 28/9/06, JA 2007-I-17.; C2ª Civ. Capital, 20/5/40, Rep. LA LEY 1940-1941, p. 222,

sum. 52.

(4) CNCiv., sala C, 28/7/87, LA LEY, 1988-A, 398 (fallo 86.252); CCiv. y Com. Mar del Plata, sala I, 23/2/06, LL Buenos Aires, 2006-652.

(5) JFamilia nº 1 Mendoza, 29/11/10, DFyP, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, año 3, n° 6, p. 77; CCiv. y Com. Junín, 16/12/08, LLBA, año 16, número 6, julio de 2009, p. 597; CFamilia y Sucesiones Tucumán, sala II, 24/7/07, LLNOA, 2007-1185.

(6) CNCiv., sala A, 29/5/97, LA LEY, 1997-E, 629.

(7) CNCiv., sala H, 31/12/97, ED 178-164, y Rep. ED 32-53, sum. 2.

(8) JFamilia nº 1 Mendoza, 29/11/10, DFyP, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, año 3, n° 6, p. 77.

(9) CCiv. y Com. Necochea, 29/5/11, LLBA, septiembre de 2012, p. 917.

(10) CFamilia 2ª Nom. Córdoba, 14/9/11, LLCba., octubre de 2011, p. 993.

(11) CFamilia 2ª Nom. Córdoba, 14/9/11, DFyP, marzo de 2012, p. 107.

(12) CNCiv., sala G, *elDial.com* — AA76D4.

(13) CCiv., Com. y Lab. Gualeguaychú, 28/8/12, LLLi-

toral, febrero de 2013, p. 81.

(14) CCiv., Com. y Lab. Gualeguaychú, 28/8/12, LLLitoral, mayo de 2013, p. 377.

(15) MORELLO, Augusto M. - MORELLO de RAMÍREZ, María S., “La obligación alimentaria de los abuelos ante la Convención sobre los Derechos del Niño”, JA 1998-IV-1094/1095; íd., “La prestación de los alimentos por parte de los abuelos”, JA 2005-IV-66/67; MÉNDEZ COSTA, María J., “Visión jurisprudencial de los alimentos”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, ps. 275-277; CATALDI, Myriam M., “Obligación alimentaria de los abuelos”, en RDF, Ed. Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, n° 2007-I, p. 103; MÍGUEZ, Agustín A., “La obligación alimentaria de los abuelos”, DJ, 1999-1-981; SOSA, Toribio E., “Obligación alimentaria de los abuelos a favor del niño (¿es subsidiaria?)”, DJ, 2004-1-691.

(16) Trib. Col. Fam. nº 1 Quilmes, 18/4/07, LLBA, 2007-605.

THOMSON REUTERS
LA LEY

▷ LANZAMIENTO
**DERECHO DEL TRABAJO
COMENTADO**

Miguel Ángel Pirolo (Director)

Coordinadores de áreas temáticas: Eduardo O. Álvarez • Ana Barilaro • Laura d'Arruda • Juan Manuel Domínguez • Marcelo C. Fernández • Andrea E. García Vior • María Verónica Moreno Calabrese • Cecilia M. Murray • Federico Pavlov • Graciela Pereira • Silvia E. Pinto Varela • Miguel Ángel Pirolo • Elsa Porta • Carlos Pose • Patricia Russo



Cuenta con toda la normativa que integra el Derecho del Trabajo, con el análisis doctrinario y jurisprudencial realizado por los más destacados especialistas.

- La obra brinda un **análisis actual y sistemático de las normas** de aplicación usual.
- Contiene **pluralidad de opiniones**, para enriquecer la visión del profesional.
- Incorpora todas las modificaciones a distintas normas de la Ley de Contrato de Trabajo (por leyes 27.320, 27.321, 27.322, 27.323 y 27.325); a la Ley de Riesgos del Trabajo (y normas complementarias); feriados nacionales y al derecho procesal del trabajo con comentarios sobre el sistema operativo de la Justicia Nacional y las implicancias de la digitalización de los actos procesales.

Adquiera la obra en su sucursal más cercana o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™
THOMSON REUTERS®

● VIENE DE PÁGINA 6

lo preceptuado por los arts. 3, inc. 1º y 2º de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Un fallo posterior (17) sigue esta misma postura al determinar: “Si bien el orden legal de los parientes obligados a la prestación alimentaria es sucesivo o subsidiario, no obsta al reclamo ensayado en forma directa contra la abuela paterna...”.

Jurisprudencia (18) más reciente determinó que la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño y de la ley 26.061 exigía una interpretación del texto del art. 367 del anterior Código Civil y, en tal sentido, se habían de relativizar los principios de subsidiariedad y de carácter sucesivo que esa norma consagraba respecto de los deudores de la obligación alimentaria, teniendo presente que el art. 3º *in fine* de la mencionada Convención prescribe que cuando exista un conflicto entre los intereses de niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

Si bien resulta indudable que este sistema procesal favorece a quien reclama los alimentos, también ha sido objetado (19), al considerarse que la facultad de que el acreedor demande a quien considere que más rápido puede satisfacer la prestación alimentaria, “puede ejercerse arbitrariamente, responder a móviles vengativos, caprichosos, o a criterios absolutamente parcializados, que dudosamente pueden ser eficazmente repelidos en virtud del abuso del derecho”.

3) *Postura intermedia. Su aplicación práctica.* Por último, una tercera posición —que cabe calificar de intermedia entre las dos anteriores— expresada por Solari (20) y jurisprudencia cada vez más numerosa (21), la cual si bien es conteste con el carácter subsidiario de la obligación que les incumbe a los abuelos, a tenor de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño señala que —cuando los beneficiarios son menores de edad— tal subsidiariedad debe estar desprovista de la exigencia de formalidades que desnaturalicen esa obligación.

Al respecto, dice textualmente el profesor Solari (22): “En otras palabras, sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria, debe evitarse el rigorismo formal, en cuanto a las pruebas y exigencias, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del menor”.

Por ello, sostenía esta postura —que acompañamos— que no cabe exigir que

se agoten una serie de actos procesales, si las propias circunstancias del caso demuestran que serían inútiles, bastando con arrimar elementos a la causa que lleven a la convicción del juez, de que no existe otro remedio que hacer efectiva la obligación alimentaria que atañe a los abuelos (23).

En ese orden, alguna jurisprudencia provincial (24) señala el carácter subsidiario de la obligación alimentaria que les incumbe a los abuelos, pero no exige al progenitor —que en representación de su hijo menor de edad, reclama alimentos a los abuelos— que agote una serie de requisitos formales si las circunstancias del caso revelan que son inútiles, bastando para hacer procedente tal reclamo el hecho del incumplimiento del principal obligado (el progenitor no conviviente con el menor).

Compartimos la opinión de esta posición, pues sin desconocer la subsidiariedad que establecía el art. 367 del Código Civil anterior, también hacía lugar a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es que, si bien el inc. 2º del art. 27 de la citada Convención estipula que a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad de proporcionar —dentro de sus posibilidades económicas— las condiciones de vida que se reputen como necesarias para el desarrollo integral del niño, con ello no se establece que la obligación alimentaria de los abuelos —respecto de sus nietos menores de edad— sea simultánea con la que les corresponde a sus progenitores.

Aclarado ello, sin embargo, se deberá evitar que las formalidades procesales exacerbadas hagan que la obligación que les incumbe a los abuelos se diluya o, al menos, no se cumpla con la urgencia que las necesidades alimentarias requieren (25), sobre todo cuando de menores se trata.

Por ello, estimábamos que no se deberá exigir al progenitor que reclama a los abuelos los alimentos para sus hijos menores, iniciar un incidente de ejecución contra el progenitor no conviviente con los hijos, cuando las circunstancias del caso indican que ello estará condenado al fracaso (26).

Al respecto, un fallo provincial (27) estableció: “Resulta improcedente exigir a la madre que reclama a los abuelos paternos alimentos para sus hijos menores que inicie previamente un incidente de ejecución contra el progenitor alimentante, si surge acreditado que éste carece de recursos suficientes como para cumplir con la condena allí impuesta”.

Siguiendo tal criterio, alguna jurisprudencia (28) determinó que correspondía hacer lugar a la demanda de alimentos interpuesta contra los abuelos, ante la ausencia de nuestro país del progenitor obligado al pago de los alimentos a los menores, por considerar que la naturaleza asistencial de la acción y la posible falta de recursos de aquellos para perseguir en el extranjero al principal obligado, llevaba a concluir que un mayor rigorismo en la admisión de tal pretensión podría conculcar el ejercicio del derecho de los menores.

