Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

RICARDO LUIS LORENZETTI
Director

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
COMENTADO

MIGUEL FEDERICO DE LORENZO
PABLO LORENZETTI
Coordinadores

Tomo IV
Arts. 594 a 723

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires
Salta 3464 – Tel. (0342) 401-9300 – S3000CMV Santa Fe

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ISBN 978-987-30-0517-6 (obra completa edición encuadernada)
ISBN 978-987-30-0515-2 (obra completa edición rústica)

Argentina. Códigos
Código Civil y Comercial de la Nación comentado / dirigido por Ricardo Luis Lorenzetti – 1ª ed. – Santa Fe : Rubinzal-Culzoni, 2015
v. 4, 696 p. ; 23 × 16 cm
ISBN 978-987-30-0552-7 (edición rústica)
ISBN 978-987-30-0553-4 (edición encuadernada)
1. Derecho Civil. I. Lorenzetti, Ricardo Luis, dir. II. Título.
CDD 346

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de Rubinzal y Asociados S. A.
Talcahuano 442 – Tel. (011) 4373-0544 – C1013AAJ Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

AUTORA DE ESTE TOMO

Artículos	Autora
594 a 723	Marisa Herrera

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

TÍTULO VI

ADOPCIÓN

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 594 *Concepto.* **La adopción es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen.**

La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo, conforme con las disposiciones de este Código.

I) Resumen

La adopción es una causa fuente filial; la segunda que recepta el ordenamiento jurídico desde 1948 que introdujo esta institución y que ha sufrido varias reformas (leyes 19.134 y 24.779). Todas estas normativas no brindaban una definición de la adopción, sino que se procedía a regularla partiéndose, en el fondo, de una determinada conceptualización, la cual ha variado sustancialmente a la luz de obligada perspectiva constitucional-internacional. En este contexto de cambio, legislaciones extranjeras más modernas se inclinan por definir qué es la adopción, cuál es su objetivo y finalidad, siendo los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes el plexo normativo supremo que inspira y marca el sendero legislativo que se debe seguir, colocando a la adopción en su justo lugar. El Código, a diferencia de las normativas anteriores, se anima a conceptualizar

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

la adopción, entendiéndose que esta postura legislativa está acorde con la claridad que debe primar en instituciones en las que está comprometido directamente el interés superior del niño. En este contexto, la reforma asevera que la adopción es una figura tendiente a satisfacer derechos humanos de niños y adolescentes, en especial, el derecho de todo niño a vivir en familia.

II) Concordancias

Principios de la adopción (art. 595); adopción de integración (art. 632); derecho internacional privado (arts. 2635, 2636, 2637 y 2638). Ley 26.061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Ley 26.413, Registro Civil.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

El título de la adopción en su carácter de fuente filial autónoma se inaugura con una definición que permite comprender la finalidad de esta institución, es decir, en qué lugar se ubica este modo de alcanzar la paternidad/maternidad (arts. 1° y 2°).

Desde el punto de vista estructural, el Código mantiene la postura legislativa adoptada por el texto civil anterior tras la sanción de la ley 24.779 que introdujo la regulación de esta figura en este plexo normativo. De este modo, se continúa la estructura planteada en el año 1997, la cual no ha merecido críticas sino, por el contrario, elogios.

Se suele afirmar que las definiciones no son propias de un Código de fondo; sin embargo, se ha entendido que en temas sensibles donde el concepto sitúa y posiciona en un determinado lugar a una institución sobre la cual han existido diferentes miradas o perspectivas, ser conceptualizada es una postura legislativa loable, amén de ser la que siguen varias legislaciones comparadas y en varios de los proyectos de ley presentados en los últimos años tendientes a reformar el instituto de la adopción. Por citar un ejemplo, la ley de adopción chilena, 19.620, dispone en su artículo 1° que "La adopción tiene por objeto velar por

el interés superior del adoptado, y amparar su derecho a vivir y desarrollarse en el seno de una familia que le brinde el afecto y le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades espirituales y materiales, cuando ello no le pueda ser proporcionado por su familia de origen. La adopción confiere al adoptado el estado civil de hijo respecto del o los adoptantes en los casos y con los requisitos que la presente ley establece".

De la definición se desprenden los principales elementos y razón de ser de la adopción, afirmándose: 1) que se trata de una institución jurídica, es decir, que es una ficción estrictamente legal a través de la cual se genera un vínculo filial entre dos personas: adoptante y adoptado, pudiendo ser hasta dos los adoptantes en un mismo momento, de conformidad con otro principio general en material filial como lo es que la persona puede tener, como máximo, hasta dos vínculos filiales, con total independencia de la orientación sexual de estas personas (madre/padre-madre/comadre-padre/compadre); 2) que el objeto de la adopción reside en el derecho del niño a vivir en una familia, que se desarrolle y sea cuidado en un ámbito familiar que satisfaga necesidades afectivas y materiales; mencionándose en primer lugar las afectivas y seguida de ellas las materiales; 3) que sólo es viable apelar a la adopción cuando tales necesidades no pueden ser proporcionadas por su familia de origen en sentido amplio, tanto el núcleo familiar primario (padres) como extenso, y 4) que la adopción es una institución cuyo acto constitutivo se deriva de la sentencia judicial (que debe ser debidamente inscripta en el registro civil respectivo), siendo el proceso judicial que culmina con una sentencia de emplazamiento el que hace generar el estado de hijo.

El Código recepta una postura legislativa comparada ya afianzada, y que varios proyectos legislativos previos a esta reforma integral seguían, por la cual se considera pertinente esgrimir una definición sobre una institución en la que ha habido diferentes miradas, algunas extremas y la que adopta la reforma, intermedia o equilibrada, ubicando en su justo lugar el derecho de todo niño a vivir en familia, primero en su familia de origen, y si ello no es posible, en otra familia a través de la adopción.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.2) *El derecho del niño a vivir en familia*

La definición que recepta el Código se funda, básicamente, en los postulados que impone la Convención sobre los Derechos del Niño y que se conoce como el modelo de la "protección integral de derechos". Desde una visión sistémica del ordenamiento jurídico, toda regulación de la adopción no puede contrariar ni dejar de tener en cuenta las normativas que se refieren, de manera general, a los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, no sólo en el plano supralegal, como la mencionada Convención y la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre la Condición Jurídica del Niño del 28 de agosto de 2002 que integra el llamado "bloque de la constitucionalidad federal" y es por ende, de operatividad directa en el orden nacional, sino en particular leyes "paraguas" como lo es la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes que pretende profundizar en el plano interno los principios y postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Esta inexorable interacción entre la regulación de la adopción y la protección integral de derechos se observa en la definición de la adopción al reconocerse que se trata de una institución destinada a satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia. Ya en la definición se coloca al niño en el centro de la adopción, siendo la satisfacción de los derechos humanos que lo involucra el objetivo primordial de esta figura.

Las situaciones de adopción pueden provenir de diferentes situaciones fácticas, muchas de las cuales pasan previamente por el sistema de protección integral de derechos, que si bien está regulado en una ley nacional o de fondo como la 26.061, la operatividad o funcionamiento de dicho sistema es competencia local, existiendo varias provincias que han sancionado leyes al efecto. Tan es así, que el artículo 607 referido a la declaración judicial de la situación de adoptabilidad enumera, como uno de los supuestos, los casos que provienen del dictado de medidas excepcionales y que éstas no habrían alcanzado su objetivo de que los niños regresen a su familia de origen o ampliada. Esta vinculación entre la ley 26.061, leyes locales sobre el tema y la regulación de la adopción es un imperativo legal, a la vez que muestra

la complejidad de la adopción en sí. Sucede que esta institución no sólo involucra a los tribunales sino también al ámbito administrativo, al haberse estructurado un sistema mixto administrativo-judicial, en la atención de situaciones de vulnerabilidad de derechos de niños y adolescentes, siendo las que desembocan en una adopción claras situaciones de vulnerabilidad.

De este modo, el derecho a vivir en una familia distinta a la de origen mediante la figura de la adopción es una resolución a la cual se debe llegar después de haberse analizado –trabajado– y descartado la posibilidad de que el niño pueda permanecer con su familia de origen o ampliada. Éste es el equilibrio que se deriva de la mirada integral que propone la Convención sobre los Derechos del Niño, normativas internacionales/regionales afines y la propia ley 26.061, plexo normativo complejo que ha sido tenido en cuenta en la reforma y que se expone ya desde la definición misma de la adopción.

Es dable destacar, como bien lo señala la norma en comentario, que el concepto de adopción que recepta el Código alude a los supuestos más comunes de adopción, es decir, aquellos en que el niño ingresa a otro grupo familiar, y no así en los supuestos de adopción de integración cuya finalidad y objetivo difiere a los casos de adopción en los cuales el niño pasa a integrar un grupo familiar distinto al de origen.

III.3) *Emplazamiento judicial y estado de hijo*

En el Derecho argentino, la adopción ha sido un vínculo filial que se genera entre dos o tres personas –según sea una adopción unipersonal/unilateral o bipersonal/bilateral– por una decisión judicial (sentencia) y tras un proceso judicial previo. Se trata de una sentencia constitutiva del lazo filial. De este modo, la reforma sigue la postura legislativa seguida desde la primera ley de adopción, la ley 13.252, y que ha sido mantenida por las siguientes legislaciones, la ley 19.134 y la ley 24.779.

En este sentido, el artículo 1° de la ley 13.252 decía: "la adopción crea un vínculo legal de familia", agregando en el articulado

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

siguiente: "Cualquier menor hasta los dieciocho años puede ser adoptado, por resolución judicial, a instancias del adoptante".

Por su parte, la ley 24.779 –siguiendo las leyes de adopción anteriores– establecía en la primera parte del artículo 311 que "La adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante".

En la disposición en análisis, no sólo se mantiene esta postura de que "la adopción se otorga sólo por sentencia judicial", sino que se adiciona que el principal efecto de ello es el emplazamiento del adoptado en el estado de hijo (y consigo o a la vez, del adoptante o adoptantes en el estado de padres) "conforme con las disposiciones de este Código", es decir, en los términos o con las consecuencias jurídicas que se regulan de manera expresa en este Título. Este agregado que observa la reforma se corresponde con la ampliación o flexibilidad en materia de efectos jurídicos que pueden derivar de una sentencia de adopción, ya que no sólo se mantiene el doble tipo adoptivo simple y plena, que introdujo al ordenamiento jurídico nacional la ley 19.134 en el año 1971, sino que además se prevé la facultad judicial para modificar, respetar o generar determinadas consecuencias jurídicas con alguno o varios integrantes de la familia de origen, ampliada o adoptiva. De allí que para estar en total consonancia con esta apertura que responde, como se analizará más adelante, a la complejidad del tejido social actual y la necesidad de edificar una legislación permeable a ella, se aluda de manera general a que el vínculo jurídico filial que se deriva de la sentencia lo es de conformidad "con las disposiciones de este Código", o sea, según el grado de mayor o menor flexibilidad que se disponga en la propia sentencia.

Cabe reiterar, que si bien en la redacción se prioriza o se menciona el estado de hijo, de conformidad con el objetivo prioritario de ser una institución destinada a las personas menores de edad, lo cierto es que ese estado es "reflejo", por lo tanto, la sentencia de emplazamiento no sólo implica reconocer el estado de hijo sino también el estado de padres. Esta afirmación se condice, en definitiva, con uno de los principales derechos humanos que involucra la filiación, en general, y en particular, la adopción: el derecho a la identidad, el cual es, por principio, de carácter "reflejo".

IV) Significado de la reforma

El Código acoge una postura legislativa que tiene fuerza en el Derecho Comparado como en los múltiples intentos reformistas en adopción presentados –con mayor énfasis– en los últimos años: inaugurar el Título que lo regula definiendo qué es y qué finalidad tiene esta causa fuente filial.

En orden de aparición, se trata de la segunda causa filial, siendo la primera la filiación por naturaleza con el código derogado, y la tercera, las técnicas de reproducción humana asistida con la presente reforma.

La filiación adoptiva se inserta en un contexto normativo más amplio que se funda en varios de los principios y reglas que dispone la Convención sobre los Derechos del Niño y que en el ámbito nacional la ley 26.061 replica y profundiza. En este marco legal más complejo y que no puede ser ignorado, so pena de incurrirse en responsabilidad internacional y violar normas infraconstitucionales válidas y vigentes como la que crea un sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes, la definición de la adopción debe estar en total consonancia con todo este plexo legal.

El Código, en la misma tónica que lo hacen varias legislaciones comparadas más contemporáneas y lo proponían sendos proyectos legislativos presentados en el orden nacional, conceptualiza a la adopción como una figura jurídica destinada, principalmente, a satisfacer el derecho humano de todo niño, niña y adolescente a vivir en familia; en su familia de origen o ampliada en primer término, y si ello no es posible, en otra familia a través de esta institución. Se trata de colocar a la adopción en su justo y equilibrado lugar: centrado en los niños y respetuosos de la familia de origen o ampliada, si es que ellos pueden hacerse cargo de sus hijos, como así de la familia adoptiva, de la inserción de estos niños cuando realmente sea necesario, de manera estable y permanente.

Art. 595 ***Principios generales.*** **La adopción se rige por los siguientes principios:**

a) el interés superior del niño;

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

b) el respeto por el derecho a la identidad;

c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada;

d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas;

e) el derecho a conocer los orígenes;

f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

I) Resumen

El Código no sólo se interesa por conceptualizar la adopción, sino también por explicitar *cuáles son los principios de derechos humanos que inspiran toda la normativa que regula la institución*. De este modo, la reforma se preocupa por brindar las herramientas básicas de interpretación que deben ser tenidas en cuenta cuando se presenten conflictos que carecen de una resolución precisa en la ley, o que en atención a la complejidad y diversidad que gira en torno a las relaciones de familia en general, y de las cuales la adopción no escapa, el legislador no pudo prever. En todos estos supuestos, el Código enumera ciertos principios que los jueces deberán considerar para dirimir el conflicto, intentando limitar el ámbito de discrecionalidad. Y a la vez establecer determinadas pautas de intervención mínimas o comunes que guíen las prácticas en adopción, siempre en total consonancia con principios constitucionales-internacionales.

