



Alimentos para el hijo por nacer. ¿O alimentos para la mujer embarazada?©

Por María Marcela Pájaro (*)

Diciembre 2012

www.selloeditorial.com.ar

Denominación de la subespecie.

He querido iniciar el presente artículo, provocando al menos una duda entre los lectores: ¿los alimentos para el niño por nacer, no son en realidad, alimentos para la mujer portadora de ese embarazo?

Como respuesta a este interrogante y de manera habitual, la jurisprudencia¹ y la doctrina² especializada, se han pronunciado asignando a esta subespecie la designación de *alimentos para el niño por nacer*, de acuerdo al concepto del art. 63 del Código Civil.

Ahora bien, esa definición soslaya que el nonato existe sí y sólo si se encuentra en el seno materno. Tanto es así, que el proyecto de reforma de Código Civil, en su art 19 dispone que la existencia de la persona humana comienza con la concepción en la mujer, o con la implantación del embrión en ella, en los casos de técnicas de reproducción humana asistida.

No existe duda: No hay vida **humana** -para la ley argentina- fuera del vientre materno.

No puede entonces ignorarse que, si el embarazo es un proceso que se produce indefectiblemente en cuerpo de una mujer, y que es inescindible de ella, la afecta en todas las dimensiones de su vida.

Durante el período del embarazo, la vida de la madre y de la persona por nacer se conjugan de modo tal que solo puede protegerse integralmente a cada uno de ellos, si se protege integralmente al otro.

Por lo tanto pretender que los alimentos sean "para el niño por nacer" importa desconocer a la mujer que porta el embarazo, desmereciendo la función esencial que realiza y las implicancias radicales que su condición acarrea en su vida.

1 Trib Colegiado de Instancia Única en lo Civil de 5° Nominación de Rosario. GBF c/ MHH. 6-8-2008.

2 Bossert, Pettigiani.



Esta mirada limitativa o parcial de la prestación alimentaria, permite en cierto modo limitar la cobertura, y por ende resulta perjudicial tanto para la madre como para la niña o el niño por venir.

Huelga recordar que los derechos que puede adquirir la persona aún no nacida están sujetos a que el alumbramiento se produzca con vida, ya que de acuerdo al artículo 74 del Código Civil, si el bebé muere antes de estar completamente separado del seno materno, se considerará como si no hubiere existido.

Ergo, la prestación alimentaria fijada en favor del concebido, debería cesar automáticamente dejando en estado de suma indefensión a la mujer, que además cargaría con la dramática situación de la muerte de su bebé.

Es necesario recordar que la Constitución Nacional en el art. 75 inciso 23, dispone la necesidad de legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen igualdad real de oportunidades y de trato, y pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la carta magna y en los tratados sobre derechos humanos, contemplando especialmente a mujeres y niños, desde la etapa del embarazo.

Asimismo la convención sobre la eliminación de todas las formas de todas las formas de discriminación contra la mujer, impone a los Estados-parte garantizar que la educación familiar incluya una comprensión adecuada de la maternidad como función social, y el reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres (art. 5).

El interés social y la responsabilidad compartida, imponen que sea la propia mujer embarazada quien titularice el derecho a reclamar por sí y percibir los alimentos.

"No mucho se ha hablado de la categorización jurídica del derecho a los alimentos prenatales. No dudamos que se trata de un derecho humano y es la única respuesta posible. La integridad personal del no nacido -dadas las condiciones en que se encuentra su desarrollo- no se concibe sin la asistencia completa que supone la obligación alimentaria a través de quien lleva adelante el embarazo: la madre."³

3 Millán Liliana Luján y Starópoli María del Carmen. Los alimentos del niño en gestación ante el incumplimiento del progenitor no conviviente. El deber del Estado después de la Convención. Revista de Derecho de Familia y de las



En síntesis, creo que debe dejarse de lado la denominación de "alimentos en favor del hijo por nacer" sustituyéndola por una más abarcativa: *alimentos para la mujer embarazada a cargo de aquel cuya paternidad se atribuye*.

El lenguaje no es neutral y la utilización de una denominación más comprensiva necesariamente redundará en mayores beneficios para la madre y el niño.

Los alimentos de la mujer embarazada a cargo del presunto padre.

La mujer embarazada ejerce la representación del hijo por nacer de acuerdo a lo que dispone el art. 57 inc. 1° del Código Civil.

Este tipo de alimentos no ofrece dificultad alguna cuando el embarazo se produce en el marco de una unión regular, o sea, matrimonial o incluso de una relación convivencial registrada.

La presunción del art. 243 del Código Civil, que determina la presunción de paternidad matrimonial, juega a favor de la mujer y le ofrece protección suficiente desde la concepción.

También resulta allanado el camino cuando el embarazo se produce en el seno de una pareja que ha convivido, por lo dispuesto en el art. 257 del citado código, que determina la presunción de paternidad *-iuris tantum-* en caso de concubinato con la madre.

Ahora bien, cuando el embarazo es fruto de una relación ocasional, noviazgo, e incluso de una relación no querida por la mujer; la cuestión se complejiza.

Si bien la figura de los alimentos durante la gestación no están regulados expresamente, sino que se desprenden de la normativa vigente, han recibido favorable acogida jurisprudencial, previo cumplimiento de los recaudos propios de las medidas cautelares.

Quien requiere los alimentos -hecha la excepción de la mujer casada quien sólo debe exhibir el certificado correspondiente- debe acreditar someramente el peligro en la demora y la verosimilitud del derecho.



Cumplimentados estos extremos, corresponde fijar la cuota considerando que los alimentos tienen una función asistencial y de consumo, y que una mujer embarazada, ve limitadas ciertas actividades productivas y cuenta con mayores gastos que atender.