Igualmente, otro fallo (29) decretó que “El hecho que el padre de la menor se encuentra domiciliado en el extranjero, es suficiente para demostrar la imposibilidad de obtener el cumplimiento de la obligación alimentaria por su parte, pues no se le puede exigir a la actora que libre un exhorto diplomático para notificarle tal requerimiento, cuando se sabe a ciencia cierta que ésta debido a los exiguos recursos con que cuenta, no está en condiciones de soportar dicha erogación. Por lo demás, ello colocaría a la menor en una situación mucho más apremiante”.

En similar sentido, un fallo provincial (30) (que ha merecido nuestro comentario aprobatorio) (31) sin obviar el carácter subsidiario de la obligación alimentaria derivada del parentesco, admite la pretensión alimentaria contra los abuelos, por estar viviendo en Suiza el principal obligado e incumplir con su obligación alimentaria.

Otro fallo (32), en la misma circunstancia fáctica, ha dicho que los abuelos de dos menores deben ser condenados subsidiariamente a abonarles una cuota alimentaria, pues se acreditó que el progenitor obligado vive en el exterior, que no tendría trabajo y que no tiene bienes a su nombre en nuestro país, lo que imposibilita ejecutarle la cuota pactada.

Asimismo, dentro de la posición que compartimos, se había señalado (33) que los alimentos correspondientes a los menores pueden ser reclamados a los abuelos, si el progenitor obligado al pago de los mismos ha efectuado una serie de maniobras que lo ponen a cubierto de toda medida de ejecución, no teniendo bienes registrables a su nombre, cediendo los adquiridos por herencia, desarrollando actividades que le reporten ingresos pero en forma autónoma (es decir, sin relación de dependencia).

También, la jurisprudencia había entendido que el reclamo contra los abuelos resulta procedente, cuando el progenitor alimentante denunció en las actuaciones judiciales que se decretó su quiebra (34), ha sido inhibido (35), o fue declarada judicialmente su insolvencia (36).

Igualmente, “los abuelos de los menores deben responder en forma solidaria respecto de la cuota fijada a favor de aquellos, ello así, dado que la contestación de la demanda surge que el alimentante vive con sus padres, instaló un negocio en un local prestado, y carece de inscripción ante organismos nacionales o provinciales por la imposibilidad de afrontar las costas de inscribirlo y habilitarlo, lo cual, sumado al incumplimiento de su obligación alimentaria hasta la iniciación del juicio, acredita el extremo fáctico suficiente para legitimar pasivamente a sus ascendientes” (37).

Un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (38) adoptó esta postura, pues, ante la ineficacia de la ejecución de alimentos contra el padre (por no tener éste trabajo fijo ni bienes), el Máximo Tribunal consideró inadecuado que se exija a la madre el cumplimiento de otros pasos procesales, a fin de considerar expedita la vía para reclamar el pago de los alimentos al abuelo paterno.

En tanto, el posterior fallo de la CApel. Civ. y Com. de Junín (39), se alinea con la postura que consideramos acertada en este tema.

En efecto, la sentencia emanada de este Tribunal provincial, sin dejar de desconocer el carácter subsidiario de la obligación alimentaria que les incumbe a los abuelos, aplica —de manera acertada— los postulados de la Convención de los Derechos del Niño.

Así, ante el incumplimiento reiterado del progenitor que tenía a su cargo el pago de la cuota alimentaria fijada para los hijos menores de edad, y ante la imposibilidad de la madre de obtener el pago de la cuota pese a sus reiterados reclamos —que se traslucen en diversas presentaciones efectuadas en las distintas etapas del proceso—, la Alzada entendió que están dadas las circunstancias fácticas que habilitan el traslado de la obligación alimentaria en cabeza de la abuela paterna.

Concordamos con el criterio adoptado por este Tribunal, por cuanto la progenitora reclamante había intentado el cobro de la cuota alimentaria a través de distintos actos procesales.

En ese sentido, solicitó que se coloque nota de embargo sobre los derechos y acciones que correspondían al alimentante en la sucesión de su padre, el cual —conforme se desprende de los Considerandos— finalmente no fue efectivizado.

También, la actora requirió al *a quo* que se librara oficio al Consejo Escolar de Chacabuco, a fin de que se retuvieran los habe-

✶ NOTAS ✶

(17) CNCiv., sala G, mayo de 2013, ED Newsletter Familia, del 30/07/13.

(18) CNCiv., sala B, 27/5/14, SJA 17/9/14, p. 62.

(19) MAKIANICH de BASSET, Lidia N., “Reformas incidentales introducidas por la ley 23.264 en material de derecho alimentario”, ED 128-719.

(20) SOLARI, Néstor E., “Obligación alimentaria de los abuelos”, en RDF, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, n° 14, ps. 241 y ss.

(21) CNCiv., sala G, 27/9/82, LA LEY, 1983-B, 289, ED 101-635 y Rep. LA LEY, 1983-161, sum. 142; íd., 7/11/95, LA LEY, 1996-B, 202; ídem, sala B, 7/2/86, ED 118-433 y Rep. ED 20-A-195, sum. 159; ídem, sala C, 20/11/97, LA LEY, 1999-C, 802 (caso 13.995) y ED 176-56; ídem, sala D, 10/5/96, JA 1997-II-42; STJ Corrientes, 10/12/07, publicado en RDF, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, n° 40, ps. 220-223 (con nuestra nota aprobatoria); CApel. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 7/12/89, LA LEY, 1995-D, 854, sum. 116 y DJ,

1990-1-701; CApel. Concepción del Uruguay, 2/10/02, LL Litoral, 2003-1096; CCiv., Com. y Min. San Juan, sala 3ª, 26/4/2007, LL Gran Cuyo, LL Gran Cuyo, 2007-669, y RDF, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, n° 40, ps. 215-220 (con nuestra nota aprobatoria); CCiv. y Com. Junín, 16/12/08, LLBA, 2009-597 (con nuestra nota aprobatoria).

(22) SOLARI, Néstor E., ob. cit., p. 244.

(23) SOLARI, Néstor E., ob. cit., p. 245; CNCiv., sala G, 27/9/82, LA LEY, 1983-B, 289, ED 101-635 y Rep. LA LEY 1983-161, sum. 142; íd., 7/11/95, LA LEY, 1996-B, 202; CApel. Concepción del Uruguay, 2/10/02, LL Litoral, 2003-1097 (de los Considerandos del fallo).

(24) CCiv., Com. y Min. San Juan, sala 3ª, 26/4/2007, LL Gran Cuyo, 2007-669, y RDF, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, n° 40, ps. 215-220 (con nuestra nota aprobatoria); CCiv. y Com. Junín, 16/12/08, JA 2009-I-29.

(25) CCiv. y Com. Azul, sala II, 30/4/09, ED 234-331.

(26) En el mismo sentido: CCiv. y Com. Junín, 16/12/08, JA 2009-I-29; CJ Salta, 7/7/08, LLNOA, 2008-1065.

(27) CCiv. y Com. Azul, sala II, 30/4/09, DFyP, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2010, año 2, número 1, p. 43, y LLBA, 2009-537.

(28) CNCiv., sala B, 7/2/86, ED 118-433 y Rep. ED 20-A-195, sum. 159.

(29) CNCiv., sala B, 3/11/77, ED 78-29 y Rep. LA LEY, 1978-113, sum. 116.

(30) STJ Corrientes, 10/12/07, RDF, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, n° 40, ps. 220-223.

(31) BELLUSCIO, Claudio A., “Dos fallos provinciales que conjugan, de forma acertada, las normas del Código Civil y de la Convención sobre los Derechos del Niño referidas al derecho alimentario de los menores de edad”, en RDF, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2008, n° 40, ps. 223-230.

(32) CNCiv., sala C, 21/6/12, ED 250-224.

(33) CApel. Civ. y Com. Trenque Lauquen, 7/12/89, LA LEY, 1995-D, 854, sum. 116 y DJ, 1990-1-701.

(34) CNCiv., sala C, 20/11/97, LA LEY, 1999-C, 802 (caso 13.995) y ED 176-561.

(35) CNCiv., sala D, 10/5/96, JA 1997-II-42.

(36) CCiv. 2ª de la Capital, JA 1943-IV-401.

(37) CCiv., Com. y Lab, Rafaela, 25/7/13, LL Litoral, octubre de 2013, p. 1.040.