En ese orden, y de conformidad con una importante y sólida jurisprudencia de nuestra CSJN (*Fallos*: 334:913; 335:888, entre tantos), la Comisión de Reformas le otorgó una especial consideración, dentro de la filosofía del Código, al *interés superior del niño*, al que se tutela por sobre otras consideraciones (art. 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y arts. 26, 64, 104, 639, 671, 706 y 2634 del Código).

II) Concordancias

Adopción (arts. 596, 617, 621); procesos de familia (arts. 706, 707, 716). Ley 26.061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales: el valor de los principios*

Así como varias legislaciones extranjeras e intentos reformistas que han girado en torno a la adopción en los últimos años definen la adopción, también enumeran los principios que la sustentan.

Esta postura legislativa se funda, entre otras razones, en la necesidad del legislador de explicitar cuáles son los pilares que sustentan la regulación en el tema, siendo los mismos principios los que deberían sostener la decisión de cualquier conflicto que se presente. De este modo, se mantiene una mínima coherencia con todo el sistema legal, siendo los principios no sólo inspiradores para la regulación en sí, sino también y en definitiva para la resolución de todos los conflictos que se presenten, más allá de que éstos estén o no expresamente previstos por el legislador.

Por otra parte, siendo la adopción una institución sobre la cual se han esgrimido diferentes miradas, el explicitar los principios de derechos humanos que le dan –por imperativo supralegal– su fisonomía actual permite fortalecer la conceptualización de la adopción y, por ende, ubicar en su justo lugar a las prácticas que se generan en torno a esta institución.

Por ende, tanto definir como explicitar los principios de la adopción son dos posturas legislativas que se complementan, no siendo casualidad que las decisiones sean receptadas por varias legislaciones y sendos proyectos de leyes presentados. El Código adopta ambas líneas legislativas, entendiendo que los cambios que han operado en el campo de la adopción desde la obligada perspectiva constitucional-internacional que impone la Convención sobre los Derechos del Niño e instrumentos normativos afines, amerita explicitar estas dos cuestiones: concepto y principios, con el objetivo de seguir profundizando en la

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

transformación que ha significado pensar en la adopción como un tipo filial para satisfacer el derecho humano de todo niño a vivir en familia.

Por último, cabe señalar que *el Código reconoce la interdependencia de los derechos y principios de derechos humanos, por lo cual el régimen jurídico en materia de adopción recepta esta connotación innata que presentan los derechos humanos.* De este modo, se comprende que para la satisfacción de determinado derecho sea necesario tener en cuenta la previa indagación sobre otro principio o su interacción con otro. En otras palabras, la interdependencia obliga a tener una mirada sistémica e integral de todas las consideraciones e instituciones que puede involucrar una situación conflictiva. Precisamente, la figura de la adopción observa una particular complejidad por la evidente interdependencia e interacción de diversos principios constitucionales-internacionales que explicita la legislación civil.

III.2) *El principio rector: el interés superior del niño*

Si de principios de derechos humanos se trata en figuras que involucran de manera directa a niños, niñas y adolescentes, el interés superior del niño no puede dejar de estar presente (ver p. 270).

Se trata del principio rector en la materia, lo cual es observado de este modo en la legislación nacional especializada como lo es la ley 26.061, que en su artículo 3° brinda ciertas pautas para colaborar en la materialización de un principio de por sí indeterminado como lo es el "interés superior del niño". Cabe recordar que esta disposición expresa: "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños

y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros".

Si bien el Código –como se anticipó– se refiere en varias oportunidades a este principio rector, lo cierto es que le da un espacio especial como tal –como principio– al regular la adopción, siendo la misma postura que se sigue al regular otra figura directamente vinculada con los derechos humanos de niños y adolescentes como lo es la responsabilidad parental. Por qué se alude de manera expresa al principio del interés superior del niño en el ámbito de la adopción: porque no son la familia de origen ni la adoptiva los principales protagonistas de la filiación adoptiva, sino el niño. De allí que aludir al interés superior es una decisión legislativa de relevancia, auspiciada por la obligada perspectiva constitucional-internacional.

Ya la Corte federal se ha expedido en algunas oportunidades sobre el interés superior del niño en el campo de la adopción, principalmente en conflictos en los cuales se dirimía si un niño debía ser reintegrado a su familia de origen o permanecer con la familia guardadora, pretensa adoptiva. En este contexto, se ha señalado: "la regla jurídica que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones tiene el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos e, incluso, del de los propios padres. De ello se desprende que todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento en un conflicto como el presente deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del niño, no debiendo ello ser desplazado por más legítimos que resulten los intereses de los padres y de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior del niño"[1]. Por ello, en otro precedente se ha sostenido

[1] CSJN, 13-3-2007, "A., F. s/Protección de persona", *Fallos*: 330:642.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que "la procedencia sanguínea no es con todo absoluta sino que constituye una presunción conectada –entre otros extremos– con el hecho de que la familia biológica es el ámbito inicial de la vida de toda persona y que cualquier cambio implica necesariamente un trauma y también una duplicidad. No se trata, por tanto, de una barrera infranqueable para la consideración de situaciones en las cuales la permanencia en ese espacio original fue de hecho interrumpida (como es el caso) o genera sufrimientos y daños aún mayores que los propios de un cambio. Un enfoque no dogmático lleva a la cuidadosa consideración de estos últimos casos desde la perspectiva libre de prejuicios que ordena utilizar el artículo 3.1, Convención sobre los Derechos del Niño"[2].

El Código no sólo recuerda de manera expresa que el eje rector en materia de derechos humanos de niños y adolescentes es el interés superior del niño, sino también que éste debe ser enumerado en primer término, siendo a este principio al cual se apela, en definitiva, para resolver todo conflicto que involucra a estos actores sociales y que en la decisión de adopción observa ciertas particularidades, en especial cuando están en tensión otros derechos que titularizan los adultos (la familia de origen y la familia adoptiva).

III.3) *El derecho a la identidad*

Uno de los principales derechos humanos directamente comprometido cuando se trata del derecho filial es el derecho a la identidad. En palabras del jurista peruano Fernández Sessarego: "La identidad del ser humano, en tanto éste constituye una unidad, presupone un complejo de elementos, una multiplicidad de aspectos esencialmente vinculados entre sí, de los cuales unos son de carácter predominantemente espiritual, psicológico o somático, mientras que otros son de diversa índole, ya sea ésta cultural, ideológica, religiosa o política. Estos múltiples elementos son los que, en conjunto, globalmente, caracterizan y perfilan el ser 'uno mismo', el ser diferente a los «otros»"[3].

[2] CSJN, 2-8-2005, "S., C. s/Adopción", *Fallos*: 328:2870, voto de los jueces Fayt, Zaffaroni y Argibay, consid. 6.

[3] FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, *Derecho a la identidad personal*, Astrea, Buenos Aires, 1992, p. 15.

En el ámbito nacional, la Corte federal se refirió de manera expresa y en extenso sobre el derecho a la identidad en el resonado caso "Muller" del 13 de noviembre de 1990, en especial, el voto en disidencia de Petracchi que en el considerando 12 puso de manifiesto que "La identidad es representada como un verdadero y propio derecho personalísimo cuyo contenido está delimitado [...] por tener el sujeto caracteres propios, que lo hacen diverso a los otros e idéntico sólo a sí mismo", o sea que la persona tiene "la titularidad de un derecho, que es propiamente el de ser ella misma, esto es, tener una propia verdad individual"[4].

Esta conceptualización es compartida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos al afirmar en el caso "Gelman c/Uruguay", del 24 de febrero de 2011, que "...el derecho a la identidad, que si bien no se encuentra expresamente contemplado en la Convención, en las circunstancias del presente caso es posible determinarlo sobre la base de lo dispuesto por el artículo 8° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que tal derecho comprende, entre otros, el derecho a la nacionalidad, al nombre y a las relaciones de familia. Asimismo, el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso" (párr. 122). Y en el párrafo siguiente, citando a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, la Corte sostuvo que "...el reconocimiento de la identidad de las personas es uno de los medios a través del cual se facilita el ejercicio de los derechos a la personalidad jurídica, al nombre, a la nacionalidad, a la inscripción en el registro civil, a las relaciones familiares, entre otros derechos reconocidos en instrumentos internacionales como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana" (párr. 123).

Es sabido que el derecho a la identidad comprende dos dimensiones: estática y dinámica. La primera se constituye por los datos biológicos;

[4] CSJN, 13-11-90, "Muller, Jorge s/Denuncia", E. D. 141-268 y L. L. 1991-B-473. Asimismo, voto del Dr. Lorenzetti en *Fallos*: 328:2870.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

en cambio, la segunda está representada por la historia personal, la biografía existencial, la construcción social y cultural de una persona. Se ha considerado que la identidad estática responde a la concepción restrictiva de "identificación" (huellas digitales, fecha y lugar de nacimiento, el nombre de los progenitores, entre otros datos), y la identidad en su faz dinámica involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida.

El derecho humano en análisis observa ciertas particularidades cuando se trata de la filiación adoptiva. Sucede que las dos vertientes que configuran el derecho a la identidad se encuentran igualmente comprometidas en la adopción[5]. Precisamente, la tensión en la adopción es cuándo o ante qué situaciones fácticas y afectivas es viable priorizar la filiación adoptiva y, por ende, valorar la identidad dinámica de un niño por sobre la estática, la cual no se deja de lado sino que también se tiene en cuenta pero a fin de satisfacer el derecho a conocer los orígenes. De este modo, el derecho a la identidad permite diferenciar el vínculo jurídico o filial entre un niño y una persona o una pareja y el derecho a conocer los orígenes. Ambos derechos coexisten en la adopción.

Además, la doble vertiente del derecho a la identidad –estática y dinámica– también tiene una fuerte presencia en los conflictos que se suscitan entre la familia de origen o algún miembro de ella que se arrepiente o solicita la restitución del hijo y éste ya se encuentra conviviendo con quien pretende la adopción. Justamente, es en este tipo de problemáticas en las cuales ambas vertientes se encuentran en tensión. Ordenar la restitución a la familia de origen implicaría priorizar la faz estática, y mantener la convivencia con los pretensos adoptantes, la faz dinámica[6].

[5] Para profundizar sobre este tema ver HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Universidad, Buenos Aires, 2006, t. I, Caps. I y II.

[6] CSJN, 16-9-2008, "G., M. G.", *Fallos*: 331:2047; 17-4-2007, "Antinao, J. A. s/Sumario", *Fallos*: 330:1671; 13-3-2007, "A., F. s/Protección de persona", *Fallos*: 330:642. Para profundizar ver: IBARLUCÍA, Emilio A., *El "interés superior del niño" en la Corte Suprema*, en L. L. 2007-E-452; GROSMAN, Cecilia y HERRERA, Marisa, *¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del alto tribunal*, en Supl. J. A. del 5-10-2005, J. A. 2005-IV-32, y *Una vez más sobre el eterno conflicto entre la familia de origen y la familia adoptiva en la jurisprudencia constitucional*, en Supl. J. A. del 4-7-2007, J. A. 2007-III-48; SAMBRIZZI, Eduardo A., *Preminencia de la filiación adoptiva por sobre la filiación genética con fundamento en el interés superior del menor*, en Supl. J. A. del 7-6-2006, J. A. 2006-II-27.

Esta tensión ha quedado evidenciada en el fallo de la Corte federal del 2 de agosto de 2005 en el cual se sostuvo: "en la tarea de esclarecer el criterio rector del interés superior del menor debe tenerse en cuenta, en primer lugar, el derecho deber natural de los padres, reconocido legalmente en los artículos 264, 265 y 275 del Código Civil, de tener consigo al hijo y a criarlo, alimentarlo y educarlo conforme a su condición y fortuna, por lo que no puede gravitar para el otorgamiento de una adopción solamente la circunstancia de que el niño, en otro ambiente, pueda tener mejores medios o posibilidades que los que le pueden brindar sus progenitores para desarrollarse adecuada y felizmente. En ese contexto, debe destacarse el derecho que tiene todo niño de vivir, de ser posible, con su familia biológica constituida por sus progenitores. Es axiológicamente deseable que la identidad filiatória de una persona se sustente desde su presupuesto biológico en vínculos consolidados en relaciones parentales constituidas a partir de la procreación. Sin perjuicio de ello, el concepto de identidad filiatoria no es necesariamente correlato del elemento puramente biológico determinado por aquélla. De acuerdo con ello, la 'verdad biológica' no es un valor absoluto cuando se la relaciona con el interés superior del niño, pues la identidad filiatoria que se gesta a través de los vínculos creados por la adopción es también un dato con contenido axiológico que debe ser alentado por el Derecho como tutela del interés superior del niño. Ello, claro está, respetando el derecho del menor a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, tal como los Estados partes firmantes de la citada Convención se comprometen a asegurar (conf. art. 8.1), y correlativamente a velar para que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que tal separación fuese indispensable para preservar el interés superior del menor (art. 9.1)"[7].

Fácil se observa que si bien en todo el campo del derecho filial

[7] CSJN, 2-8-2005, "S., C. s/Adopción", *Fallos*: 328:2870, consid. 6.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

en sus tres fuentes, el derecho a la identidad está directamente comprometido; lo cierto es que en la filiación adoptiva la presencia de este derecho humano es mayor y más compleja. De allí que el Código lo destaca de manera expresa y precisa al enumerar los principios de derechos humanos seriamente involucrados en la adopción.

III.4) *La preservación de los vínculos de origen*

Directamente vinculado con el derecho a la identidad y con la finalidad de la adopción –el derecho a vivir en familia– se encuentra el derecho a la preservación de los vínculos familiares de origen y ampliados como un pasaje previo, y obligado, a la adopción. En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Fornerón c/Argentina", del 27 de abril de 2012, ha recordado: "este Tribunal ha indicado que el disfrute mutuo de la convivencia entre padres e hijos constituye un elemento fundamental en la vida de familia. En este sentido, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal" (párr. 47).

