

En la ciudad de San Juan, a un día del mes de mayo de dos mil veituno, reunidos en Acuerdo los Señores Jueces Miembros de la Sala Tercera de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería, Dres. Juan Carlos Noguera Ramos, Sergio Orlando Rodríguez y Juan Carlos Pérez, a los fines de conocer en estos autos N° 177.743 (Sala III 12.752), Caratulados: "S. F. A. C/ T. B. M. G. S/ Cautelar", originarios del Décimo Primer Juzgado Civil, el recurso de apelación interpuesto por el actor a fs. 56/75, contra la sentencia de fecha 26/04/21 obrante a fs. 48/51.

**LOS SEÑORES. JUECES DRES. JUAN CARLOS NOGUERA RAMOS, SERGIO ORLANDO RODRÍGUEZ Y JUAN CARLOS PÉREZ, dijeron:** La Sra. Jueza del Décimo Primer Juzgado Civil, RESOLVIO: *"1- Rechazar la medida cautelar solicitada por el Sr. F. A. S. Costas al actor vencido. 2- Regular los honorarios de los Dres. Zuleta y Lobos, por su actuación profesional en carácter simple, como vencidos y en forma conjunta, en la suma de PESOS DIEZ MIL (\$ 10.000 )"*.

#### **AGRAVIOS**

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

Luego de citar el art. 31 de la Ley Provincial 633-E, sostiene que con evidente desconocimiento del derecho y con alarmante desprecio de los derechos del niño por nacer, la intervención del Ministerio Público ha sido groseramente omitida; por

lo cual solicita que se declare nula dicha resolución y se resuelva la cautelar articulada haciendo lugar a la medida de no innovar.

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

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

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

Critica además, el criterio restrictivo para la procedencia de la cautelar aplicado por la magistrada, rigiendo para el caso un criterio amplio que resulta de las normas internacionales que protegen los derechos del niño y los suyos como progenitor, los que fueron invocados al interponer la medida.

El apelante expone que los recaudos para la procedencia de la cautelar se encuentran establecidos en los arts. 197 y 231 del C.P.C., por lo que no caben

dudas que todos y cada uno de estos requisitos se encuentran acreditados en el escrito inicial y con la prueba obrante en el expediente, por lo que, sostiene, en autos se dan todos los extremos exigidos por la ley de rito.

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

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

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

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

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

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

Analiza el contenido del art. 638 del CCyCom en conjunción del art. 19 del mismo cuerpo legal, para concluir que los padres deben respetar el interés superior del niño. En ese sentido, dice que la ley N° 27.610 no ha modificado ni alterado el régimen de obligaciones parentales.

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

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

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

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

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

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

Formula reserva de derecho.

## **TRATAMIENTO DEL RECURSO**

### **NULIDAD**

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

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

Teniendo en cuenta ello, la actuación del Asesor de Menores debe ser solicitada en la tramitación de ese proceso, y dada la premura en que debe

resolverse esta medida cautelar, dicha intervención puede ser requerida con posterioridad y durante el trámite del proceso que contenga la pretensión de fondo.

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

### **AGRAVIOS**

En relación a los agravios referidos a la procedencia de la medida cautelar, entendemos que la presente se encuadra en una medida de no innovar, contenida en el art. 231 de nuestro Código Procesal, que exige tres requisitos a saber: 1) que el derecho sea verosímil; 2) exista el peligro de que si se altera la situación de hecho o derecho, la modificación pueda influir en la sentencia o convierta su ejecución en ineficaz o imposible; y 3) la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra medida precautoria.

A su vez el artículo 197 del C.P.C. establece que las medidas cautelares podrán ser solicitadas antes o después de deducida la demanda. Requerida anticipadamente, no significa que la cautelar sea considerada como un proceso independiente del principal, sino que sólo se trata de autonomía de procedimiento, sin dejar de lado que ello importe una medida accesoria o instrumental del proceso.

En este caso, el solicitante ha requerido el dictado de una medida cautelar antes de interponer la demanda, conforme lo permite la norma recién mencionada, sin perjuicio de los efectos que puedan producirse a posteriori para el caso. Por lo que se debe tener presente, la sanción dispuesta en el art. 209 del C.P.C. para el

hipotético caso de que la demanda no sea iniciada dentro de los 10 días de su traba.

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

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

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

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

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

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

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

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

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



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

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

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

Al contrario de lo que se resolvió, consideramos que está suficientemente corroborada la veracidad de la situación jurídica por la que atraviesan F.A.S y M.G.T.B., en lo que hace al estado de embarazo y a la voluntad expresa de la cónyuge de someterse a la práctica de la IVE .

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

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

La ley 27.610 que regula el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, es un cuerpo normativo que se enmarca en el artículo 75 inciso 22 de la

Constitución Nacional y en todos los Tratados, Declaraciones y Convenciones internacionales ratificados por la República Argentina que se mencionan en el artículo tercero del mencionado cuerpo legal.

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

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

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

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

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

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

En especial, nos referimos a esas decisiones y conductas que exceden la autonomía personal de los cónyuges, porque sus efectos se proyectan naturalmente en la vida en común, con especial afectación a los intereses y derechos del otro.

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

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

Desde la concepción y transitando el embarazo, pueden suscitarse serias diferencias que afecten derechos y generen obligaciones para ambos por igual, algunas descripta de forma genérica, y otras legisladas de forma específica, como el caso de la mujer embarazada que tiene derecho a reclamar alimentos al

progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665 C.C.y Com.).

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

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

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

**Contracautela:** De acuerdo a lo dispuesto por el codificador en el art. 201 del C.P.C., las medidas precautorias se decretan bajo la responsabilidad de la parte

que la solicita, quien debe dar caución por todas las costas, daños y perjuicios que pudiere ocasionar.

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

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

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

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

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

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

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

Por ello, **LOS SEÑORES. JUECES DRES. JUAN CARLOS NOGUERA RAMOS, SERGIO ORLANDO RODRÍGUEZ Y JUAN CARLOS PÉREZ, RESUELVEN:**

**I - Hacer lugar al recurso de apelación deducido por F.A.S., en consecuencia, revocar la resolución dictada el 26/04/2021 en las hojas 48/51.**

**II - Ordenar, como medida cautelar de no innovar, a M.G.T.B. se abstenga de realizar cualquier práctica que tienda a interrumpir el embarazo hasta tanto la cuestión de fondo sea resuelta.**

**III - Fijar como contracautela la caución personal de F.A.S., en los términos expresados en el considerando correspondiente, quien deberá concurrir a la sede de este Tribunal a dicho fin.**

**IV - Intimar a F.A.S. para que, en el término de tres (3) días a partir de la notificación de la presente, interponga la demanda correspondiente al proceso principal, bajo pena de caducidad de la medida cautelar decretada.**

**V - Habilitar días y horas inhábiles a los efectos de la tramitación del procedimiento cautelar.**

**VI- Oficiar por secretaría del Tribunal a la D.O.S. y al Ministerio de Salud Pública de la Provincia a fin de que tomen conocimiento de la presente resolución.**

**Protocolícese, hágase saber y dése copia autorizada, bajen los autos.**

**Fdo. DRES. JUAN CARLOS NOGUERA RAMOS, SERGIO ORLANDO RODRÍGUEZ Y JUAN CARLOS PÉREZ- Secretaria- Dra. MARIANA ZAPATA.**