(38) CSJN, 15/11/05, LA LEY, 2005-F, 479, LA LEY, 2006-A, 367 y 605, ED 216-192, JA 2005-IV-62, JA 2006-I-20, y RDF, Ed. Lexis Nexis/Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, n° 2006-II, ps. 17-21.

(39) CApel. Civ. y Com. Junín, 16/12/08, DJ, del 08/07/09, y LLBA, año 16/n. 6/julio de 2009, p. 597 (con nuestra nota aprobatoria).

res de alimentante (a raíz de sus reiterados incumplimientos), lo cual fue denegado porque, según el juez de primera instancia, no era la vía idónea para ello.

Por lo tanto, a nuestro entender, la madre había cumplido ciertos pasos procesales tendientes a lograr el pago de la cuota fijada al principal obligado y no era justo exigirle otros, atento al fracaso de los que ya había intentado.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, otro fallo provincial(40) manifestó que “el carácter subsidiario de la obligación alimentaria que incumbe a los abuelos, cuando los beneficiarios son menores de edad, debe estar desprovisto de la exigencia de las formalidades que desnaturalizan la obligación”.

Con posterioridad, se determinó(41) que, si bien, la madre de los nietos puede demandar alimentos a los abuelos, resulta necesario que demuestre, o bien surja de las circunstancias del caso, que el padre no puede sostener a sus hijos. No obstante, agrega esta jurisprudencia(42): “No es dable exigirle que agote una serie de pasos formales si las circunstancias demuestran que serán inútiles, pero —al menos— debe alegar la convicción de que no existe otro remedio para condenar a los abuelos... Teniendo en cuenta el carácter subsidiario de la obligación alimentaria de los abuelos, la acreditación de la falta de medios suficientes de la madre para soportar la manutención de los menores, las necesidades de los alimentados y que en materia de familia debe prevalecer el interés moral y material de los niños y, por lo tanto, su bienestar sobre toda otra circunstancia que pueda darse en cada caso particular”.

Se dijo(43) que “resulta procedente la acción contra los abuelos sin exigir al progenitor que —en representación de su hijo menor de edad reclama alimentos— agote una serie de requisitos formales, si las circunstancias del caso revelan que son inútiles, lo cual resulta suficiente para la admisión de la acción el incumplimiento sistemático del principal obligado, o bien la acreditación de su imposibilidad de afrontar la obligación, como ocurriría en supuesto como el de marras, ante el fallecimiento del progenitor no reclamante”.

Asimismo, se adujo en otro fallo(44) que “la obligación de los abuelos respecto de los nietos es subsidiaria y el padre que los reclama debe justificar la insuficiencia de sus recursos y las del otro padre, o bien la imposibilidad de suministrar los alimentos, para poder reclamárselos a los primeros. Pero, no es dable exigirle que agote una serie de pasos formales si las circunstancias demuestran que serán inútiles, si bien, al menos, debe alegar la convicción de que no existe otro remedio para condenar a los abuelos”.

En el mismo orden(45): “Aunque es sabido que quien reclama la prestación alimentaria debe justificar la falta o insuficiencia de recursos o la imposibilidad de los padres de suministrar los alimentos, no es dable exigirle que agote una serie de pasos formales si las circunstancias demuestran que serán inútiles, pero —al

menos— se debe llegar a la convicción de que no existe otro remedio que hacer efectiva la obligación alimentaria que atañe a los abuelos”.

También(46), que “sin desconocer el carácter subsidiario de la obligación alimentaria que incumbe a los abuelos, tal subsidiariedad implica que la pretensión de alimentos respecto de ellos debe estar desprovista del requerimiento de formalidades que desnaturalicen esa obligación, evitando el rigorismo formal en cuanto a las exigencias procesales y de carácter probatorio, para dar primacía al aspecto sustancial y primordial de la problemática que reside en la satisfacción de las necesidades básicas del menor, merced a la aplicación del principio de solidaridad familiar”.

Es que, “cuando el nieto es un menor de edad, la situación exige un particular tratamiento, en función del primordial interés superior del niño y el deber de protección integral de la familia, lo que permite flexibilizar los requisitos de procedencia” y, por ello, “sin perjuicio de la observancia del orden de los obligados a la prestación alimentaria, debe evitarse el rigorismo formal en cuanto a las pruebas y exigencias procesales, para dar lugar al aspecto sustancial y primordial de la cuestión: las necesidades básicas del menor”(47).

En consonancia, se ha señalado(48) que “a quien acciona por alimentos en contra de sus abuelos, no cabe exigirle que agote previamente una serie de actos procesales si las propias circunstancias del caso demuestran que serían inútiles; basta con arrimar elementos a la causa que lleven a la convicción del juez de que no existe otro remedio que hacer efectiva la obligación alimentaria que atañe a los abuelos. En el caso, corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda de alimentos interpuesta contra los abuelos paternos de un menor y dispuso una cuota alimentaria de \$1.200, por cuanto dado que la subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos no es una regla de carácter procesal sino un precepto de derecho sustancial que apunta a la protección integral de la familia y en virtud del cual debe evitarse el rigorismo formal de las pruebas y exigencias procesales, debe tenerse por acreditada la realización sin éxito de todas las gestiones que la actora tenía a su alcance para hacer efectivo el crédito alimentario contra el obligado principal mediante el certificado del actuario en el que se dejó constancia que el progenitor no cumplió la pensión alimentaria fijada en el incidente de aumento de cuota, y porque de la prueba pericial y certificados médicos arrimados a la causa (incapacidad laboral —física y permanente— estimada por el experto en el 86%) surge la insuficiencia de recursos de la progenitora para satisfacer las necesidades alimentarias de su hijo menor. Asimismo, el monto de la cuota de alimentos resulta acorde con los ingresos de los demandados, los cuales oscilan en \$5.300, además de existir elementos en la causa que permiten presumir que reciben mayores ingresos (titularidad de varios automotores, cotitularidad de varios inmuebles, carácter de locadores de un inmueble, entre otros)”.

Y, de forma más categórica(49), se determinó que “el trámite de un juicio previo contra el progenitor es innecesario para acceder a la prestación alimentaria por parte de los abuelos, pues basta razonablemente que de las actuaciones surja que aquél no posee capacidad alimentaria o es renuente a brindarla, más aún, cuando la madre del menor no tiene ingresos excesivos y los abuelos sí”.

La aplicación práctica de esta postura intermedia a la cual adherimos estará dada, por un lado, en acoger favorablemente —en sede judicial— el reclamo contra los abuelos, cuando en la misma acción se pruebe fehacientemente que el progenitor no conviviente con los menores carece de medios para cumplir con la obligación alimentaria y que, por el contrario, los abuelos la pueden cumplir.

Ello, ha sido acertadamente receptado por jurisprudencia provincial(50).

En ese sentido, un fallo provincial(51) había dicho que “corresponde dar curso a la demanda conjunta de alimentos incoada por la actora contra el progenitor de su hijo y los abuelos paternos de éste, en aras al interés superior de los niños receptado por la Constitución Nacional, si de las constancias de la causa surge preliminarmente la dificultad de ambos progenitores para afrontar cabalmente las necesidades de su hijo, quien padece una enfermedad que requiere un constante seguimiento médico”.

También, la aplicación práctica de la postura que consideramos la correcta, permitirá que la demanda por alimentos vaya dirigida contra el obligado principal, pero que —en forma subsidiaria— también se reclame contra los abuelos, para el caso de que no se le puedan comprobar ingresos suficientes al primero para afrontar la cuota alimentaria o, para cuando comprobados dichos ingresos y fijada la cuota alimentaria, ésta no pudiera hacerse efectiva (por circunstancias ajenas al representante legal del menor).

El reclamo alimentario a los abuelos interpuesto de esta forma (en el mismo escrito que se reclama contra el principal obligado, pero en forma subsidiaria) permitirá que, ante la imposibilidad de fijar la cuota alimentaria al progenitor no conviviente, no se tenga que iniciar una nueva acción en sede judicial contra los obligados subsidiarios (en este caso, los abuelos).

En consecuencia, como podemos apreciar, la aplicación práctica de esta postura no sólo se adecua a lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que obedece a razones de economía procesal.

b) Postura del Código Civil y Comercial

Determina el art. 668 del nuevo Código:

“Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímelmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado”.

Este art. 668 del nuevo Código acoge la postura intermedia que hemos tratado *ut supra* y, de manera atinada, permite que se reclamen los alimentos para el hijo a los ascendientes y progenitores en un mismo proceso, debiéndose acreditar verosímelmente —en tal caso— las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.