Este principio se deriva de la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 5°, 9°, 18), el que consolida la ley 26.061 que en su artículo 7°, referido a la responsabilidad familiar, dispone que "La familia es responsable en forma prioritaria de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías. El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos. Los Organismos del Estado deben asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para que la familia pueda asumir adecuadamente esta responsabilidad, y para que los padres asuman, en igualdad de condiciones, sus responsabilidades y obligaciones". En este contexto normativo, constituye un derecho básico que todo niño pueda ser criado y vivir en su familia nuclear; a tal punto que la ley de protección integral de derechos de niños y adolescentes nacional –y que reiteran todas las leyes del mismo tenor en los ámbitos locales– el rol de las políticas públicas para el fortalecimiento familiar y que, efectivamente, los niños puedan permanecer con su familia de

origen. Así, el artículo 33 de la ley 26.061, referido a las medidas de protección de derechos, señala que "Son aquéllas emanadas del órgano administrativo competente local ante la amenaza o violación de los derechos o garantías de uno o varias niñas, niños o adolescentes individualmente considerados, con el objeto de preservarlos, restituirlos o reparar sus consecuencias"; agregándose en el último párrafo que "La falta de recursos materiales de los padres, de la familia, de los representantes legales o responsables de las niñas, niños y adolescentes, sea circunstancial, transitoria o permanente, no autoriza la separación de su familia nuclear, ampliada o con quienes mantenga lazos afectivos, ni su institucionalización".

A su vez, cabe destacar que el derecho a la preservación de los vínculos familiares se relaciona de manera directa con el mencionado derecho a la identidad. Ello lo destaca expresamente el artículo 11 de la ley 26.061 al disponer que los niños y adolescentes "...Tienen derecho a conocer a sus padres biológicos, y a crecer y desarrollarse en su familia de origen, a mantener en forma regular y permanente el vínculo personal y directo con sus padres, aun cuando éstos estuvieran separados o divorciados, o pesara sobre cualquiera de ellos denuncia penal o sentencia, salvo que dicho vínculo, amenazare o violare alguno de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que consagra la ley [...] Sólo en los casos en que ello sea imposible y en forma excepcional tendrán derecho a vivir, ser criados y desarrollarse en un grupo familiar alternativo o a tener una familia adoptiva, de conformidad con la ley".

Sucede que en la práctica se ha observado que tantísimas historias de adopción han venido de familias que no podían hacerse cargo de sus hijos por razones socioeconómicas. Esta separación definitiva de un niño por cuestiones de pobreza es incompatible con principios y derechos constitucionales-internacionales. Esta realidad no sólo se ha dado en el ámbito nacional sino también en el Derecho Comparado, a tal punto que algunas legislaciones como la paraguaya que regula la adopción, ley 1136/1997, establece en el artículo 4°, precisamente, que "La falta o carencia de recursos materiales de la familia biológica del niño y adolescente en ningún caso constituirá motivo suficiente para la pérdida del derecho a ser criado por ella". Por qué es necesario que en una ley de adopción se destaque que esta institución no es la

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

indicada cuando se trata de una situación de falta o carencia de recursos materiales de la familia biológica. Porque esto ha sucedido en varios antecedentes de adopción, no siendo compatible con el espíritu de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En otros términos, este principio de preservación de los vínculos de origen delimita ciertos modos de intervención, no siendo posible que en un proceso en el cual se puede culminar con el otorgamiento de un niño en adopción, la familia de origen no tenga un espacio. ¿Acaso en los procesos en los cuales se decide la privación de la responsabilidad parental los padres no son los principales demandados e intervienen en el carácter de parte? Si la adopción puede traer consigo esta misma decisión fuerte y permanente como es la ruptura del vínculo parental, lo cierto es que los integrantes de la familia de origen no pueden ser silenciados en la regulación de la adopción sino que, por el contrario, deben tener un lugar en la adopción siempre que se le haya brindado una dedicación mayor en intervenciones anteriores dentro del sistema de protección integral de derechos, promoviendo el fortalecimiento y consecuente permanencia en la familia de origen.

La preservación de los vínculos de la familia de origen se materializa en dos principios que el Código recepta expresamente: 1) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada, y 2) en la presentación de los vínculos fraternos.

De este modo, la reforma revaloriza tres vínculos jurídicos-afectivos: a) la familia de origen, nuclear o primaria representada en los padres; b) la familia ampliada, concepto que excede la noción de parentesco, y c) los hermanos y medios hermanos, es decir, los vínculos fraternos.

Con respecto al primero, el agotamiento de las posibilidades de permanencia con los padres se vincula con lo expresado en torno a la noción de pobreza y, por ende, al obligado esfuerzo por abordar esta abierta violación de derechos sociales de diferentes modos, pero nunca decidiéndose la adopción del hijo porque sus padres no pueden hacerse cargo porque carecen de medios materiales para afrontar su crianza.

La familia ampliada, de conformidad con lo que expone el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, también tiene

un papel fundamental para evaluar si se han agotado o no las posibilidades de permanencia en la familia, ya que no sólo se debe tener en cuenta a los padres sino también a otros referentes afectivos.

El concepto de familia ampliada no se circunscribe a la noción jurídica de parentesco, sino que se extiende a todas las personas –aunque no se tenga vínculo de parentesco– con las cuales el niño tenga un vínculo afectivo que merezca ser protegido. Se trata del derecho a la identidad en su faz dinámica, ya que toda relación de afecto que un niño genere con alguien debe ser reconocida por el Derecho y tenida en cuenta, justamente, porque estos lazos integran el derecho a la identidad en su vertiente dinámica. Esta interpretación flexible que recepta expresamente el Código se condice y está en consonancia con el artículo 7° del decreto 415/2006 que reglamenta la ley 26.061 al disponer: "Se entenderá por 'familia o núcleo familiar', 'grupo familiar', 'grupo familiar de origen', 'medio familiar comunitario', y 'familia ampliada', además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares".

Por último, el Código, como así las leyes de protección integral de derechos de niños y adolescentes y las legislaciones de adopción más contemporáneas, revaloriza de manera precisa el vínculo fraterno. Aquí la reforma lo hace en dos sentidos: 1) priorizando la adopción de hermanos en una misma familia adoptiva, y 2) en su defecto, el mantenimiento del vínculo afectivo y jurídico entre los hermanos a pesar de que éstos no pudieron ser dados en adopción en el mismo núcleo familiar. De este modo, el Código recepta una regulación amplia y realista, entendiéndose que si bien el ideal es que todo grupo de hermanos sea adoptado por la misma familia, lo cierto es que esto no

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

siempre es posible y por ello, en estos casos y como un principio de mínima, se deben llevar adelante las decisiones pertinentes para evitar la ruptura del vínculo jurídico y afectivo entre los hermanos.

Como se puede observar, los principios traen consigo ciertas indicaciones sobre cómo intervenir en el campo de la adopción, interesándose por desentrañar qué situaciones pueden o no habilitar la figura de la adopción.

III.5) *El derecho a conocer los orígenes*

Uno de los derechos que se ha desprendido del derecho a la identidad y que ya observa entidad propia es el derecho a conocer los orígenes. Si bien el Código se refiere a este derecho cuando se ocupa de regular la filiación por técnicas de reproducción asistida (art. 564 [ver t. III, p. 514]), lo cierto es que el derecho a conocer los orígenes ha tenido un mayor desarrollo en el campo de la filiación adoptiva.

La reforma a la adopción que introdujo la ley 24.779 en 1997 receptaba de manera expresa el derecho del adoptado a conocer sus orígenes de un modo restrictivo o previendo varias limitaciones.

El Código no sólo alude al derecho a conocer los orígenes como un principio que debe ser expresamente mencionado en la enumeración general que recepta el articulado en análisis, sino que además le dedica una disposición especial al regular las diferentes cuestiones que involucra este derecho. De este modo, y como se analizará en la próxima disposición, el Código amén de mejorar la redacción, amplía la protección del derecho a conocer los orígenes en la adopción.

III.6) *El derecho del niño, niña o adolescente a participar en su adopción*

De conformidad con el principio del interés superior del niño, o como desprendimiento ineludible de este eje rector, otro de los principios que prima en la regulación de la adopción y, en definitiva, en la práctica de esta institución, es la participación de los niños en el proceso de adopción, *en consonancia con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 24 y 27 de la ley 26.061.*

Esta participación activa de los niños y adolescentes en la adopción se observa en dos cuestiones: 1) el derecho a ser oído y que su opinión sea tenida en cuenta, y 2) el consentimiento a la adopción por el propio pretenso adoptado cuando éste cuente con 10 años de edad o más. A su vez, cabe agregar que la primera consideración general involucra dos subtemas: a) el ser oído en sentido estricto, es decir, la escucha del pretenso adoptado en el proceso cuya opinión será valorada según el grado de madurez que tenga el niño o adolescente, y b) el derecho de niños o adolescentes, también según su edad y grado de madurez, a intervenir en el proceso en el carácter de parte.

Este principio de participación de niños y adolescentes se materializa en el reconocimiento de la obligación de consentir cuando el pretenso adoptado cuenta con determinada edad; la escucha o el ser parte en el proceso –en la declaración en situación de adoptabilidad o en la adopción propiamente dicha–, encuentran su propia regulación en este Título VI dedicado a la filiación adoptiva. Por eso, serán analizados con mayor profundidad al analizar los articulados correspondientes.

IV) Significado de la reforma

El Código explicita cuáles son los principios de derechos humanos sobre los cuales se edifica la regulación de la adopción. Esta postura legislativa, que siguen varias normativas del Derecho Comparado contemporáneas, presenta varios beneficios.

En primer término, complementar la definición que el mismo Código pregona y que permite profundizar sobre la finalidad y objetivo de la figura de la adopción.

Por otra parte, que el legislador brinda herramientas de interpretación esenciales para resolver cualquier conflicto que se suscite en la materia y que por diversas razones éste no se encuentre expresamente previsto en el Código.

Además, y de conformidad con la "constitucionalización del Derecho Privado", avanzar en atención a los principios que se explicitan en lograr un régimen legal acorde con los derechos humanos; máxime en el marco de una institución en la que ha sido vista y conceptualizada desde miradas opuestas: centrada en la familia adoptiva y en satisfacer

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

sus deseos de ser padres o en el de la familia biológica y que los niños permanezcan con ellos cualquiera sea la situación, priorizándose en abstracto la identidad biológica. La reforma, a la luz de la obligada perspectiva constitucional-internacional, se centra en el niño y en la adopción como una institución tendiente a satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia cuando la familia de origen o ampliada no pueda o no quiera hacerse cargo de aquél.

A fin de enunciar cuáles son los principios de derechos humanos que sustentan el régimen legal de la adopción, se ha debido tener en cuenta el desarrollo normativo que implica la Convención sobre los Derechos del Niño y, en particular, la ley 26.061 que consolida en el ámbito nacional los postulados que emergen de dicho instrumento internacional de derechos humanos especializado en los derechos humanos de la infancia y adolescencia.

De este modo, explicitar cuáles son los principios de derechos humanos que sostienen el instituto de la adopción constituye una postura legislativa a tono con la mencionada "constitucionalización del Derecho Privado", ya que toda regulación que hubiera omitido estos principios podría ser tachada de inconstitucionalidad desde el obligado "bloque federal".

Art. 596 *Derecho a conocer los orígenes.* **El adoptado con edad y grado de madurez suficiente tiene derecho a conocer los datos relativos a su origen y puede acceder, cuando lo requiera, al expediente judicial y administrativo en el que se tramitó su adopción y a otra información que conste en registros judiciales o administrativos.**

Si la persona es menor de edad, el juez puede disponer la intervención del equipo técnico del tribunal, del organismo de protección o del registro de adoptantes para que presten colaboración. La familia adoptante puede solicitar asesoramiento en los mismos organismos.

El expediente judicial y administrativo debe contener la mayor cantidad de datos posibles de la identidad del niño y de su familia de origen referidos a ese origen, incluidos los relativos a enfermedades transmisibles.

Los adoptantes deben comprometerse expresamente a hacer conocer sus orígenes al adoptado, quedando constancia de esa declaración en el expediente.

Además del derecho a acceder a los expedientes, el adoptado adolescente está facultado para iniciar una acción autónoma a los fines de conocer sus orígenes. En este caso, debe contar con asistencia letrada.

I) Resumen

El derecho a conocer los orígenes en la adopción observa varias particularidades que el Código recepta. Así, se regulan las diferentes connotaciones o cuestiones que se derivan de manera directa de este derecho humano que ha tenido un gran desarrollo, a tal punto que se considera que ha adquirido autonomía y entidad propia del derecho a la identidad, del cual se desprende. *El derecho a conocer los orígenes en la adopción involucra no sólo el derecho del adoptado a saber que lo une un vínculo filial adoptivo con sus padres, sino también a toda su historia de adopción*; a la obligación de los adoptantes de que le hagan saber y conocer su historia; a contar con apoyo y colaboración para la revelación de toda esta información relativa a sus orígenes; a que se obtenga y proteja la mayor información posible; e incluso, bajo determinadas situaciones, a iniciar una acción autónoma a fin de conocer los orígenes después de otorgada la adopción, sin que ello afecte el vínculo jurídico.

II) Concordancias

Persona menor de edad (art. 25); ejercicio de derechos (art. 26); adopción (arts. 564, 607, 608, 620, 624). Ley 25.854, registro de pretensos adoptantes. Ley 26.061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

III) Interpretación de la norma

III.1) *El derecho a conocer los orígenes: acceso*

La ley 24.799 de 1997, que introdujo la última reforma al régimen

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

jurídico de la adopción, trajo consigo como uno de los principales aportes el derecho del adoptado a conocer su "realidad biológica". Así, el artículo 328 del texto anterior expresaba: "El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad". Si bien la finalidad de esta normativa fue vista de manera positiva por la doctrina nacional, lo cierto es que al tiempo se empezaron a ver sus limitaciones y consecuentes defectos. Sucede que a la luz de la reforma constitucional de 1994 y la necesaria perspectiva constitucional-internacional desde la cual el derecho a conocer los orígenes fue revalorizado y profundizado, este derecho en el campo de la adopción sufrió varias críticas. Todas ellas son receptadas en el nuevo texto[8].