Aquellas mujeres que no cuentan con empleos en relación de dependencia, las que desarrollan profesiones liberales, oficios, tareas informales o son cuentapropistas, ven afectada en forma concreta su actividad laboral y por ende sus ingresos.

Es por ello que la prestación debe ser abarcativa de esos rubros, debiendo asumir el progenitor del niño en gestación los costos económicos que la madre no puede cubrir.

El ministro de la Corte bonaerense Eduardo J Pettigiani, dice respecto de la cobertura alimentaria del padre de un niño por nacer: "Si el derecho que compete al niño de recibir alimentos de sus padres deriva del deber de mantenimiento o de crianza, debe comenzar desde el instante en que éste se manifiesta: La concepción. El proceso de gestación de un ser humano acarrea necesidades vitales que, dado el mecanismo procreativo, pasan necesariamente en principio por la persona de la madre. Es esta quien deberá procurarse el propio sustento para que el hijo en gestación lo aproveche y se nutra a su turno. Deberá cuidar su salud, para que no se resienta la de aquel que lleva en su seno. Deberá asegurar las condiciones mínimas del entorno ecológico para que el *nasciturus* no sea afectado por elementales carencias, ni por agresiones actuales o potenciales. Si son claras las obligaciones que tiene la madre, porque tienen directa atinencia con su condición de portadora de la vida del sujeto que alberga en su seno, no menos lo son las del progenitor del por nacer, que debe prestar todos los medios a su alcance para que la gestante pueda culminar su invaluable y privilegiada misión. No pueden de ninguna manera uno y otro claudicar en los apoyos requeridos para ese desarrollo pleno. Es su elemental responsabilidad que todas las necesidades emergentes del proceso procreativo sean cubiertas con suficiencia." ⁴

4 Pettigiani Eduardo J El suministro de alimentos a la mujer embarazada . En: Summa de Familia. Cecilia Gorssman. Nora Lloveras. Maris Herreda Cirector. Abeledo Perito 2012. Tomo III Pag. 2856.



La constitucionalización del derecho de familia, el sustrato de solidaridad que debe regir las relaciones familiares, la necesidad de mantener la igualdad de sus miembros, imponen entonces la fijación de alimentos a favor de la mujer que porta un embarazo, ya sea fruto de una relación formal o no.

La regularidad del vínculo afectará la forma y carga de la prueba, pero no la prestación alimentaria en sí, que no debe diferir de acuerdo al origen del embarazo.

Cualquier distinción que se haga sobre la base del tipo de filiación, importaría un acto discriminatorio hacia el *nasciturus* y la madre.

La mujer que no se encuentra unida en matrimonio sólo tiene a su cargo acreditar la presunción de paternidad y la verosimilitud de su derecho, habilitando una vez cumplido ese extremo, la fijación de la cuota a su favor.

Pueden algunos preguntarse ¿qué sucede si luego de nacido el niño se comprueba que aquel que tuvo a cargo los alimentos no era el padre? Esta pregunta era ya respondida por Bossert hace más de 15 años del siguiente modo: "...entre dos riesgos, es decir entre permitir que quien necesita alimentos no cuente con ellos, con la posibilidad de malformación o muerte que puede significar para el *nasciturus* y el riesgo de que abone alimentos quien luego demuestra que no es el padre, es preferible optar por éste último; en este caso, el perjuicio es patrimonial para el alimentante; en el otro supuesto se arriesga la vida de una persona."⁵

En conclusión: Los alimentos para la mujer embarazada proceden con la sola acreditación de la verosimilitud del derecho, esto es, de la posibilidad de que el demandado sea padre del niño en gestación.

El alcance de la prestación debe ser lo suficientemente amplio como para que la mujer encinta cubra todos los requerimientos propios del embarazo, así como aquellos otros que puedan verse afectados por su condición, incluyendo rubros personales tales como alojamiento, vestimenta, transporte, alimentación,.

5 Bossert. Gustavo. Régimen Jurídico de los Alimentos. Astrea. 995. Pag. 194



El lucro cesante que pudiera ocasionarse con motivo de un embarazo de riesgo, o que demanda reposo prolongado, deberá ser analizado en cada caso por el juez, a fin de que la mujer embarazada no asuma de modo solitario y exclusivo las consecuencias de esa situación. Volviendo a lo ya expresado: el embarazo es una responsabilidad de dos.

Es fundamental que los operadores del sistema tengan presente los principios en materia de medidas cautelares y carga de la prueba lo que les permitirá obtener, sin lugar a dudas, resultados satisfactorios a sus demandas.

(*)**MARIA MARCELA PAJARO** es abogada egresada de la Universidad de La Plata (1988). Recibió el Premio al Mejor Seminario 1986 de la Facultad de Derecho de la UNLP por su tema: "Régimen Municipal de la Provincia de Río Negro". Es mediadora familiar inscripta en ante el Ministerio de Justicia y DDHH (2001). En sus cursos de Posgrado cuenta con "Actualización en Derecho de Familia" UBA (2009-2010), "Derecho Constitucional y Procesal Constitucional. Neoconstitucionalismo y Garantismo" (2011) y en la actualidad es maestranda en la "Maestría en Magistratura" dictada por UNRN y UBA.

© Todos los derechos reservados

El presente artículo puede ser reproducido, sin fines comerciales, siempre que se indique su fuente, pudiendo citarse de la siguiente forma:

Pajaro, María Marcela. (2012). Alimentos para el hijo por nacer. ¿O alimentos para la mujer embarazada? Bariloche.

Disponible en: http://www.selloeditorial.com.ar/articulos_doctrina.php