Es decir, que se permite el reclamo en una misma acción tanto al padre como al abuelo, pero siempre que se acredite que no se podrán percibir estos alimentos del progenitor obligado en primer término o, al menos, que será muy dificultoso lograrlo.

Es ésta la postura correcta que hemos sustentado, desde hace algún tiempo, basándonos en la Convención de los Derechos del Niño, pero sin olvidar el carácter subsidiario de la obligación alimentaria derivada del parentesco.

La subsidiariedad en el nuevo Código se encuentra inserta en la primera parte del art. 537 en cuanto expresa: “Los parientes se deben alimentos en el siguiente orden: a) los ascendientes y descendientes. Entre ellos, están obligados preferentemente los más próximos en grado”.

Es la que determinó, hace un tiempo atrás, el fallo de la CApel. Civ., Com., y Laboral Reconquista (Santa Fe)(52), de fecha 12/04/2013.

Al aceptar esta posibilidad, ese Tribunal concluyó:

“Se confirma la sentencia que condenó a abonar al padre la suma de \$1.500 en concepto de cuota alimentaria, como obligado principal, y al abuelo paterno, en caso de incumplimiento del padre, al 20% de su remuneración o beneficio previsional, o la suma mensual de \$500”.

Y, asimismo, la que había receptado, con anterioridad, un fallo provincial(53) que expresó: “Corresponde dar curso a la demanda conjunta de alimentos incoada por la actora contra el progenitor de su hijo y los abuelos paternos de éste, en aras al interés superior de los niños receptado por la Constitución Nacional, si de las constancias de la causa surge preliminarmente la dificultad de ambos progenitores para afrontar cabalmente las necesidades de su hijo, quien padece una enfermedad que requiere un constante seguimiento médico”.

Más recientemente, alguna jurisprudencia sigue tal orientación al aplicar lo que estipula el art. 668 del Cód. Civ. y Com.

Al respecto, el fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo de la 1ª Nominación de Río Cuarto, Córdoba(54) determinó:

“En una postura que se definía como ‘intermedia’ entre la que entendía que la obligación de los abuelos sólo podía reclamarse una vez acreditada la insuficiencia de recursos de ambos padres o la imposibilidad de suministrarlos y la que propicia

{ NOTAS }

(40) CFamilia 2ª Nom. Córdoba, 14/9/11, Derecho de Familia y de las Personas, marzo de 2012, p. 107.

(41) CNCiv., sala C, 21/6/12, ED 250-224.

(42) CNCiv., sala C, 21/6/12, ED 250-224.

(43) CApel. Civ. y Com., salas I, Azul, 19/9/13, ED 255-463.

(44) CNCiv., sala C, ED 13/11/12, nº 13.120.

(45) CNCiv., sala G, mayo de 2013, ED Newsletter

Familia, del 30/07/13.

(46) CApel. Civ. y Com., sala I, Azul, 19/9/13, LLBA, año 20, nº 10 (noviembre de 2013), p., 1121, y Rubinzal online — RC J 17319/13.

(47) CApel. Civ. y Com., sala III, Mar del Plata, 13/5/14, ED 258-402.

(48) CApel. Civ. y Com., sala III, Mar del Plata, 13/5/14, Rubinzal online — RC J 3794/14.

(49) CCiv. y Com. 2ª, sala III, Paraná, 27/9/13, LL Litoral, noviembre de 2013, p. 1.065.

(50) CCiv. 2ª, Com. y Minería San Juan, 7/3/84, Rep. JA 1984-74, sum. 12.

(51) CCiv. Neuquén, sala III, 18/4/06, LL Patagonia, 2006-637.

(52) CApel. Civ., Com. y Lab. Reconquista (Santa Fe), 12/4/13, Rubinzal online, RC J 10134/13.

(53) CCiv. Neuquén, sala III, 18/4/06, LL Patagonia, 2006-637.

(54) CApel. Civ., Com. y Cont. Adm. 1ª Nom. Río Cuarto, Córdoba, 6/4/16, Rubinzal Online, Número de causa: 401290, RC J 4448/16.

la viabilidad de una acción directa o simultánea contra los abuelos, se sostiene que los principios enunciados por la Convención sobre los Derechos del Niño resultan aplicables a la obligación de los abuelos, porque, en general, están involucradas personas menores de edad, quienes se encuentran en plena etapa de desarrollo madurativo y para las cuales la cuestión alimentaria exige una respuesta prioritaria, redimensionando así la pauta de la subsidiariedad”.

“El art. 668, Código Civil y Comercial, adopta la postura intermedia o de subsidiariedad relativa, en la cual se compara que no es lo mismo ser padre que ser abuelo y que, por ende, la obligación alimentaria a favor de los abuelos ingresa a escena ante el incumplimiento del principal obligado, pero no por ello la efectiva satisfacción de la cuota alimentaria debe serlo en un nuevo proceso que retrase, en definitiva, el cumplimiento de una obligación que involucra de manera directa un derecho humano como lo es el alimentario”.

“De este modo, el Código Civil y Comercial admite que existe una subsidiariedad de fondo, debiéndose demostrar al menos verosimilmente que el principal obligado no cumple con el deber que tiene a su cargo, pero ello no es óbice, precisamente por tratarse de una persona menor de edad para quien el incumplimiento alimentario lo perjudica en su desarrollo y sobre el cual recae una protección especial, para que se flexibilice la cuestión procedimental”.

“Se concluye que la reforma admitió que no es lo mismo ser padre que abuelo, siendo que al primero le cabe una responsabilidad mayor y primordial en el cumplimiento y efectiva satisfacción del deber alimentario, lo cierto es que cuando se trata de alimentos en beneficio de personas menores de edad, la ley debe reconocer ciertas flexibilidades aun cuando se siga tratando de alimentos entre parientes”.

“La juez *a quo* entendió demostrado y reconocido que el padre del menor no posee ingresos propios ni bienes, que estudia y sus gastos son solventados por sus progenitores, infiriendo de ello —correctamente— que no existe la posibilidad concreta de que, ante el incumplimiento de la obligación a su cargo, se pueda hacer efectiva la ejecución de la cuota”.

“Y la propia relación que el abuelo apelante efectúa respecto de los pagos realizados en concepto de cuota provisoria refuerza la conclusión de la *a quo* en cuanto a que el padre del niño ha depositado de manera irregular la cuota alimentaria provisoria, pues habiendo sido fijada en el mes de julio el primer pago se realizó en diciembre y los siguientes en marzo, julio, septiembre y noviembre del año posterior lo que evidencia la irregularidad denunciada por la juzgadora, pues atendiendo a la naturaleza esencialmente alimentaria de la cuota, no puede concebirse su pago en períodos largamente superiores al mensual en que fue establecida la obligación”.

“Corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el abuelo code mandado y, en consecuencia, establecer que la condena a pagar la cuota alimentaria establecida a favor del menor de edad es en forma concurrente con el obligado prin-

cipal, pues respecto de la solidaridad establecida en la instancia de grado, cabe tener en cuenta que la *a quo* no ha distribuido las cargas alimentarias entre los obligados, sino que el fundamento de la extensión de la obligación a los abuelos radica precisamente en la carencia de ingresos y bienes propios del padre del menor y en la insuficiencia de los recursos de la madre, por lo que la extensión de la condena a los abuelos, si bien es subsidiaria —aunque simultánea— es integral, es decir, abarca la totalidad de la cuota fijada”.

“Así también, la simultaneidad de la condena excluye la necesidad de intentar cualquier trámite previo tendiente al cobro en contra del obligado principal, pues se presume ya comprobados los extremos aludidos. Ello así, no obstante que estrictamente la solidaridad sólo puede emanar de la ley o de la voluntad expresa de las partes, pues la decisión judicial no puede crearla, solo declararla, cuando los demandados adeudan al acreedor la misma prestación, aunque no sean deudores solidarios, se está en presencia de las llamadas obligaciones concurrentes, que se caracterizan por tener un mismo acreedor e identidad de objeto, aunque diversidad de causa y deudor”.

“En tal sentido, si bien el origen en ambos casos —del padre y de los abuelos— es la obligación alimentaria, la del primero se inserta en el marco de los deberes de los progenitores, mientras que la de los segundos reconoce su origen —en ambos casos, legal— en el deber establecido en virtud del vínculo de parentesco, sea que el reclamo se formule simultánea o sucesivamente, en el mismo proceso o en proceso diverso y sin perjuicio de los alcances de la obligación en el supuesto en que el alimentado es un menor”.