Una de las críticas se relaciona con el acceso del adoptado a la información relativa a sus orígenes. El texto anterior data de 1997, en el marco de un régimen legal que fijaba la mayoría de edad a los 21 años. En este contexto, el acceso del adoptado a conocer su "realidad biológica" era un supuesto de "mayoría anticipada", es decir, de permisión legal al ejercicio de un derecho personalísimo antes de adquirir la plena capacidad civil. En ese momento, esta postura legislativa era, de por sí, de avanzada. Tiempo más tarde, y tal como se ha expuesto al comentar los artículos 25 y 26, la mayoría de edad se disminuyó a los 18 años de edad (ley 26.579 de 2009). En este nuevo contexto normativo, aquella loable excepción de permitir el acceso al expediente para conocer la "realidad biológica" del adoptado a los 18 años de edad quedó sin sentido, ya que al disminuirse la edad legal a esa

[8] Ver HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., t. II, Cap. V; CAPELLA, Lorena S., *Adopción y derecho a la identidad personal*, en CÚNEO, Darío L. y HERNÁNDEZ, Clayde U., *Filiación adoptiva*, Juris, Rosario, 2005, ps. 83 y ss.; ALES URÍA ACEVEDO, María de las Mercedes, *El derecho a la identidad en la filiación*, en *Tirant Monografías 787*, Universidad de Sevilla, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, ps. 77 y ss.; GALLO, Adriana y BIGLIARDI, Karina, *Prácticas "contra legem". Ausencia de reproche social. Búsqueda de identidad de origen*, en J. A. del 27-12-2006, p. 14; OPPENHEIM, Ricardo, *Tratamiento del derecho a la identidad y a conocer los orígenes dado en el Proyecto*; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; HERRERA, Marisa y LAMM, Eleonora, *Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico*, en L. L. del 9-10-2012, p. 1.

misma edad, dejaba de ser una excepción, sino la simple reafirmación del derecho de toda persona a conocer sus orígenes cuando ésta adquiere la mayoría de edad.

Otras de las críticas que se han esgrimido en torno al anterior artículo 328 y que el nuevo Código recepta, gira en torno a la noción de "realidad biológica". Ya reconocidos autores provenientes de un ámbito no jurídico y de incidencia esencial en el campo de la filiación como lo es la psicología, han dicho que los adoptados no tienen "realidad biológica" sino que ellos tienen historia y biografía acerca de sus orígenes[9]. Que el término "realidad biológica" no es adecuado ya que ello restringe considerablemente la figura de la familia de origen y la propia historia de adopción a un elemento: la "biología". Los niños adoptados tienen mucho más que ello, y en consonancia con esta crítica se considera que el término más adecuado es el de origen. Por eso, el Código cambia dicha locución por la de orígenes, precisamente porque se encuentra involucrado el derecho humano a conocer los orígenes; no sólo o únicamente la "realidad biológica". El derecho que se regula en este articulado es mucho más amplio y más complejo que los datos genéticos o biológicos que unen a un niño con sus progenitores.

Por otra parte, y auspiciado por la Convención sobre los Derechos del Niño (arts. 5° y 12) y reforzado por la ley 26.061 (arts. 3°, 24 y 27), fue adquiriendo mayor fuerza el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, sobre el cual se indagará con mayor profundidad al analizar el Título VII referido a la responsabilidad parental. En este marco, y siguiéndose varias voces doctrinarias,

[9] GIBERTI, Eva, *Comentarios acerca de la nueva ley*, en GIBERTI, Eva y colaboradores, *Adopción para padres*, Lumen Humanitas, Buenos Aires, 1999, p. 29. De manera más actual, esta misma autora al ahondar sobre las madres de origen afirma: "Es una madre que depende su ser de lo que la legislación ha querido para ella, según la ley de adopción: ruptura definitiva de todo vínculo con el niño (ignorando no sólo el ADN, también el sello umbilical que mantiene un fragmento de esa mujer históricamente enlazada con el feto y para siempre en el sujeto, anudados en la pequeña cavidad que el mito bíblico negó a Adán y Eva). También quiere referirse a ella nominándola como 'realidad biológica' [...] Madre biológica es el recorte que, al enfatizar en lo biológico, se limita a asociar a la mujer con un organismo vivo a quien ella mantuvo y sostuvo nueve meses, haciéndola ajena de la responsabilidad del varón" (GIBERTI, Eva, *Adopción. Siglo XXI. Leyes y deseos*, Sudamericana, Buenos Aires, 2010, ps. 37 y 41).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

se modifica la postura legislativa rígida que receptaba el código derogado, pasándose de un texto que fija a una edad determinada la posibilidad de ejercer el adoptado su derecho a conocer los orígenes, por un sistema flexible, que no establece a priori y en abstracto edad alguna, sino que de manera amplia se alude al "adoptado con edad y grado de madurez suficiente".

Si los niños y adolescentes son sujetos de derecho, el derecho personalísimo del adoptado a conocer sus orígenes debe ser ejercido por éstos. Esto mismo ya lo establecía el derogado artículo 328. Ahora bien, este acceso no se puede limitar a una edad fija –que además, estaba establecida a la mayoría de edad tras la mencionada reforma– ya que el ejercicio de este derecho depende de la historia personal de cada adoptado. Hay adoptados cuya inquietud por conocer sus orígenes se genera cuando son mayores de edad y tienen sus propios hijos; pero hay otros en los cuales tal inquietud se despierta en la adolescencia o preadolescencia. La ley no puede restringir sin ningún fundamento de peso y objetivo un derecho básico que hace a la identidad de la persona como lo es conocer su historia de adopción, además de saber que es adoptado.

El Código apela a las nociones de edad y grado de madurez en consonancia con lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 26.061 como variable amplia para que el adoptado pueda ejercer su derecho a conocer los orígenes. De este modo, se sigue una postura amplia que vienen adoptando varias legislaciones afines que también regulan derechos personalísimos como el que aquí interesa. En la práctica, habría una presunción a favor del adoptado, por la cual si éste se acerca a solicitar información sobre sus orígenes, ya sea en el ámbito judicial en el que constan los expedientes respectivos y/o en el administrativo, ámbito en el que también puede haber información sobre la historia de adopción, esta mera petición implica la exteriorización de un interés que la ley no puede silenciar, so pena de incurrirse en una abierta violación de un derecho humano como lo es la identidad, en especial, el conocer los orígenes.

Esta postura legislativa es coherente con el principio general que se adopta en el artículo 26 en materia de ejercicio de derechos por personas menores de edad. Si bien se dispone que los niños y ado-

lescentes ejercen sus derechos a través de sus representantes legales, lo cierto es que cuando se trata de personas menores de edad que cuentan con la edad y grado de madurez suficientes éstos pueden ejercer por sí los derechos que le son permitidos por el propio ordenamiento civil (conf. art. 26). Precisamente, éste es uno de los tantos derechos que el Código autoriza expresamente para que lo ejerza el propio interesado cuando cuente con la edad y grado de madurez suficientes, es decir, según las condiciones psicológicas, sociales, educativas, culturales que presente. Cuándo un niño o adolescente está preparado para ejercer por sí el derecho a conocer los orígenes. Si la realidad social muestra que no hay una edad determinada, que según cada niño o adolescente esa inquietud se despierta en diferentes momentos y con distinta ansiedad e insistencia, la ley puede receptar esta variedad adoptando una pauta flexible auspiciada por un principio de derechos humanos como lo es el de autonomía progresiva, uno de los tantos principios en materia de derechos de infancia y adolescencia que inspira el texto del nuevo Código.

La reforma no sólo se interesa por flexibilizar el acceso a la información sobre los orígenes no fijando una edad determinada, sino que también le interesa ahondar sobre cómo o con qué recaudos se brinda dicha información. Sobre este punto, se dispone que si el adoptado es menor de edad, el juez puede ordenar la intervención del equipo interdisciplinario del tribunal, o el equipo del órgano administrativo de protección de derechos, o también el equipo del registro de pretensos adoptantes. Todos ellos, por diferentes motivos, cuentan con integración interdisciplinaria y con formación especializada hábil para acompañar a un niño o adolescente adoptado que tiene interés por conocer sus orígenes.

III.2) *El derecho a conocer los orígenes: información*

Otras de las críticas que ha sufrido el artículo 328 del texto anterior se vincula con la información a la cual tiene acceso el adoptado. Esta disposición sólo mencionaba al proceso de adopción cuando la misma ley 24.779 regulaba otro proceso judicial previo a éste, la guarda para adopción, siendo que allí se recababa mayor información sobre la familia de origen.

Además de esta discordancia interna que observaba el artículo 328,

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

también después de la sanción de la ley 24.779 se dictaron varias legislaciones provinciales creando registros de pretensos adoptantes, como así también la ley nacional que crea un registro nacional con el objetivo de ser un "registro de registros" o "red de registros" para varios fines (conf. ley 25.854 y decreto 1328/2009)[10]. Allí consta información sobre los pretensos adoptantes, datos que también podrían ser de interés para los adoptados. A su vez, y de manera primordial, el mencionado sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes que propone la ley 26.061 y que varias provincias ya han receptado y desarrollado con avances dispares, involucra un sistema mixto de intervención administrativo-judicial, siendo el primero el ámbito principal a donde acudir ante la violación de derechos de niños y adolescentes que puede dar lugar o ser la antesala de la adopción. La decisión de separación de un niño de su familia de origen o ampliada y su consecuente ingreso a un hogar o familia sustituta, es decidida por el órgano administrativo con el debido control de legalidad (conf. arts. 37, 40 y 41, ley 26.061). Cómo se trabajó con la familia de origen para que el niño pueda permanecer con ella, qué estrategias llevó adelante dicho órgano administrativo, quiénes fueron los referentes afectivos y de contención del niño durante el período en que el niño permaneció separado de su familia y se decidía su adopción, etcétera; toda esta información forma parte de la historia de vida del adoptado y se genera y debe ser resguardada por órganos administrativos.

Por otra parte, y tal como se adelantó, el artículo 328 mencionaba sólo al proceso de adopción cuando la misma ley 24.779 regulaba otro proceso judicial previo, la guarda para adopción, y nada se decía sobre éste que era el que más información contenía sobre los orígenes del adoptado.

[10] Para profundizar sobre la "Red de Registros de Adopción" ver OTERO, Federica, *Los registros de postulantes para guarda con fines adoptivos. Funciones, alcances y desafíos*, en AA. VV., *Análisis de prácticas actuales en adopción*, Infojus, Buenos Aires, 2012, ps. 15 y ss. Aquí se indica que las provincias adheridas a este registro nacional hasta agosto de 2012 son: Buenos Aires, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Entre Ríos, La Rioja, Neuquén, San Juan, Santa Cruz, Santa Fe, Tierra del Fuego, Jujuy, Chaco, Tucumán y Misiones, y con proyecto de ley de adhesión: Corrientes, Mendoza y Río Negro.

El Código mejora sustancialmente la redacción del artículo dedicado al derecho a conocer los orígenes y, a la vez, amplía considerablemente la regulación y protección de este derecho. Así, se refiere de manera general al expediente judicial y administrativo en el que tramitó la adopción, admitiéndose que varias historias de adopción pueden provenir de una intervención mixta (administrativa-judicial), tal como lo indica el mismo Código al explicitar los diferentes supuestos que pueden derivar en la declaración judicial en situación de adoptabilidad (art. 607). Además de ello, se alude de manera expresa a cualquier "otra información que conste en registros judiciales o administrativos", ampliando más aún las fuentes de información que pudieren existir, por ejemplo, si los hogares de tránsito llevaren registros o carpetas con datos sobre los niños que pasan por estas instituciones.

De este modo, la reforma no sólo amplía considerablemente el ámbito de aplicación personal del ejercicio del derecho a conocer los orígenes del adoptado al no limitar o establecer desde una determinada edad, sino que también amplía el ámbito de aplicación material, extendiendo las diferentes vías o canales de información sobre los orígenes.

III.3) *El papel de la familia adoptante en el derecho a conocer los orígenes: asesoramiento, acompañamiento y compromiso*

El Código, al igual que el texto derogado, reconoce que las personas más habilitadas para revelarle a un niño que es adoptado y también acompañarlo en la búsqueda sobre sus orígenes son los padres adoptivos. Es por ello que la reforma mantiene el compromiso expreso que deben asumir los adoptantes de hacer conocer los orígenes al adoptado, lo cual debe ser un compromiso cuya declaración debe quedar fehacientemente manifestada en el proceso.

En el texto anterior se establecía que tal compromiso debía quedar plasmado en la sentencia de adopción. La reforma es más amplia ya que no establece un momento y una pieza procesal determinada –la sentencia– sino que debe quedar en el expediente de adopción.

Otra modificación que observa el nuevo Código y que amplía la regulación del derecho a conocer los orígenes en comparación con el

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

texto anterior, es el apoyo y contención a la familia adoptante que, como bien se ha señalado, es ella quien tiene el rol de hacer conocer a su hijo que es adoptado y de colaborar en toda búsqueda relativa a sus orígenes. Por ello, se prevé el asesoramiento a los padres adoptivos sobre cuándo y cómo acompañar a su hijo para que el ejercicio del derecho a conocer los orígenes sea parte del proceso adoptivo por el equipo interdisciplinario del tribunal, del órgano administrativo o del registro de pretensos adoptantes. De esta manera, la reforma se preocupa porque la obligación de los adoptantes de hacer conocer al adoptado sus orígenes no sea una formalidad, sino efectiva y eficaz involucrando a determinados organismos a ese fin.