Asimismo, una vez vigente la nueva normativa, el Juzgado de Familia de General Roca(55) hace aplicación del art. 668 del Cód. Civ. y Com. al determinar una cuota alimentaria para el padre y otra para la abuela.

Este innovador fallo, de la jueza Moira Revsin, determina:

“Si bien originalmente la obligación alimentaria de los abuelos quedaba subsumida dentro de la regulación de los alimentos entre parientes, con alcances más acotados que los derivados de la relación paterno-filial, la jurisprudencia citada también propició un avance, el que llevó a la regulación de esta obligación en el nuevo ordenamiento dentro del título de la responsabilidad parental, en el art. 668 Cód. Civ. y Com.: “Debe aclararse que los alimentos entre parientes tienen una regulación propia (arts. 53 y ss.). Por otra parte, la obligación a cargo de los ascendientes cuando el alimentado es una persona menor de edad observa claras singularidades (arts. 668 y 541).” (Lloveras, N., Orlandi, Olga y Tavip, Gabriel, comentario al art. 668, en *Tratado de Derecho de Familia según el Código Civil y Comercial de 2014*, t. IV, Kemelmajer-Lloveras-Herrera (Dirs.), Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe 2015, p. 195”).

“Se prioriza, por ende, el interés superior del niño buscando la satisfacción de sus necesidades a través de diversos medios que la tornen efectiva, sin exigencias rituales para quien reclama alimentos y sin límites en cuanto a restringir la satisfacción de unos pocos rubros (lo cual es

propio de la obligación entre parientes, los que se limitan a los alimentos “de toda necesidad”). Como corolario de esta evolución interpretativa, el art. 668 establece: “Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de los previsto en el título de parentesco, debe acreditarse verosimilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado”, con lo que deja el camino abierto para poder iniciar conjuntamente ambas acciones, abarcándose una amplia gama de necesidades a satisfacer, todo esto sin perjuicio de la facultad que tiene el abuelo o abuela a quien se le reclaman los alimentos de demostrar que el progenitor se encuentra en condiciones de mantener económicamente a sus hijos, tal cual lo prescribe el art. 546 CCiv. y Com.”.

“Por lo mencionado precedentemente, resulta conveniente fijar el pago de la cuota en cabeza de esta abuela en un porcentaje de los haberes, el que mantendrá la proporción entre el derecho de los alimentistas y las posibilidades económicas de la alimentante, el que estimo en el 20% de sus ingresos por su trabajo en relación de dependencia o la jubilación que en el futuro la reemplace (descontándose sobre el bruto únicamente los gastos de obra social, jubilación y seguro de vida obligatorio), suma que nunca podrá ser inferior al 32% del s.m.v.m., pauta que utilizo para mantener la coherencia con lo resuelto en relación a la cuota a cargo del padre”.

“La cuota fijada a cargo de la abuela es complementaria a la fijada para el padre, lo cual significa que si el padre cumple con el total de su obligación, la abuela no deberá abonar monto alguno en concepto de alimentos para estos tres nietos menores de edad, hijos de S. S. Y para el supuesto que su hijo no abone suma alguna, el máximo de su obligación queda determinado por los montos que fueron fijados en el párrafo anterior”.

“Hacer lugar a la demanda incoada por la señora N. C. P. en representación de sus cuatro hijos P., L., R. y N. S. P. imponiendo el pago de una cuota alimentaria en forma mensual y consecutiva, con vencimiento el día 10 de cada mes, a su padre, Sr. S. A. S., por la suma equivalente al 30% de los haberes del Sr. S. S. desde el día 1º/ Feb/2005 hasta el mes julio de 2005 y por la suma equivalente al 35% de sus ingresos desde el mes de agosto de 2005 en adelante (fecha estimada de la concepción de la hija más pequeña, N.). Estas sumas no podrán ser en ningún supuesto inferiores al 65% del s.m.v.m. antes del mes de Ago/2005 (excluido) y 75% del s.m.v.m., quedando estimado que en la actualidad el valor mínimo a depositarse deberá ser de \$ 4.191, controlándose su incremento en cada oportunidad en que se modifique este valor en el futuro. Con costas al alimentante”.

“Hacer lugar a la demanda incoada por la Sra. N. P. en representación de sus tres hijos menores de edad (L., R. y N.), imponiendo el pago de una cuota alimentaria complementaria, pagadera en forma mensual y consecutiva con vencimiento el día 10 de cada mes, a la abuela paterna, Sra. I. S. C., por la suma equivalente al 20% de sus ingresos por su trabajo en relación de dependencia o la jubilación que en el futuro la reemplace (descontán-

dose sobre el bruto únicamente los gastos de obra social, jubilación y seguro de vida obligatorio), suma que nunca podrá ser inferior al 32% del s.m.v.m. Una vez firme la sentencia, la actora deberá practicar planilla para el cálculo de la cuota suplementaria adeudada. Con costas a la alimentante”.

II. Autonomía de la cuota alimentaria proporcionada por los abuelos. Posibilidad de imponerles una cuota complementaria

La autonomía de la cuota que corresponde a los abuelos, en primer lugar, se verifica en su extensión, pues —aunque se tome la extensión de la cuota conforme a las pautas de la Convención sobre los Derechos del Niño o de la parte final del art. 541 del nuevo Código— no por ello dicha extensión va a ser idéntica a la que les corresponde a los progenitores respecto del menor.

También, dicha autonomía se refleja en el hecho de que, condenado el progenitor al pago de la cuota, si éste la incumple y no se puede hacer efectiva la ejecución —por cualquier motivo que sea—, no cabe trasladar la ejecución de esa cuota en forma automática a los abuelos(56).

Conteste con ello, parte de la jurisprudencia(57) estableció que no es lícita la pretensión de trasladar —en todo o en parte— el peso de la obligación alimentaria que corresponde a los progenitores sobre los abuelos.

Y en ese mismo orden de ideas, resulta inadmisibles que se les reclame a estos últimos el pago de alimentos atrasados que son adeudados por el padre(58).

En contra de esta opinión, se ha pronunciado algún fallo(59), en forma aislada, al trasladar en la etapa de ejecución la condena que correspondía al progenitor a los abuelos —ante el incumplimiento del primero—, sin requerir un proceso previo contra los últimos.

Si ha fracasado la ejecución del principal obligado, de acuerdo con lo preceptuado en nuestra legislación, habrá que entablar una nueva acción de alimentos —demanda mediante— contra quien le sigue en orden de grado —en este caso, los abuelos—, ya que éstos no deben soportar una traslación directa de la condena pronunciada contra el progenitor(60).

Por lo tanto, ante el incumplimiento del progenitor obligado y la imposibilidad de cobrar la cuota por los remedios procesales que fija nuestra legislación, se requerirá un nuevo proceso —esta vez, contra los abuelos— en donde se fije una cuota que será independiente de la establecida para el progenitor.

Este nuevo proceso podría obviarse si interpuesta la demanda por alimentos contra el principal obligado, y conociendo que la ejecución en su contra no producirá efecto alguno, se solicita en forma subsidiaria la cuota alimentaria a los abuelos, acreditando (aunque sea, por prueba indiciaria) el caudal económico con que cuentan aquéllos para tal finalidad.

Tal proceder es conteste con lo preceptuado por el art. 668 del nuevo Código en cuanto establece: “Los alimentos a los ascendientes pueden ser reclamados en el

{ NOTAS }

(55) “P., N. C. c. S., Sebastián Aníbal s/ Alimentos”, JFamilia General Roca, 17/11/15, inédito.

(56) CNCiv., sala K, 15/4/99, LA LEY, 2000-C, 888 (42.607-S).

(57) CNCiv., sala D, 20/3/84, LA LEY, 1984-C, 633 (caso 5240) y Rep. LA LEY, 1984-142, sum. 64; íd., 23/2/98, ED 181-557; ídem, sala A, 18/4/88, ED 129-237; CApel. Concepción del Uruguay, sala Civ. y Com.,

28/2/96, JA 1998-IV-45 (índice), sum. 37.

(58) CNCiv., sala F, 14/2/96, LA LEY, 1996-D, 889 (caso 11.022)

(59) CNCiv., sala H, 30/6/95, en RDF, Ed. Abeledo-Pe-

rrot, Buenos Aires, 1998, nº 14, ps. 233 y ss.