III.4) *Acción autónoma para conocer los orígenes*

Cabe recordar que el artículo 327 del código anterior disponía que "Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 323". El Código si bien mantiene la irrevocabilidad de la adopción plena (arts. 620 y 624), la imposibilidad de reconocimiento o acción de filiación posterior observa algunas flexibilidades con relación a los efectos alimentarios o sucesorios. Esta cuestión será profundizada al analizar el artículo 624, pero lo cierto es que *se mantiene el principio de irrevocabilidad del vínculo jurídico que se deriva de la adopción plena*. A fin de mitigar esta decisión legislativa un tanto rígida, ya que impide cualquier tipo de apertura o flexibilidad en la adopción plena –criticada por varios autores y que por ello algunos proyectos de ley se han inclinado por la revocabilidad de la adopción plena y posible acción de filiación o reconocimiento posterior–, la reforma mantiene tal decisión pero brinda una apertura que se funda en la diferencia sustancial entre el derecho a tener vínculo jurídico y el derecho a conocer los orígenes. Así, otorgada la adopción plena no es posible su revocación, pero ello no impide que el adoptado adolescente –desde los 13 años de edad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25– pueda iniciar una acción autónoma a fin de conocer los orígenes sobre quién o quiénes son sus progenitores. Esta

acción no deriva en el emplazamiento en un determinado vínculo filial, sino que su objeto es conocer los orígenes. En otras palabras, se trata de saber para conocer, no de saber para emplazar.

De este modo, se mantiene uno de los principales efectos de la adopción plena, la seguridad en los vínculos filiales que crea a través de su irrevocabilidad, sin que esta postura legislativa viole otro derecho como lo es el de conocer los orígenes.

Por otra parte, la acción autónoma que recepta el Código se funda en varias voces doctrinarias que han defendido que a pesar de la irrevocabilidad de la adopción plena, el texto anterior no impedía la tramitación de una acción autónoma tendiente a conocer los orígenes[11]. Esta interpretación doctrinaria y jurisprudencial sin texto expreso era defendida por varios autores basada en el desarrollo del derecho a la identidad; teniendo ahora en la reforma un lugar propio y definido.

Además de prever de manera expresa una acción autónoma a fin de conocer los orígenes, el Código se preocupa por establecer quiénes pueden iniciar la acción, otorgándose legitimación activa al adoptado adolescente, es decir, a quien cuenta con un mínimo de 13 años, agregándose que tal petición debe ser con asistencia letrada. De esta manera, y desde una obligada perspectiva sistémica, el Código está en total consonancia con lo normado en los incisos c, d, y e, del artículo 27 de la ley 26.061.

IV) Significado de la reforma

El Código perfecciona y profundiza la regulación sobre un derecho humano que en el marco de la filiación adoptiva observa un rol esencial como lo es el derecho a conocer los orígenes.

Si bien la ley 24.779 se ocupó de regular el derecho en análisis,

[11] MIZRAHI, Mauricio L., *Objeciones constitucionales a la nueva ley de adopción (ley 24.779)*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 11, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997; MÉNDEZ COSTA, María J., *La extinción de la adopción en el Derecho vigente. De la revocación de la adopción simple (primera parte)*, en L. L. 1997-F-997; D'ANTONIO, Daniel H., *El derecho a la identidad y la protección jurídica del menor*, en E. D. 165-1298; MORENO DE UGARTE, Graciela M., *Tutela del derecho a la identidad en la adopción plena*, en J. A. 1998-III-1015.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

lo cierto es que el desarrollo y estudio de este derecho humano como así el cruce con otros principios como el de autonomía progresiva de niños y adolescentes, generaron varias críticas constructivas en torno a la regulación anterior. Todas estas críticas han sido tenidas en cuenta por el nuevo Código, por lo cual este texto mejora y perfecciona la regulación del derecho a conocer los orígenes del adoptado.

El Código, tomando voces autorizadas del campo de la psicología, entiende que el derecho a conocer los orígenes no se circunscribe a la "realidad biológica", sino que se extiende mucho más allá de ella, que se trata de biografía o de historia de adopción. A tal punto que la información que la reforma pretende que se proteja no son sólo datos referidos a la "biología", sino toda información que permite reconstruir dicha biografía e historia, siendo obligación de todos los organismos que intervienen en el proceso hacia la adopción de un niño resguardar cualquier fuente de información que permita el día de mañana llevar adelante una reconstrucción sobre la identidad del adoptado lo más completa y veraz posible.

La reforma también introduce otras modificaciones, ampliaciones y profundizaciones al derecho a conocer los orígenes. Amén de la obligación moral de los adoptantes de hacer conocer al hijo que es adoptado, se establece la obligación de determinados organismos especializados (tribunal, órgano administrativo de protección y registro de adoptantes) de acompañar a los adoptantes en dicha revelación y búsqueda sobre los orígenes. Tal acompañamiento también está destinado, principalmente, al adoptado, a quien la reforma le da un lugar especial habilitando el ejercicio de este derecho personalísimo cuando éste cuente con la edad y grado de madurez suficiente.

Por aplicación del principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes que observa una mirada particular cuando se trata de derechos personalísimos (conf. art. 26), no se establece una edad fija para el ejercicio del derecho a conocer los orígenes sino, por el contrario, una variable amplia y flexible como lo es la edad y grado de madurez, presumiéndose tales elementos si el propio adoptado exterioriza su voluntad de acceder a sus orígenes.

En esta misma línea legislativa, y a fin de alcanzar una regulación equilibrada en la tensión entre identidad versus seguridad jurídica que

presenta la adopción plena, la reforma mantiene la irrevocabilidad de dicho tipo adoptivo, pero como contrapartida y en respeto por el derecho a conocer los orígenes, recepta un acción autónoma a tales fines, sin que ello comprometa el vínculo filial que crea la adopción plena. El legitimado activo de esta acción es el propio adoptado, quien a partir de los 13 años puede iniciarlo por su propio derecho con la debida asistencia letrada.

Si bien la reforma mantiene la regulación del derecho a conocer los orígenes, nuclea en un mismo articulado todo lo referido a este derecho, mejorando así no sólo la técnica legislativa sino también ampliando las consideraciones que involucra este derecho humano, el cual se ha visto profundizado y complejizado en atención a la obligada perspectiva constitucional-internacional. En este sentido, el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes tampoco ha podido estar ausente en la regulación de un derecho humano del adoptado como lo es el conocer sus orígenes y, en particular, en lo relativo al ejercicio de este derecho por parte del principal interesado: el adoptado.

Art. 597 *Personas que pueden ser adoptadas.* **Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental.**

Excepcionalmente, puede ser adoptada la persona mayor de edad cuando:

a) se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar;

b) hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada.

I) Resumen

El Código establece como principio que pueden ser adoptadas las personas que aún no alcanzaron la plena capacidad civil, es decir, las personas menores de 18 años de edad y que se encuentren declaradas en situación de adoptabilidad o se les haya privado a sus progenitores de la responsabilidad parental. Los menores de edad no deben estar emancipados para poder ser adoptados. Sin embargo, se prevén dos

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

excepciones que posibilitan que la adopción de una persona mayor de edad sea viable: 1) cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, y 2) si hubo posesión de estado de hijo, es decir trato de hijo durante la minoridad del pretenso adoptado.

II) Concordancias

Personas menores de edad (art. 25); emancipación (arts. 27 y ss.); declaración judicial de la situación de adoptabilidad (arts. 607 y ss.); adopción de integración (arts. 630 a 633); privación de la responsabilidad parental (art. 700).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 21 reconoce y permite el sistema de la adopción cuando se hayan agotado las instancias previstas para que los niños o adolescentes permanezcan con sus familias de orígenes, entendiéndose en este sentido un concepto amplio de familia que incluye incluso a los referentes comunitarios del niño.

Es decir que en virtud del interés superior del niño y toda vez que su familia no pueda encargarse de su cuidado o no cuente con familiar o referente afectivo alguno puede darse la adopción.

El sistema legal tiene presente los aportes y aciertos de la ley 24.779, manteniendo algunos principios y disposiciones que esa normativa receptaba y que no generó debate en doctrina y jurisprudencia, como así la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

III.2) *Adopción de personas menores de edad*

El Código establece expresamente en este artículo y bajo el título de *Personas que pueden ser adoptadas* quiénes se encuentran en condiciones conforme a su particular situación para ser adoptados.

De manera expresa, y como principio, se asevera que la adopción

es una figura que está destinada a las personas menores de edad, teniéndose en cuenta que a partir de la ley 26.579 se considera menor de edad a toda persona menor de 18 años. Asimismo, el Código establece que el menor de edad no debe estar emancipado y tiene que encontrarse declarado en situación de adoptabilidad o haber sido privados sus padres de la responsabilidad parental con relación a ellos.

Cuando el Código establece que debe haberse declarado en situación de adoptabilidad se refiere al proceso que el nuevo texto legal incorpora como un proceso previo al juicio de adopción (ver comentario al art. 607). Asimismo, existe la posibilidad de que los padres del niño hayan sido privados de la responsabilidad parental, situación prevista en el artículo 700 que en su inciso d, precisamente, establece que cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.

III.3) *Excepciones a la adopción de personas menores de edad*

El Código sigue la línea legislativa que establecía el código derogado según la ley 24.779, al establecer dos excepciones en relación con el principio de quiénes pueden ser adoptados.

Así, se permite de manera excepcional la adopción de personas mayores de edad, con el objeto de fortalecer el vínculo familiar como acontece cuando se trata del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar, o si hubo posesión de estado hijo fehacientemente probada durante la minoría de edad. En ambos supuestos, hay un lazo afectivo preexistente que la ley no puede desconocer.

Cabe destacar que esta última previsión relativa a la posesión de estado de hijo pretende dar un marco legal a una relación que pudo haberse prolongado en el tiempo sin haberse generado el vínculo jurídico llegando a la mayoría de edad el adoptado, y que es en beneficio del joven, como así también de la familia a cargo de su cuidado, que se reconozca la posibilidad de la adopción y así ver satisfecho el derecho a la identidad en su faz dinámica.

IV) Significado de la reforma

El Código, además de *aggiornar* la regulación de la adopción sobre

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

la base de principios constitucionales-internacionales y las revisiones críticas que se han esgrimido a la luz de ellos, aprovecha la oportunidad para reordenar el instituto de la adopción y mejorar su redacción para que sea más clara y precisa en su interpretación y separando temas con el objeto de hacer más sencilla su comprensión.

De este modo, se mejora la redacción del derogado artículo 311[12] que en su primera parte expresaba: "La adopción de menores no emancipados se otorgará por sentencia judicial a instancia del adoptante...", expresando directamente quiénes pueden ser adoptados y tras ellos, la excepción al principio general.

Al referirse a quiénes pueden ser adoptados, este artículo establece en primer lugar, la regla general: la adopción de personas menores de edad, es decir menores de 18 años, que no se encuentren emancipadas.

Ahora bien, la norma no introduce modificaciones sustanciales en este articulado ya que mantiene las dos excepciones que establecía el código derogado en el que se permite la adopción de personas ya mayores de edad.

El primero, cuando se trata del hijo del cónyuge o conviviente, incorporándose aquí la situación reconocida en este Código de las uniones convivenciales y de la importancia de los vínculos afectivos que nacen de estas uniones de gran relevancia para el campo de la adopción. Al respecto, este articulado modifica lo estipulado en el antiguo artículo 311 en cuanto a que la adopción de integración se extiende a los supuestos de hijos de la pareja conviviente y no sólo al hijo del cónyuge.

El segundo supuesto de excepción, es ante la existencia de estado de hijo cuando éste era menor de edad y que por diferentes razones no se llevó adelante la adopción durante la minoridad del niño, permitiendo la ley que se pueda realizar la adopción aun cuando el niño alcanzó la plena capacidad civil.

Art. 598 ***Pluralidad de adoptados.*** **Pueden ser adoptadas varias personas, simultánea o sucesivamente.**

[12] Es necesario aclarar que los arts. 311 a 340 se incorporaron mediante ley 24.779, art. 1° (B. O. del 1-4-97) y su fe de erratas (B. O. del 30-6-97).

La existencia de descendientes del adoptante no impide la adopción. En este caso, deben ser oídos por el juez, valorándose su opinión de conformidad con su edad y grado de madurez.

Todos los hijos adoptivos y biológicos de un mismo adoptante son considerados hermanos entre sí.

I) Resumen

El Código mantiene el principio de que se puede adoptar a varias personas de manera simultánea o en forma sucesiva; es decir, en un mismo momento, o primero una y después otra u otras. También se mantiene la permisión de adoptar cuando los pretensos adoptantes ya tengan descendencia, siendo en este caso necesario que el juez oiga a los descendientes conforme a la capacidad madurativa y valorando dicha opinión conforme a la edad y grado de madurez. El cambio sustancial que introduce el Código se refiere a lo que dispone en último lugar: el carácter de hermanos tanto a los hijos biológicos como adoptivos de una misma persona o adoptante entre sí.

II) Concordancias

Menor de edad y autonomía progresiva (arts. 25 y 26); Ministerio Público (art. 103); parentesco por adopción (art. 535); participación de niños y adolescentes en el proceso de familia (art. 707); sucesiones (art. 2430).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Adopciones simultáneas o sucesivas*

El artículo en análisis establece que pueden los o el adoptante adoptar en forma simultánea o sucesiva.

Se entiende por simultánea cuando en un mismo espacio de tiempo se realizan dos o más adopciones, y por sucesiva que sucede o se sigue una de otra. De este modo se mantiene el principio ya sentado en el código derogado.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.2) *Incorporación del concepto de autonomía progresiva*

Dispone el artículo que si el adoptante tiene descendientes, esto no impide la viabilidad de una adopción; independientemente de esto, los descendientes deben ser oídos por el juez. Ello se debe a la importancia de que los jueces conozcan en profundidad el panorama familiar en el que se va a insertar un niño, por lo cual, si en el grupo familiar hay ya hijos, es relevante que se tenga cabal conocimiento sobre ello y así se evalúe el vínculo entre el pretenso adoptado y los hijos –biológicos y adoptivos– de los pretensos adoptantes. En otras palabras, mantener esta previsión es de suma relevancia ya que se acepta que toda incorporación a la vida familiar de nuevos integrantes genera diversas situaciones y una modificación indudable en la dinámica familiar y por ello se debe tener cabal conocimiento de manera directa de qué piensan todos los integrantes del núcleo familiar, incluidos los descendientes de los pretensos adoptantes.

Al respecto, el Código introduce una reforma que no es meramente terminológica. Amén de incorporar la noción de autonomía progresiva al decir que la opinión de los descendientes del adoptante será considerada de acuerdo a su edad y grado de madurez; cabe destacar que el derogado artículo 314 disponía que los descendientes de los pretensos adoptantes "podrían" ser oídos, a diferencia de la redacción actual que establece que "deben" ser oídos, agregando "con la asistencia del asesor de menores si correspondiere". El Código deroga esta última previsión y alude a otra cuestión, a la valoración de la opinión de conformidad con la edad y grado de madurez de los descendientes de los pretensos adoptantes, una cuestión totalmente diferente, a la intervención del Ministerio Público que lo debe ser como en cualquier proceso que involucre de manera directa derechos de niños y adolescentes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103.

En suma, el Código al mantener este interés por los descendientes de los pretensos adoptantes reafirma, una vez más, la democratización de las relaciones de familia, siendo imprescindible la participación activa a través de la escucha directa de sus miembros, incluidos los niños o adolescentes, hijos del o los pretensos adoptantes, cuya valoración será en consonancia con la edad y grado de madurez.

III.3) *Situación de los hijos biológicos y adoptivos entre sí*

Con relación al vínculo que une a los hijos biológicos y los adoptivos de un mismo adoptante entre sí mereció algunas críticas en la doctrina que precede a este Código receptándose la misma y estableciéndose que son hermanos entre sí los hijos biológicos y adoptivos de un adoptante.

En las XXI Jornadas de Derecho Civil realizadas en Lomas de Zamora en el año 2007 se concluye por mayoría la necesidad de "La adecuación del artículo 329 del Código Civil permitiendo la creación de vínculos entre el adoptado y toda la familia del adoptante, en pos de brindar al niño el debido modo de contención familiar, asegurando así los principios de igualdad, equidad y no discriminación entre los hijos adoptivos y biológicos de una misma familia"[13].

IV) Significado de la reforma

El Código introduce algunas modificaciones a los derogados artículos 313 y 314. En primer lugar, concentra en un mismo articulado ambas previsiones referidas a los adoptados.

El Código no sólo incorpora cambios en el vocabulario, sino también de fondo. Desde el punto de vista terminológico, incorpora el concepto de persona y deroga así el perimido y peyorativo concepto de "menor", como así el destacar que se trate de personas menores de edad de "uno y otro sexo". Sucede que por aplicación del reiterado principio de igualdad ya es sabido que toda adopción puede involucrar a una persona de uno y otro sexo, es decir que el sexo no es una variable razonable de ser mantenida en el texto legal.

Se mantiene la posibilidad de adoptar a más de una persona en forma simultánea o sucesiva.

También se mantiene lo que establecía el derogado artículo 314 en cuanto a la existencia de descendientes del adoptante. En este tema introduce una modificación terminológica y a la vez sustancial, fundada en el reiterado principio de autonomía progresiva de niños y adoles-

[13] Conclusiones de la Comisión de Familia (Comisión N° 5) de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Lomas de Zamora, 27, 28 y 29-9-2007.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

centes, por lo cual se obliga al juez a escucharlos según su edad y grado de madurez a fin de conocer de manera acabada la situación familiar en la cual se insertará un niño.

Por último, se introduce una modificación que cuenta con aval de la doctrina y que se encuentra auspiciada por el principio de igualdad: considerar que todos los hijos de un adoptante –sean biológicos o adoptivos– son hermanos entre sí.

Art. 599 ***Personas que pueden ser adoptantes.*** **El niño, niña o adolescente puede ser adoptado por un matrimonio, por ambos integrantes de una unión convivencial o por una única persona.**

Todo adoptante debe ser por lo menos dieciséis años mayor que el adoptado, excepto cuando el cónyuge o conviviente adopta al hijo del otro cónyuge o conviviente.

En caso de muerte del o de los adoptantes u otra causa de extinción de la adopción, se puede otorgar una nueva adopción sobre la persona menor de edad.

I) Resumen

En este artículo se establece quiénes pueden ser adoptantes, ampliando la legitimación para adoptar a las uniones convivenciales, además de los matrimonios y personas solas que permitía el código derogado. Otra modificación que se introduce es la baja de la diferencia de edad entre adoptado y adoptante, siendo en el régimen adoptivo de 16 años, resultando innecesaria esta limitación o requisito si se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente. Asimismo, se pone de resalto que si llegaran a darse situaciones excepcionales como ser el fallecimiento del o los adoptantes o la extinción del vínculo adoptivo por alguna otra causal, es posible una nueva adopción sobre la persona menor de 18 años.

II) Concordancias

Uniones convivenciales (arts. 509 y ss.); adopción de integración (arts. 630 y ss.); nulidad de la adopción (art. 634).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Importancia de las cualidades personales de los adoptantes por sobre el Registro Civil*

Este artículo establece quiénes pueden adoptar ampliando lo estipulado en el anterior que posibilitaba la adopción a matrimonios y a personas solas[14].

Como se ha expresado: "Esta ampliación se funda en principios constitucionales-internacionales de derechos humanos y, en especial, en el reconocimiento constitucional de diversas formas de organización familiar, sabiéndose que el tipo de vínculo de pareja, conyugal o no, carece de relevancia a los fines de analizar la calidad para ser adoptante"[15].

Habiendo este Código receptado en el Título III del Libro Segundo las *Uniones convivenciales* como otra forma de constitución de la familia, no podía circunscribirse al matrimonio la posibilidad de adoptar, razón por la cual la redacción del artículo prevé que los niños o adolescentes pueden ser adoptados por matrimonio, uniones convivenciales y personas solas.

Ahora bien, es necesario señalar que cuando se hace mención al matrimonio, unión convivencial o persona sola nada dice el artículo con relación a la orientación sexual del o los integrantes de dicha pareja receptándose así el principio de igualdad y no discriminación en relación con la orientación sexual de los adoptantes. Es dable destacar que a partir de la regulación de los matrimonios entre personas del mismo sexo (ley 26.618) se reconoció el derecho a las parejas de igual sexo lo que esta reforma no podía desconocer.

[14] Cabe recordar que por mayoría se aprobó en la Comisión de Familia (N° 5) de las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Lomas de Zamora en el año 2007: "Se solicita la modificación del primer párrafo del art. 312 del Cód. Civ. en el sentido de admitir la adopción conjunta por parte de los convivientes heterosexuales acreditada la convivencia estable, pública y permanente".

[15] HERRERA, Marisa, *El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: Más sobre la trilogía: Blanc*, en J. A. Supl. Esp. *El Derecho de Familia en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil*, 2012-II, coord. por Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, del 20-6-2012, ps. 84 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Asimismo, y atento a que la institución de la adopción tiene como principal objetivo el de dar a un niño o adolescente que fue privado de la posibilidad de permanecer en su familia de origen la posibilidad de insertarse en un medio familiar alternativo, la orientación sexual de los adoptantes no conculcaría sus derechos siempre que la calidad personal de los mismos sea tenida en cuenta, esto toda vez que en nuestro país se sancionó la ley 26.618 que extiende el matrimonio a toda persona independientemente de su orientación sexual.

Es necesario señalar que ya existen antecedentes jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en su fallo "Atala Riffo c/Chile", del 24 de febrero 2012, afirma que "al argumento de que el principio del interés superior del niño puede verse afectado por el riesgo de un rechazo por la sociedad, la Corte considera que un posible estigma social debido a la orientación sexual de la madre o el padre no puede considerarse un daño válido a los efectos de la determinación del interés superior del niño. Si los jueces que analizan casos como el presente constatan la existencia de discriminación social es totalmente inadmisible legitimar esa discriminación con el argumento de proteger el interés superior del menor de edad"[16].

Por otro lado es necesario destacar que se mantiene la adopción unipersonal, ya que la familia monoparental es tan familia como cualquier otra y merece reconocimiento expreso de conformidad con lo que dispone el párrafo 98 del fallo de la CIDH en "Fornerón": "Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente la Corte Interamericana ha establecido que el término 'familiares' debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no puedan brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas"[17].

[16] CIDH, 24-2-2012, "Atala Riffo c/República de Chile", párr. 121.
[17] CIDH, 27-4-2012, "Fornerón e Hija vs. Argentina", párr. 98.

Es decir que este artículo prevé que podrán adoptar: a) los matrimonios de igual o diverso sexo; b) las uniones convivenciales, reconocimiento legal nuevo que recepta el desarrollo de la doctrina y jurisprudencia a la luz de los DDHH, y c) adopción unipersonal.

III.2) *Particularidades de la adopción de integración*

Este Código recepta las distintas voces doctrinarias y jurisprudenciales en relación con la *adopción de integración* de los hijos del cónyuge, extendiéndolo a los hijos del conviviente.

En las XXI Jornadas de Derecho Civil celebradas en Lomas de Zamora la Comisión de Familia, aprobada por mayoría, concluyó al respecto: "Es necesario legislar sobre la adopción integrativa del hijo del cónyuge, determinar su naturaleza jurídica, qué supuestos la integran y los efectos que producen. Se propone *de lege ferenda* legislar en materia de adopción integrativa modificando el artículo 313, 2° párrafo *in fine* del Código Civil, 323 y 329 del Código Civil, que incluya la posibilidad de solicitar la adopción plena o simple en los casos de adopción del hijo del cónyuge sin filiación paterna o materna acreditada. Subsistiendo los efectos jurídicos de la filiación jurídica familiar existente".

Asimismo, y no sin alguna disidencia, estableció: "Se debe modificar el artículo 311 agregándose el inciso 3° en el sentido de la adopción del hijo del conviviente de una unión de hecho heterosexual que reúna las condiciones de estabilidad y permanencia debidamente acreditadas en el proceso de adopción".

Este Código modifica lo establecido en el artículo 312 del derogado Código Civil que aludía únicamente al caso del "cónyuge supérstite adopta al hijo adoptado del premuerto" y se mejora la redacción ya que en el código derogado se alude al hijo adoptado del "premuerto" y la adopción de integración no sólo se circunscribe a la adopción del hijo del "premuerto" sino que, por el contrario, es en todos los supuestos de adopción, no hace falta que la regulación gire en torno al fallecimiento de una de las personas.

Esta posibilidad que brinda la actual redacción del Código es acorde a la concepción de los diferentes tipos de familia y la implicancia que

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

importa en la vida del niño la adopción por parte del cónyuge o conviviente de su progenitor dando un marco legal a situaciones fácticas. Este Código se hace eco de la mayor flexibilidad en pos del interés del niño de ver ampliados sus lazos afectivos en el plano jurídico.

Este artículo prevé como otro de los requisitos para los adoptantes ser 16 años mayor que el adoptado, esto se modificó dado que con anterioridad estaba establecido en 18 años.

Asimismo, este Código recepta las críticas que la doctrina había realizado con relación a la situación de la diferencia de edad en la adopción del hijo del cónyuge premuerto.

Entre las críticas a dicho artículo, Azpiri expone: "La regla de la diferencia de edad es lógica porque a través de ella se procura remedar la situación paterno-filial. La excepción permitiría la adopción por parte del cónyuge supérstite sin que exista tal diferencia de edad.

"El caso previsto es verdaderamente excepcional. En primer lugar porque de acuerdo al artículo 320 las personas casadas sólo pueden adoptar si lo hacen conjuntamente; por lo tanto, la situación del artículo sólo podrá tener lugar cuando se presenten los pocos probables supuestos de excepción previstos por el mismo artículo 320, o bien cuando la adopción sea previa al matrimonio [...] Hay que tener en consideración también que se exigirá la diferencia de edad cuando se adopta al hijo biológico del otro cónyuge, ya que la excepción sólo se permite ante el hijo adoptivo del muerto, lo que establece una distinción que no parece razonable"[18].

El doctor Moreno dijo a raíz de la diferencia de edad entre adoptado y adoptante en la adopción de integración: "En los casos de adopciones integrativas, el niño o adolescente que se intenta adoptar ya ha convivido con el adoptante, a quien identifica como padre o madre. Por ende, aun cuando no exista la diferencia de edad que impone la ley bajo pena de nulidad absoluta, no se justifica que –con sustento en razones de orden público– se deje sin progenitor legal a un niño o adolescente que lo necesita y que de hecho convive con él en su propia

[18] AZPIRI, Jorge, *Reflexiones sobre la parte general de la ley de adopción*, en *Summa de Familia*, dir. por Cecilia Grosman, Nora Lloveras y Marisa Herrera, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 2030.

familia, y que además puede tener hermanos nacidos de la unión de la persona adoptante con su madre o padre, violentándose con esta solución el interés superior del niño"[19].

Los magistrados De Lázzari, Kogan y Genoud de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en un fallo del 4 de julio de 2007, han dicho: "En los casos de adopción integrativa, los requisitos exigidos sobre la edad –tanto la diferencia de ésta entre adoptante y adoptado como la edad mínima del adoptante– no resultan aplicables"[20].

Este Código no sólo mejora la redacción de los artículos sino que recepta las críticas que la doctrina realizó a la redacción anterior dejando claramente expuesto que la diferencia de edad entre adoptado y adoptante debe ser de 16 años y que en los casos de adopción de integración del hijo del cónyuge o conviviente se flexibiliza este requisito y establece que no será necesaria esta diferencia de edad.

III.3) *Posibilidad de dar una nueva adopción*

Otorgada la adopción y ante el posible fallecimiento del o los adoptantes u otra circunstancia que signifique la extinción de la adopción, puede otorgarse una nueva adopción.

El Código amplía las causales en las que se habilita una nueva adopción del mismo adoptado en beneficio de éste. Este supuesto excepcional no se circunscribe al fallecimiento del adoptante o en caso de ser conjunta, de ambos, ya que si fallece uno solo el otro perfectamente puede continuar con el vínculo adoptivo como lo establecía el código derogado en el artículo 324 y en el actual 599, sino también a otras causales de extinción de la adopción como podría ser la revocación de la adopción plena en el caso de adopción de integración (conf. art. 633), de nulidad de la adopción (conf. art. 634) o la privación de la responsabilidad parental cuando se trata de una adopción plena y el adoptado ha sido víctima de graves perjuicios por parte de sus padres adoptivos, etcétera.