(60) CNCiv., sala F, 14/2/96, LA LEY, 1996-D, 889 (caso 11.022); íd., LA LEY, 1998-B, 916 (caso 12.464).

mismo proceso en que se demanda a los progenitores o en proceso diverso; además de lo previsto en el título del parentesco, debe acreditarse verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado”.

Ello, no es contrario a lo establecido en el art. 537 del Cód. Civ. y Com., pues la pretensión contra los abuelos —si bien, en una misma presentación y en un mismo escrito (en oportunidad de interponer la demanda)— se efectuará en carácter subsidiario.

En ese mismo sentido, se expidió la sala I de la Cámara Nac. en lo Civil (61) al decir: “El carácter subsidiario de la obligación alimentaria no obsta a que en un mismo proceso, se demande al principal obligado y se intente, paralelamente, acreditar los extremos que tornan viable la demanda de alimentos contra los parientes. Admitir lo contrario, redundaría únicamente en perjuicio de los reclamantes, quienes, luego de atravesar todo un proceso, con el insumo de costos y tiempo que ello irroga, deberían promover uno nuevo, cuando ello se podría haber tramitado en un solo expediente, todo lo cual adquiere ma-

yor peso, al tratarse de la satisfacción de las necesidades básicas que la prestación está destinada a satisfacer”.

Por otra parte, la autonomía de los alimentos debidos por los abuelos, con relación a los que tienen a su cargo los progenitores, se ha manifestado en un fallo (62) que determinó: “Tratándose de alimentos reclamados a los abuelos de los menores, no es posible hacerlo en forma retroactiva, en razón de que hasta tanto se dictó el pronunciamiento que ordenó el pago de la pensión, la obligación pesaba exclusivamente sobre los padres, lo cual no se modifica por la circunstancia de que un abuelo haya reconocido que colaboró con la manutención de sus nietos”.

Otro aspecto a considerar, relacionado con la autonomía que estamos tratando, se da cuando los ingresos económicos con los que cuenta el progenitor no alcanzan para cubrir las necesidades del menor.

Entendemos que, en tal caso, resulta procedente iniciar la acción contra los abuelos (63), siempre que los ingresos del progenitor no alcancen para cubrir las necesidades de los menores.

De esta forma, la cuota establecida a los abuelos funcionaría como un complemento de la que tiene fijada el obligado principal (el progenitor alimentante).

Al respecto, se estableció (64) que “no basta que el alimentante pase una pequeña cantidad de dinero a sus hijos y luego aparezca abonando algunas sumas algo superiores a la fijada judicialmente para concluir que cumple con su obligación y evitar que se actualice el reclamo contra los abuelos, en tanto tal conducta demuestra, en realidad, que tales pagos constituyen una maniobra con el propósito de impedir el andamiento de la acción deducida contra estos últimos”.

Y, de forma más explícita (65), que “teniendo en cuenta que los beneficiarios reciben ayuda esporádica y en forma irregular de sus progenitores, en tanto no basta que los padres pasen una pequeña cantidad de dinero como cuota alimentaria para evitar que se pueda acudir a los abuelos”.

En este mismo orden de ideas, pero más recientemente, se estableció, respecto de la cuota complementaria, que se le puede imponer a los abuelos.

Al respecto, el fallo del Juzgado de Familia de Paso de los Libres (66), Provincia de Corrientes fija una cuota suplementaria al abuelo, a fin de complementar la cuota alimentaria fijada al progenitor no conviviente con los hijos (que no se encontraba en condiciones económicas de abonar la totalidad de los alimentos), con fundamento

en lo dispuesto por el art. 668 del Cód. Civ. y Com.

Este fallo de Paso de los Libres decretó:

“El nuevo C.C.C. agrupa entre los arts. 658 y 660 la regla general de la obligación de alimentos y el contenido de la misma; disponiendo también que las tareas del cuidado personal del hijo tienen valor económico”.

“Siendo la demanda instaurada contra el progenitor y/o el abuelo paterno de los niños y bajo el principio de solidaridad familiar que alumbra el derecho alimentario, es posible determinar el abono de un porcentaje por parte del familiar que resulte subsidiariamente responsable y hasta tanto el alimentante se encuentre en mejores condiciones de afrontar el pago de una cuota razonable”.

“...la cuota alimentaria para tres niños menores de edad, debiera resultar del cuarenta por ciento de un salario mínimo vital y móvil, el cual asciende en la actualidad a la suma de \$7.560 (Pesos siete mil quinientos sesenta), arrojando dicho porcentaje el total de \$3.024 (Pesos tres mil veinticuatro), suma esta que se integrará, en primer lugar, por el obligado principal hasta cubrir el total de \$2000 (Pesos dos mil) y complementariamente por el abuelo paterno, en lo restante y hasta alcanzar el mínimo perseguido, cuyo monto asciende a la suma de \$1.024 (Pesos mil veinticuatro)”.

Cita on line: AR/DOC/1441/2017

{ NOTAS }

(61) CNCiv., sala I, 23/2/96, JA 2005-III-1474, sum. 215.

(62) TS La Rioja 28/3/06, LL Gran Cuyo, 2006-1417.

(63) CCiv. y Com. 3ª Nom. Córdoba, LL Córdoba, 2001-985; CApel. Concepción del Uruguay (de los Considerandos del fallo), 2/10/02, LL Litoral, 2003-1097.

(64) CFamilia 2ª Nom. Córdoba, 14/9/11, LL Córdoba, octubre de 2011, p. 993.

(65) CNCiv., sala G, *elDial.com* — AA76D4.

(66) JFamilia Paso de los Libres, 26/10/16, *elDial.com* — AA9ADA.

JURISPRUDENCIA

Daños por difusión de imagen

Publicación en una revista deportiva de imágenes en las que aparecería el accionante. Derecho de admisión en estadios de fútbol. Información de tipo general en donde intervienen particulares en cuestiones de interés público. Rechazo de la pretensión. Art. 31, incs. 2 y 3 de la ley 11.723

Hechos: *Quien aparecería en unas imágenes publicadas en una revista deportiva con una referencia a sus problemas legales por habersele aplicado el derecho de admisión en estadios de fútbol, dedujo demanda de daños contra la editorial. La sentencia rechazó la pretensión. La Cámara confirmó el pronunciamiento.*

La editorial no es responsable de los daños derivados de la publicación de una imagen en una revista deportiva en la que aparecería el accionante, a quien se le habría aplicado el derecho de admisión en estadios de fútbol, pues, al tratarse de información de tipo general donde intervienen particulares en cuestiones de interés público, con ella se está tratando de mostrar una situación de la que ese individuo formaba parte, por lo que la foto debe ser tomada en el contexto de la nota periodística que busca ilustrar acontecimientos de interés público (art. 31, incs. 2 y 3, ley 11.723).

120.195 — CNCiv., sala J, 30/03/2017. - M. E. A. c. A. G. E. A. S.A. s/ daños y perjuicios.

[Cita on line: AR/JUR/15395/2017]

! COSTAS

Se imponen a la actora.

2ª Instancia.- Buenos Aires, marzo 30 de 2017.

La doctora *Wilde* dijo:

I. La sentencia de fs. 253/259 rechazó la demanda entablada por E. A. M. contra A. G. E. argentino S.A., con costas a cargo de la perdedora.

Apela la parte actora, quien expresa agravios a fs. 278/283, cuyo traslado ha sido contestado por la contraria a fs. 285/286.

Consentido que fuera el auto de fs. 299, han quedado las actuaciones en estado de dictar sentencia.

II. El actor promovió la presente acción de daños y perjuicios contra la empresa editorial ya aludida, por el cobro de setenta y dos mil pesos, con más sus intereses y costas del proceso. Refirió que aquéllos fueron ocasionados por dos publicaciones realizadas por el Diario *Olé* en mayo del año 2012, utilizando fotos en la cual se lo identifica como E., aduciendo que es la mano derecha de B. y que tiene líos legales.

III. El Código que nos rige ha traído una expresa disposición respecto a la temporalidad de la ley. A fin de interpretar coherentemente las normas contenidas en el art. 7, sobre la base de la irretroactividad de la ley respecto de las situaciones jurídicas ya constituidas o extinguidas, y el principio de efecto inmediato de la nueva ley sobre las situaciones que acontezcan, o relaciones jurídicas que se creen con posterioridad a su vigencia, y a las consecuencias de las relaciones y situaciones

jurídicas existentes, ha de tenerse en consideración en este caso que la situación de que se trata ha quedado constituida, con sus consecuencias devengadas, conforme a la ley anterior.

Las consecuencias son los efectos —de hecho o de derecho— que reconocen como causa una situación ya existente, en este caso, el hecho ilícito imputado. Por lo que al haber nacido al amparo de la legislación anterior, ella es la que regula el presente.

IV. La accionante cuestiona lo decidido por entender que ha sido ignorado en la sentencia de autos la declaración testimonial de quien fuera el autor de dichas notas, sosteniendo que a través de sus manifestaciones se brinda “la certeza necesaria a los dichos de la actora”, lo que implicaría a su criterio reconocer el daño producido a su parte en los presentes.

Para justificar ese posicionamiento fáctico y jurídico, esgrime que el testigo reconoce al actor en las fotos que publicó, aduciendo que en su calidad de periodista de varios medios de comunicación gráfico, radial y televisivo y por tratarse de una persona de inteligencia necesaria, debió darse cuenta que con sus palabras perjudicaba a la empresa demandada.

V. A poco que se analice la parte de la sentencia que se alude en la apelación, respecto a que el nombre del accionante no ha sido mencionado en ninguna de las dos notas obrantes a fs. 3 y 6, ya que se ha indicado a aquel, con su apodo de E.; se comprenderá que es lógico y coherente lo afirmado por el testigo. Nótese, las características personales del periodista que redactara la nota, descriptas por el propio apelante, son las que muestran que es razonable que éste reconociera de quién se trataba.

Mas, ninguna trascendencia tiene que éste lo pudiera identificar en razón del conocimiento que aquél esgrime sobre el tema tratado, porque mal podría haber elaborado esa nota si no hubiere conocido a los personajes.

De modo que no se trata de lo que el periodista, especializado en temas deportivos, conozca y reconozca acerca de los apodos de las personas, sino de la trascendencia de la publicación respecto de quienes la leen.

El conocimiento que esgrime el declarante proviene de la tarea que desempeña. Pero esa información devenida de su especialización en modo alguno tiene incidencia en lo sostenido en la sentencia.

Súmese a lo ya señalado que en la demanda cuando se intenta justificar el daño se refieren al medio, “poder ser identificado por todos los lectores del periódico” (v. fs. 9vta.). Inclusive hace alusión a que las publicaciones “me han generado problemas en mi trabajo”... “mis compañeros y autoridades”... “he debido dar explicaciones a amigos, familiares, vecinos, padres de compañeros de escuela de mis hijos”... (v. fs. 9vta.).

Consecuentemente que el periodista autor de la nota conociera al actor por su nombre es realmente intrascendente a los fines que se persiguen en los presentes, por lo que cabe adelantar que lo señalado no permite modificar nada de lo decidido.

Mas la primera de las fotos agregadas a autos no admite identificar a nadie, basta observarla para así verificarlo (v. fs. 3). La segunda, la que lleva los números, es la que habilita a ver algo más; mas al tratarse de información de tipo general, donde intervienen particulares en cuestiones de interés público, con ella se está tratando de

mostrar una situación de la que ese individuo formaba parte. Prueba de ello es que es un conjunto de personas, no la imagen de una persona aislada.

Por lo que la foto debe ser tomada en el contexto de la nota periodista, que busca ilustrar acontecimientos de interés público (art. 31 incs. 2 y 3 de la ley 11.723). Aunque la foto haya sido tomada en Japón, esa imagen fue obtenida en un evento deportivo público, durante el desarrollo de aquél, en forma pública y lo que busca es ilustrar esa nota periodística.

A pesar que a la prensa pueda atribuírsele un interés comercial por sus publicaciones, pensándose desde un sentido empresarial; no cabe duda que también persigue otros objetivos, mostrar por ejemplo, hechos de interés público, y la reproducción de esa imagen responde a ese propósito.

La norma contenida en el artículo 31 contiene una regla de carácter general, que debe ser respetada en principio, pero las excepciones planteadas a ella son amplias, involucrando estas últimas el caso que se analiza.

No debiéndose desvirtuar el verdadero alcance de esa protección que brinda la ley, sino que la tesisura debe ser evaluada en integridad, vinculándola a toda la situación planteada.

Por ello el lugar donde se obtuvo esa fotografía es intrascendente al fin perseguido por el recurso de apelación intentado y en consecuencia la nota no es falsa ni inexacta, conforme sostiene por la actora, sino que es concordante con la meta perseguida por aquella.

Cabe entrar a continuación al tema: “líos legales”, ya que el apelante entiende que lo decidido “asegura que el Club Independiente, a través de sus autoridades, al haber solicitado que se aplicara el derecho de admisión al Sr. E.A.M., comunicándole tal solicitud al Secretario Ejecutivo de la Agencia de Prevención de la Violencia en el una persona tiene líos legales...”

Sin perjuicio de la redacción, lo que se quiso significar es que la expresión utilizada tiene el sentido de “tener causas legales o ser parte de una investigación penal o policial”... (v. fs. 280 vta./281).

Como se comprenderá de la simple lectura del rezongo lo que se intenta es disentir, buscando darle otro sentido diferente a la expresión del que le fuera asignado en la sentencia, no realizar una crítica concreta y razonada de lo explicitado en aquella. (v. fs. 257 vta.)

Para que existe expresión de agravios no bastan manifestaciones imprecisas, genéricas, razonamientos totalizadores, remisiones, ni, por supuesto, planteamiento de cuestiones ajenas. Se exige legalmente que se indiquen, se patenten, analicen parte por parte las consideraciones de la sentencia apelada. Por cierto, ello no significa ingresar en un ámbito de pética conceptualización ni de rigidez insalvable. En el fecundo cauce de la razonabilidad, y sin caer en un desvanecedor ritualismo de exigencias, deben indicarse los equívocos que se estimen configurados según el análisis —que debe hacerse— de la sentencia apelada. (CNCiv., Sala H, “Unger, Graciela Patricia c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires

s/ daños y perjuicios” —R. 440.642 - J. 1— 30/06/2006).

Se ha decidido jurisprudencialmente que deben precisarse parte por parte los errores, las omisiones y demás deficiencias que se la atribuyan al fallo, especificando con toda exactitud los fundamentos de las objeciones, no reuniendo las afirmaciones genéricas y las impugnaciones de orden general los requisitos mínimos indispensables para mantener la apelación (LA LEY, tomo 134, página 1045; LA LEY, tomo 137, página 456; *El Derecho*, tomo 30, página 119; Jurisprudencia Argentina, tomo 1970-V, página 489). También se ha juzgado que la simple disconformidad o disenso con lo expuesto por el *a quo* sin fundamentar la oposición o sin dar las bases jurídicas, no importa “crítica concreta y razonada” (conf. LA LEY, tomo 134, página 1086).

A fin de dar cumplimiento con la carga establecida en la norma del artículo 266 del Código de forma, basta consignar que no fue cuestionado que los “líos legales” eran de “E.”, que quedó acreditado que el Club Atlético Independiente solicitó se aplicara el derecho de admisión respecto del actor, por las causales que se detallan en lo decidido, así como la definición que trae la Real Academia Española del término utilizado en la nota. (v. fs. 257vta.)

A mayor abundamiento cabe consignar que cuando se dio traslado de la documentación acompañada obrante con la contestación de la acción, la actora no la desconoció. (v. fs. 31/34, fs. 51 y fs. 56)

Ese pedido se fundó en el ejercicio de derecho de admisión que la normativa confiere al Club Atlético Independiente de Avellaneda, como integrante de la Asociación del Fútbol Argentino, “por haber promovido conductas que incitaron a la violencia contra las autoridades del Club Atlético Independiente en el partido del domingo próximo pasado jugado con el Club Atlético Boca Juniors”.

De modo que si la documental era inexacta, contenía errores o no respondía a la expectativa de la parte litigante o era injustificado que fuera incluido el nombre del actor en esa lista, nada más sencillo que desconocerla, y/o iniciar las acciones que considerare oportunas.

En el sistema procesal civil ha de tenerse en cuenta que éste tiene un carácter predominantemente dispositivo, con pocas excepciones, que no es el caso de autos, por lo que la fijación de los hechos se hará sobre la base de los alegados y controvertidos por las partes.

De modo que esa averiguación o verificación o comprobación de los hechos contemplados como presupuestos de la norma jurídica que se pretende concretar, no se realiza sobre los hechos reconocidos.

No tratándose de un litigio que verse sobre derechos o cuestiones indisponibles, la falta de desconocimiento en tiempo oportuno lo torna en un hecho admitido; por lo no puede ser objeto de prueba.