[19] MORENO, Gustavo, *La adopción integrativa y la necesidad de una nueva reforma del régimen de adopción*, en *Summa de Familia* cit., p. 2255.

[20] SCJBA, 4-7-2007, "D. M. M.", L. L. B. A. 2007 (septiembre), p. 888.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Sucede que debe recordarse que las causales de privación de responsabilidad parental también son aplicables por analogía a los casos de adopción plena, la cual no es revocable –como sí la adopción simple– salvo que se trate de una adopción de integración plena.

IV) Significado de la reforma

El Código introduce varias modificaciones en lo relativo a los adoptantes. Si bien se mantiene la adopción conjunta por parte de dos personas unidas en matrimonio como también la adopción unipersonal, *se amplía la posibilidad de adoptar a personas que han conformado una unión convivencial.*

Fundado en el principio de igualdad y no discriminación que ha reforzado en el ordenamiento jurídico interno la ley 26.618, el Código no alude ni diferencia según la orientación sexual de los integrantes de la pareja matrimonial o convivencial, permitiéndose por ello que puedan adoptar un matrimonio o unión convivencial de manera conjunta, sean de igual o de diverso sexo.

El nuevo texto hace hincapié, no ya en el vínculo formal o más informal entre las personas que pretenden adoptar, sino en las cualidades personales de quienes conforman la pareja, sea ésta matrimonial o no, siguiéndose así una línea jurisprudencial y doctrinaria que ha adquirido mayor fuerza en los últimos tiempos auspiciada por la obligada perspectiva constitucional-internacional.

En el segundo párrafo se observan importantes modificaciones concretas, por un lado la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, la cual ha disminuido de 18 a 16 años, se establece que se prescinde de la diferencia de edad dispuesta si se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente. Queda demostrado a partir de esta excepción el interés del legislador en proteger los lazos afectivos ya existentes y el respeto por el derecho a la identidad en su faz dinámica.

Por otra parte, el artículo 312 del código derogado establecía la excepción de la diferencia de edad cuando el cónyuge supérstite adoptaba al hijo adoptado del premuerto. Este Código establece la excepción de la diferencia de edad cuando el cónyuge o conviviente adopta al

hijo del otro cónyuge o conviviente siendo de este modo más clara la redacción y aplicación del presente artículo.

El último párrafo establece que una persona menor de edad puede ser nuevamente adoptada, para ello prevé los supuestos a partir de los cuales se extingue el vínculo adoptivo que permite esta nueva adopción; dentro de estos supuestos tenemos el fallecimiento de uno o de ambos adoptantes, la nulidad de la adopción, la revocación de la adopción plena en el caso de adopción de integración o la privación de la responsabilidad parental cuando se trata de una adopción plena y el adoptado ha sido víctima de graves perjuicios por parte de sus padres adoptivos, etcétera.

Art. 600 ***Plazo de residencia en el país e inscripción.*** **Puede adoptar la persona que:**

a) resida permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país;

b) se encuentre inscripta en el registro de adoptantes.

I) Resumen

El Código establece distintos requisitos que deben cumplir quienes pretenden adoptar un niño. Entre los requisitos, se establece la permanencia interrumpida en el país por un plazo determinado y la inscripción en el correspondiente registro de adoptantes. Ambos requisitos observan cambios. Con respecto a la permanencia en el país, el Código mejora la redacción y consigo quita el perjuicio que hasta ahora sufrían los nacionales o personas naturalizadas que por diversas razones no se encontraban por algún tiempo en el país y se veían imposibilitadas de adoptar, siendo que esta restricción obedece a otra cuestión: impedir que extranjeros adopten niños argentinos. La otra es una incorporación en el texto civil de fondo para estar en consonancia con los registros de adoptantes, la obligatoriedad de que toda persona se encuentre debidamente inscripta.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

II) Concordancias

Adopción (arts. 594 y ss.); derecho internacional privado (arts. 2636 y ss.). Ley 25.854 (decs. reglamentarios, 383/2005, 1022/2005).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Algunas consideraciones con relación a la necesidad de plazo de residencia para los adoptantes extranjeros*

La Argentina, al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño mediante ley 23.849[21], estableció como reserva la adopción de niños nacionales por adoptantes extranjeros, manifestando en dicho momento que para permitir la adopción internacional debería el país contar con mecanismos de protección que eviten el tráfico o venta de niños.

Reza el artículo 2°: "Al ratificar la convención, deberán formularse las siguientes reservas y declaraciones: La República Argentina hace reserva de los incisos b, c, d, y e, del artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño y manifiesta que no regirán en su jurisdicción por entender que, para aplicarlos, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño en materia de adopción internacional, a fin de impedir su tráfico y venta".

Es decir, nuestro país no acepta la adopción de niños argentinos por adoptantes extranjeros. La finalidad de dicha restricción es para los extranjeros y no para los argentinos.

El Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Formosa ha dicho al respecto: "La reserva de la República Argentina al artículo 21, incisos b, c, y d, de la CDN –artículo 2°, ley 23.849– no está prevista para operar *sine die*, sino de modo transitorio, hasta contar con mecanismos para evitar el tráfico internacional de menores, debiendo acogerse la adopción plena aun cuando los peticionarios no hayan residido en el país durante los cinco años anteriores a la petición de guarda –artículo 315 del Código Civil, texto según ley 24.779–, si ello permite preservar el interés superior del niño..."[22]

[21] Sancionada el 27-9-90.

[22] STJ de Formosa, 4-2-2003, "R. G. J. y otra", L. L. Litoral 2003 (julio), p. 707.

La doctrina realiza una dura crítica a dicho pronunciamiento evaluando que debieran haberse dado distintas situaciones fácticas previas que eviten la consolidación del vínculo entre la familia española y el niño.

Al respecto, Najurieta y Oyarzabal expresan en relación con la adopción internacional: "La República Argentina no debe ratificar la Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, que responde a realidades diferentes a la de nuestro país. Existen, además, dos motivos específicos que obstan a tal ratificación y que son: a) ese convenio no respeta apropiadamente el carácter subsidiario de la adopción internacional frente a la adopción nacional, y b) no admite reservas y, por ello, su vigencia favorecería la actuación en el país de asociaciones intermediarias extranjeras, incluso agencias privadas y abogados independientes, los que difícilmente podrían ser sometidos a control aun cuando la República Argentina hiciera la declaración"[23].

En distintos antecedentes jurisprudenciales y doctrinarios se plantea la inconstitucionalidad del artículo 315 en tanto prevé la obligatoriedad del plazo de cinco años de residencia en el país. Del debate surge que dicho requisito tiene como fundamento la reserva que se realizó en relación con la adopción internacional al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño y no la de establecer esta regla a los nacionales.

Dijo la doctrina al respecto del artículo 315 del Código Civil derogado: "Su deficiente técnica legislativa no permite discriminar entre nacionales y extranjeros, de modo que la norma alcanzaría a ambos por igual; cuando respecto de los primeros no se hallan en juego las mismas objeciones que suscita la adopción por los segundos. En efecto, cuando quienes quieren adoptar tienen idéntica nacionalidad que el adoptado cabe suponer que el común acervo cultural no afectará la identidad del menor en la misma medida que si se tratara de extranjeros"[24].

Asimismo, otras voces doctrinarias cuestionaron la ley de adopción 24.779, al considerar que se ha limitado a repetir los artícu-

[23] OYARZABAL, Mario J. A. y NAJURIETA, María S., *Una nueva mirada sobre la adopción internacional*, en 2005-30-97; 2005-30-79.

[24] ARIANNA, Carlos, *La adopción por nacionales y la exigencia de residencia previa en el país*, en RDF 1999-15-259.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

los 32 V y 33 de la ley 19.134 (que eran los arts. 339 y 340, Cód. derogado). Que no había incorporado ninguna norma de jurisdicción internacional por lo cual se han de repetir las incoherencias señaladas con motivo de la ley 19.134. El disfavor hacia la adopción internacional se refleja en una mayor exigencia respecto de los candidatos a adoptar niños en la República Argentina. El artículo 315, párrafo primero, del código derogado, decía: "Podrá ser adoptante toda persona que reúna los requisitos establecidos en este Código, cualquiera fuese su estado civil, debiendo acreditar, de manera fehaciente e indubitable, residencia permanente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda". La norma parecía destinada a impedir que extranjeros, o incluso argentinos domiciliados en el extranjero, soliciten adopción de menores en la República Argentina[25]. El nuevo Código sortea el tema de los argentinos, al ampliar la posibilidad concreta de que éstos no deban esperar el plazo de residencia permanente en el país por 5 años.

Por su parte, cabe destacar que el decreto 383/2005 establecía en su artículo 9°: "A efectos del cómputo del plazo de residencia exigido por el artículo 5° de la ley N° 25.854, podrán sumarse distintos períodos en los que los aspirantes hayan residido efectivamente en el país. Cuando los aspirantes sean miembros del servicio exterior de la Nación, a los fines del cómputo del plazo de la residencia se tendrá en cuenta el tiempo de prestación de servicios para la Nación en el extranjero". Esta previsión fue derogada por el artículo 4° del decreto 1022/2005 al confundir, nuevamente, la adopción internacional con la adopción por argentinos de niños argentinos aunque no cumplan con el requisito temporal.

Ya la doctrina había visto positiva la redacción del artículo 9° del decreto derogado señalándose al respecto: "El otro consiste en poner fin a situaciones injustas que se presentaban hasta la actualidad en el marco de la ley 24.779 (L. L. 1997-B-1346). Más precisamente, nos referimos al requisito de permanencia en el país por un lapso de tiempo mínimo de cinco años, lo cual traía consigo la prohibición de acceder

[25] BOGGIANO, Antonio, *Derecho Internacional Privado*, LexisNexis, Buenos Aires, 2006; Abeledo-Perrot N° 1102/007180.

a la adopción a los argentinos residentes en el exterior. Sobre este punto el artículo 9 del decreto en estudio dispone que «A efectos del cómputo del plazo de residencia exigido por el artículo 5°, ley 25.854, podrán sumarse distintos períodos en los que los aspirantes hayan residido efectivamente en el país»". Y agrega: "Cuando los aspirantes sean miembros del Servicio Exterior de la Nación, a los fines del cómputo del plazo de residencia se tendrá en cuenta el tiempo de prestación de servicios para la Nación en el extranjero. Cabe dejar en claro que el requisito de la permanencia en el país no surge sólo del artículo 5°, ley 25.854 como alude el decreto, sino, de manera previa y primordialmente, del artículo 315, Código Civil, según el texto de la ley 24.779"[26].

El nuevo texto civil sortea este debate al darle vigencia al derogado artículo 9° del decreto 383/2005.

Al respecto, sostiene la doctrina nacional en relación con las modificaciones establecidas en el presente Código que constituyen "Otro cambio sustancial se refiere a la residencia permanente en el país por un lapso de 5 años anteriores a la guarda, a los fines de reafirmar la prohibición de la adopción de niños argentinos por pretensos adoptantes extranjeros. Sobre este punto, en el Anteproyecto se aclara que este plazo no es un requisito a ser cumplido por parte de las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país"[27].

Por lo tanto, la normativa en análisis dispone que a quienes sean argentinos o se encuentren naturalizados en nuestro país no les cabe cumplir con el requisito de los cinco años de permanencia en el mismo.

Por último, al determinar esta excepción se reafirma lo relativo a la prohibición de la adopción internacional en tanto no se acepta la adopción de niños argentinos por extranjeros que no cumplan con el requisito del plazo legal, pero de a poco la jurisprudencia fue permitiendo que argentinos adopten niños en otros países independientemente

[26] HERRERA, Marisa, *Luces y sombras del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos a la luz del decreto 383/2005*, en Supl. J. A. del 8-6-2005, J. A. 2005-II-819.

[27] HERRERA, *El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: Más sobre la trilogía: Blanc* cit.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

de no contar nuestro país con una regulación expresa al respecto ni haber ratificado la Convención de La Haya.

La jurisprudencia dice al respecto: "En aplicación a las normas fundamentales que rigen en nuestro país, la Convención de los Derechos del Niño, la Constitución Nacional, nuestro Código Civil y demás leyes, corresponde atemperar los requisitos de exequátur en relación con la legalización de la sentencia cuyo reconocimiento se pretende –en el caso se trata del reconocimiento de una sentencia de adopción dictada por un tribunal competente de Haití, con anterioridad al terremoto que se produjo en el mencionado país en enero del corriente–; lo contrario implicaría cometer una injusticia en el solo beneficio de la ley, del cumplimiento de una formalidad ajena a la realidad"[28].

Sin embargo, podemos destacar lo dictaminado por el señor procurador del Tesoro de la Nación quien ante la solicitud de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia de expedirse respecto de una evaluación por parte de dicho organismo con el objeto de adoptar a un niño colombiano destacó su coincidencia con las consideraciones efectuadas por la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos y la Senaf, dictaminando que los organismos públicos deben abstenerse de intervenir en lo que signifique facilitar o cooperar en trámites que tengan por objeto una adopción internacional, reconociendo como posible excepción solicitudes de intervención que pudieren provenir de organismos oficiales competentes de Estados extranjeros, fundadas en sólidas razones humanitarias[29].

En este contexto, la doctrina señala primordial que los niños cuyas adopciones hayan sido otorgadas en el extranjero puedan ejercer aquí sus derechos plenamente, en la misma medida e intensidad que aquellos que han sido adoptados en nuestro país, otorgándoseles la estabilidad

[28] JFam. N° 2 de Mendoza, 9-11-2010, "C. A. V. y otro", Abeledo-Perrot N° 70066350.

[29] BURGUES, Marisol, *Argentina ratifica su postura en materia de adopción internacional. Criterio de actuación de todos los organismos del Estado argentino en las intervenciones que impliquen facilitar o cooperar en trámites de adopción internacional (dictamen 321 del 19-12-2008, Procuración del Tesoro de la Nación)*, en Abeledo-Perrot N° AP/DOC/1709/2012.

que estos vínculos requieren para consolidar jurídicamente el estado de familia que constituyen. A su vez, respetando y valorando a tales fines las características y efectos que les atribuye cada ordenamiento jurídico que los haya creado, quedando estos extremos a criterio del juez de la causa[30].