Sin perjuicio del respeto y aplicación que debe realizarse del principio de unidad de la prueba, íntimamente relacionado con el sistema de la sana crítica, que sigue nuestra legislación; la opinión de un periodista por mas versada que sea no puede ser tomada

en consideración, con relación a un tema eminentemente jurídico como es la presunción de legitimidad que emana del acto administrativo.

Las garantías de debido proceso y defensa en juicio deben ser respetadas en consonancia con las acciones que se interpongan, no siendo éste el ámbito donde fuera cuestionada la legitimidad del acto administrativo.

En conclusión, debo propiciar la confirmatoria de la sentencia por las razones “*ut supra*” puestas de manifiesto y lo dispuesto en los arts. 14, 28 y 32 de la Constitución Nacional, *Campillay, Julio Cesar c. La Razón Crónica y Diario popular*, Fallos: 308-789, 15/05/1986, cuando se omite la identidad de los presuntos implicados, Doctrina de la real malicia, *Morales Solá*, Fallos: 319-274 (12/11/1996) y *Ramos, Juan José c. LR3 Radio Belgrano y otros*, Fallos: 319:3428 (27/12/1996) *R. H. c. Editorial Tres Puntos s/ daños y perjuicios*, Fallos: 327:789, *M.A.I. c. Arte Gráfico Editorial Argentino* (16/05/2006) y la declaración parcial de desierto del recurso interpuesto y firme la sentencia en consecuencia.

Las costas cabe imponérselas a la actora en virtud del principio general contenido en el artículo 68 del C.P.C. y C. de la N.A.

Por ello, se propone al Acuerdo: I. Declarar desierto el recurso interpuesto, en los términos consignados en los considerandos. II. Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide y ha sido materia

de apelación y agravios. III. Imponer las costas de Alzada a la actora, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Las doctoras *Mattera* y *Verón* adhieren al voto precedente. Lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el Tribunal resuelve: I. Declarar desierto el recurso interpuesto, en los términos consignados en los considerandos. II. Confirmar la sentencia de grado en todo cuanto decide y ha sido materia de apelación y agravios. III. Imponer las costas de Alzada a la actora, en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). IV. Para conocer los honorarios regulados a fs. 259/259vta., apelados a fs. 265. En atención al monto comprometido, naturaleza del proceso, calidad, eficacia y extensión del trabajo realizado, cantidad de etapas cumplidas, resultado obtenido, y de conformidad con lo dispuesto por los arts. 1, 6, 7, 8, 9, 10, 19, 38 y conc. de la ley 21.839, y por resultar ajustados a derecho, confirmarse los honorarios regulados a los peritos y demás profesionales actuantes en autos.

Por la actuación en esta Alzada, se regulan los honorarios de los Dres. M. A. P. y R. F. N. en la suma de pesos ... (\$...) y los del Dr. H. M. F. en la suma de pesos ... (\$...). Regístrese, notifíquese y comuníquese a la Dirección de Comunicación Pública de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordada Nº 15/13 art. 4º) y oportunamente devuélvase. — *Marta Mattera*. — *Zulema Wilde*. — *Beatriz Verón*.

EDICTOS

El Juzgado Nacional en lo Civil Nº 100, a cargo del Dr. Alejandro C. Verdaguere (subrogante), Secretaría Única, del Dr. Osvaldo Guillermo Carpintero, sito en Av. de Los Inmigrantes 1950 (4º piso), de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, comunica por 2 días, en autos: “CANCIO ELENA c/CANCIO NORMA MARÍA s/DIVISIÓN DE CONDOMINIO” Nº 27974/2012, que el martillero Álvarez Torres Diego Fernando substará el día 16 de mayo de 2017, a las 10:45 hs., en punto, en el Salón de Ventas de la calle Jean Jaurés 545 de esta ciudad, el inmueble ubicado en la calle Moreto 782, entre Chascomús y Av. Directorio de esta ciudad, Matrícula: 1-23090; Nomenclatura Catastral: Circ. 1, Sec. 54, Manz. 62, Parc. 18; según constatación realizada por el martillero que obra a fs. 193, 197/99 y que dice: estado de abandono, frente de 8,66 ms por 37 mts, tres habitaciones con baño y cocina, fondo terraza y un patio casa tipo chorizo. Estado de ocupación: ocupado por el hijo de la propietaria (fs. 199). Deudas: Aguas Argentinas: no tiene, fecha 23/12/2017, fs. 303/4. O.S.N.: no tiene, fecha 24/04/2017, fs. 317. Renta (ABL): no tiene, fecha 21/04/2017, fs. 326. Las presentes deudas se encuentran sujetas a reajustes por actualización de las mismas. Téngase presente lo dispuesto por la Exma. Cámara del fuero en plenario “Servicios c/Yabra” de fecha 19/02/99”. Certificado de dominio: Nº E00086897, fecha 15/02/2017, fs. 285/8. Certificado de inhabilitaciones: Nº E00086901, fecha 15/02/2017, fs. 289/90 y Nº E00086899, fecha 15/02/2017, fs. 291/92. Base: \$ 1.764.000. Señal: 30%. Comisión: 3%. Acordada 24/00 (CSJN): 0,25%. Todo en dinero en efectivo en el acto de la subasta y al mejor postor, debiendo el comprador acreditar su identidad, y constituir domicilio dentro del radio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, bajo apercibimiento de que las sucesivas providencias se le tendrán por notificadas en la forma y oportunidad previstas en el Art. 133 del C.P.C.C. El comprador deberá depositar el saldo del precio al 5º día de aprobada la sub-

basta en una cuenta a nombre de autos y a la orden del Juzgado, bajo apercibimiento de lo dispuesto por el Art. 580, C.P.C.C. No procede la compra en comisión. Exhibición: los días 10 de mayo de 2017, en el horario de 11:00 a 12:30 hs. Para mayor información dirigirse al Expte. o al martillero al Te.: 4521-7533.

Buenos Aires, 8 de mayo de 2017
Oswaldo Guillermo Carpintero, sec.
LA LEY: I. 12/06/17 V. 13/06/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 61 a cargo de la Dra. María Marcela Viano Carlomagno, Secretaría Única interinamente a cargo del Dr. Rodrigo Ezequiel Córdoba, sito en la calle Av. De Los Inmigrantes Nº 1950, piso 4, Ciudad de Buenos Aires, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores de RIAUDO TERESIO PRIMO a los efectos de que hagan valer sus derechos. Publíquese por 1 día (un día) en La Ley.

Buenos Aires, 19 de mayo de 2017
Rodrigo E. Córdoba, sec. int.
LA LEY: I. 12/06/17 V. 12/06/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 10, Secretaría Nº 19, sito en Libertad 731, 9º piso, de esta Ciudad, informa que el/la Sr./a LUZMILA DE LOS MILAGROS PINEDO FLORES de nacionalidad peruana con D.N.I. Nº 94.305.109, ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días en LA LEY.

Buenos Aires, 20 de abril de 2017
Roberto Muzio, sec.
LA LEY: I. 12/06/17 V. 12/06/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que JUAN JOSÉ FERNÁNDEZ GARCETE nacido en Asunción, Paraguay el 1 de febrero de 1984, con

DNI: 94.790.147, ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 30 de septiembre de 2016
Silvina A. Bracamonte, sec.
LA LEY: I. 09/06/17 V. 09/06/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 109, a cargo del Dr. Guillermo Dante González Zurro, Secretaría Única, sito en Talcahuano 490, 4º piso de Capital Federal, en los autos: “HUAYAPA BERROCAL ROGER C/CALCAGNO JONATHAN GABRIEL Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS”, Expte. Nº 22.776/2013, cita al Sr. JONATHAN GABRIEL CALCAGNO a fin de que comparezca en el plazo de diez días a estar en juicio por sí o por apoderado, a tomar la intervención que le corresponda, bajo apercibimiento de designarse al Defensor Oficial para que lo represente en juicio (art. 343 del Código Procesal). Publíquese por dos días en el diario LA LEY.

Buenos Aires, 15 de mayo de 2017
Pilar Fernández Escarguel, sec.
LA LEY: I. 07/06/17 V. 08/06/17

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 8, Secretaría Nº 16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal hace saber que JOHAN BELTRE LAGARES nacido en Santo Domingo, República Dominicana, el 23 de agosto de 1990, con DNI: 95.284.859 ha petitionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LA LEY”.

Buenos Aires, 9 de mayo de 2017
Silvina A. Bracamonte, sec.
LA LEY: I. 07/06/17 V. 07/06/17