Al respecto, cabe destacar que el proyecto enviado por la Comisión de Reforma establecía en el artículo 2635 el siguiente texto: "*Jurisdicción*. En caso de niños con domicilio en la República, los jueces argentinos son exclusivamente competentes para la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción. Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado. Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en un país extranjero, que solicite informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero". Esta última parte referida a las adopciones otorgadas en el extranjero y la colaboración de los jueces argentinos ha sido quitada por el Poder Ejecutivo.

Más allá de ello, cabe señalar que ya varios fallos han permitido tal colaboración a los fines de que los niños que efectivamente fueron adoptados en el extranjero, puedan ver satisfecho su derecho a la vida familiar en el país, mediante el necesario seguimiento para verificar que sus derechos estén debidamente protegidos en el país. Una vez más, parecería persistir la confusión entre la intención del legislador que fue prohibir la adopción de niños argentinos por extranjeros y la adopción por argentinos de niños extranjeros.

III.2) *Registro de adoptantes*

En nuestro país y conforme ley 25.854 –promulgada el 6 de enero de 2004– se crea la Dirección Nacional del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA).

[30] RUBAJA, Nieve, *Adopción internacional. Los procesos de adopción con elementos extranjeros*, en Supl. J. A. del 8-12-2010.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Esta Dirección dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos tiene como objetivo formalizar una lista de aspirantes a guarda con fines adoptivos conformada por los diferentes Registros provinciales.

Es dable destacar que el artículo 1° del decreto 1328/2009 expresa: "El Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos tiene los siguientes propósitos: 1. Constituir una red informática que interconecte los registros provinciales de postulantes a adopción, para brindar a todos los niños del país que lo necesiten la posibilidad de guarda familiar con fines adoptivos, en su propia provincia, en su región o en otra del país si no fuere factible lo primero. 2. Propiciar la creación de registros en las jurisdicciones donde aún no existan. 3. Asegurar a los aspirantes a guardas con fines de adopción que una inscripción única, en la jurisdicción de su propio domicilio, tenga validez para acreditar su postulación en todas las provincias, para agilizar y economizar trámites y evitar que tengan que inscribirse en múltiples registros. 4. Proporcionar según el artículo 15 de la Ley N° 25.854, y en todo momento a pedido de los jueces y del Ministerio Público con competencia en guarda con fines adoptivos, una lista de aspirantes admitidos en los términos del artículo 8° de la Ley N° 25.854, de la cual surjan los datos indicados en el artículo 5° de esta reglamentación, según las características que dichos magistrados requieran. 5. Brindar apoyo técnico informático y/o profesional a los registros locales, cuyas autoridades así lo soliciten, tanto para su organización inicial como para su funcionamiento e interconexión".

Es importante destacar que dentro de las funciones del Registro se halla la de propiciar la creación de registros en las jurisdicciones donde no se han creado aún y, por otro lado, constituir una red que reúna la información aportada por los distintos registros regionales[31].

Sobre los cambios que introduce el Código al reconocer de manera expresa el rol y las funciones de los registros de adoptantes, la doctrina actual destaca: "Y además, este mismo artículo 600 del Anteproyecto,

[31] Sobre el rol de los registros, tanto los locales como el nacional, ver los diferentes trabajos compilados en *Análisis de las prácticas actuales en adopción*, Ministerio de Justicia de la Nación y Derechos Humanos-Dirección Nacional de Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción, Buenos Aires, 2012.

agrega como requisito para adoptar que las personas o parejas se encuentren inscriptas en el correspondiente registro de adoptantes. De esta manera, se revaloriza una herramienta de vital relevancia como son los registros que por su versación se encuentran capacitados para llevar adelante una tarea muy compleja como lo es evaluar en diferentes aspectos las cualidades y calidades para ser adoptante"[32].

IV) Significado de la reforma

El Código incorpora un cambio sustancial a los requisitos que deben cumplimentar los adoptantes al momento de solicitar la guarda con fines de adopción.

Por un lado, si bien mantiene el plazo de cinco años de residencia permanente en nuestro país, esta restricción efectivamente queda circunscripta para los extranjeros que pretendan adoptar un niño o adolescente, no así para los nacionales o naturalizados, tales por el principio de igualdad.

Por otra parte, el Código incorpora el requisito de la inscripción previa en el registro de adoptantes que corresponda a su domicilio. Es una novedad el que se aluda a un recurso de tanta relevancia en materia de adopción como lo es el registro de adoptantes en el texto civil y así elaborar un puente normativo entre la legislación civil y leyes especiales o complementarias como lo es la ley 25.854 y sus decretos reglamentarios.

Art. 601 *Restricciones.* **No puede adoptar:**

a) quien no haya cumplido veinticinco años de edad, excepto que su cónyuge o conviviente que adopta conjuntamente cumpla con este requisito;

b) el ascendiente a su descendiente;

c) un hermano a su hermano o a su hermano unilateral.

[32] HERRERA, *El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: Más sobre la trilogía: Blanc* cit.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

I) Resumen

El Código establece otros requisitos para adoptar que giran en torno a ciertas restricciones como ser: a) que los adoptantes tengan un mínimo de 25 años; b) imposibilidad de adoptar el ascendiente a su descendiente, y c) imposibilidad de adoptar hermanos a su hermano o hermano unilateral.

II) Concordancias

Matrimonio (arts. 403 y ss.); uniones convivenciales (arts. 509 y ss.); parentesco (art. 529); nulidad de la adopción (art. 634).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Requisito de la edad mínima. Excepción*

Este artículo expresa cuáles son las restricciones que tienen los adoptantes para adoptar.

En primer lugar establece la edad mínima de 25 años, situación que modificó la redacción anterior de la norma que en su artículo 315 establecía una edad mínima de 30 años. Asimismo, el artículo tiene la excepción en relación con la edad y establece que de ser una adopción por cónyuges o convivientes, es decir una adopción conjunta, puede uno de los integrantes de la pareja tener menos de esa edad si el otro la tiene.

Es decir, si uno tiene 22 años pero su cónyuge o conviviente tiene 28 podrían adoptar conjuntamente, o sea que este requisito debe cumplirlo al menos uno de los integrantes de la pareja.

III.2) *Adopción de los ascendientes a los descendientes*

Otra restricción prevista en el artículo es la de la adopción de los descendientes por sus ascendientes, ésta ya se encontraba en el artículo 315 del código derogado.

La fundamentación de la misma es el vínculo existente entre adoptante y adoptado que se vería distorsionado de adoptar uno al otro; un ejemplo de ello sería la adopción de los abuelos a los nietos, situación que modificaría un vínculo existente generando confusión a nivel familiar.

La doctrina había reflexionado al respecto expresando que "La ley 24.779 mantiene la prohibición de la adopción por los abuelos a los nietos; aún más, el artículo 315, inciso b, menciona ahora a los ascendientes y descendientes, aclarando entonces que un bisabuelo tampoco puede adoptar a su bisnieto. Por su parte, el artículo 337.1 sanciona con la nulidad absoluta la adopción de descendientes. Es la solución del artículo 175.1 de la ley española que dispone: «No puede adoptarse [...] a un descendiente; a un pariente en segundo grado de la línea colateral por consanguinidad o afinidad»"[33].

Como excepción –y muy criticada en doctrina, salvo voces minoritarias– se trae a colación un caso jurisprudencial de la Provincia de Santa Fe en el que, fundado en el concepto indeterminado del "interés superior del niño", se otorgó la adopción a los abuelos maternos, siendo que el niño quedó bajo su cuidado ya que el padre se encontraba condenado a prisión perpetua por haber ocasionado la muerte de su madre. En ese caso, se declaró la inconstitucionalidad del articulado de la ley 19.134 –vigente por entonces– que, como la normativa en análisis, prohíbe la adopción entre ascendientes y descendientes[34].

Como se ha sostenido: "Este tipo de fallos ha sido criticado por la doctrina en tanto que cabe preguntarse si existiendo ya en el caso relatado un estado de familia como el de nieto y pudiendo otorgarles a los abuelos a través de la institución de la tutela los derechos y obligaciones necesarios para poder educar y criar al niño, la decisión a que arribó la Cámara ha sido la correcta, sin perder de vista que si bien para los jueces primó el supremo interés del niño, también existe el derecho de éste a tener su propia identidad (arts. 7°, ver texto, 8° y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño)"[35].

III.3) *Adopción de hermanos*

Igual situación se genera con el tercer supuesto del artículo, que

[33] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *De los llamados requisitos "rígidos" de la ley de adopción y el interés superior del niño. Breve paralelo de la jurisprudencia italiana y argentina*, en J. A. 1998-III-972.

[34] CCCom. de Santa Fe, sala 3ª, 21-12-95, J. A. 1996-I-46.

[35] GIRAUDO ESQUIVO, Nicolás, *El sistema de nulidades en la adopción. Ineficacia de la adopción. Nulidades e interés superior del niño*, en J. A. 2001-IV-871.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

es la adopción de un hermano de su hermano o hermano unilateral; aquí se advierte una modificación de tipo lingüística reemplazándose el anterior concepto de medio hermano (art. 315) por el de hermano unilateral. En este supuesto también se generaría una confusión de roles filiales y parentales.

Es necesario recordar que en la relación entre hermanos difícilmente se cumpla con el requisito legal de la diferencia de edad y se plantea una dificultad u otra limitación más para adoptar. Sucede que entre hermanos existe un vínculo fraterno que está basado en una posición de igualdad respecto de los ascendientes que se vería trastocada de adoptar un hermano a otro. La adopción es un tipo filial y entre hermanos no se plantea ese tipo de relación.

IV) Significado de la reforma

El Código mantiene ciertas y determinadas restricciones para poder adoptar.

Como novedad y modificación respecto del régimen derogado, disminuye la edad establecida en el artículo 315 del código derogado (30 años) a los 25 años estableciéndose que en caso de que el cónyuge o conviviente cumpla ese requisito no será necesario el cumplimiento de parte de ambos integrantes de la pareja.

El Código no distingue en este punto a quienes se encuentran casados y desde qué momento, como lo hacía la redacción original que otorgaba la excepción de la edad a los matrimonios con más de tres años de casados y establecía una excepción en quienes por debajo del termino de tres años de casados, es decir que no cumplían ni con los 30 años de edad ni los tres años de casados, podían acreditar la imposibilidad de tener descendencia.

Art. 602 ***Regla general de la adopción por personas casadas o en unión convivencial.*** **Las personas casadas o en unión convivencial pueden adoptar sólo si lo hacen conjuntamente.**

I) Resumen

El Código establece que si quienes adoptan están unidos en matrimonio o en unión convivencial, esté o no registrada, pueden hacerlo sólo si lo hacen en forma conjunta, prohibiéndose, en principio, la adopción unipersonal de un miembro de un matrimonio o unión convivencial, *salvo el supuesto previsto en el artículo 603.*

II) Concordancias

Matrimonio (arts. 403 y ss.); uniones convivenciales (arts. 509 y ss.); nulidad de la adopción (art. 637).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Adopción conjunta*

Se entiende por adopción conjunta la que realizan dos miembros de un matrimonio o de una unión convivencial con relación a un niño, niña o adolescente cuando ambos se comprometen en su cuidado y a facilitar y fomentar su desarrollo integral, generándose con ambos vínculo jurídico.

En la adopción conjunta ambos adoptantes asumen un mismo compromiso con relación al niño, niña y adolescente debiendo asumir los deberes y derechos derivados de la responsabilidad parental.

De este modo, el Código se hace eco de las críticas esgrimidas a la redacción del derogado artículo 312 que comenzaba diciendo: "Nadie puede ser adoptado por más de una persona simultáneamente, salvo que los adoptantes sean cónyuges". De este modo, se coloca en primer lugar a la adopción conjunta al entender, justamente como acontece con el resto de las fuentes filiales (por naturaleza y derivadas del uso de las técnicas de reproducción humana asistida), que el tener doble vínculo filial es, en principio, más beneficioso para el niño.

III.2) *Adopción por parejas en unión convivencial: una modificación sustancial*

III.2.A) *Consideraciones generales*

Una de las modificaciones sustanciales que introduce el Código

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

en el régimen jurídico de la adopción fundado en el principio de realidad y el reconocimiento constitucional-internacional de los distintos tipos familiares, es la permisión de la adopción conjunta por parte de parejas que conforman una unión convivencial en los términos que el propio Código regula en el Título III del Libro Segundo.

Es por tanto que si se considera a quienes viven en uniones convivenciales un tipo familiar, se debe reconocer que ellas pueden, dentro de su proyecto de vida común, querer tener un hijo a través de la filiación adoptiva.

De este modo, es coherente la línea que adopta el Código al permitir, y así extender, la figura de la adopción a las parejas en uniones convivenciales, y evitar que sólo uno de la pareja pueda adoptar de manera unipersonal, la cual es reconocida por el Código, siguiendo las leyes de adopción anteriores.

III.2.B) *La fuerza de las voces doctrinarias y jurisprudenciales*

Este Código recepta el desarrollo jurisprudencial y doctrinario que con el correr del tiempo fue admitiendo la adopción a parejas no casadas.

A modo de ejemplo, se cita el fallo de la Suprema Corte de Buenos Aires que en fecha 21 de marzo de 2012 puso de resalto que "La prohibición de adopción conjunta por concubinos –artículos 312 y 337, inciso d, del Código Civil– no supera el test de constitucionalidad, ya que las normas impiden satisfacer a los peticionantes y al causante, en el caso, ya mayor de edad, la plena realización de los fines e intereses familiares, lo cual no se compadece con efectivizar la integración familiar, que en el caso quedaría inconclusa en el plano jurídico, pese a haber sido lograda en la vida real de cada uno de ellos".

Por su parte, el magistrado De Lázzari, destacó que "El artículo 312 del Código Civil y el correlativo artículo 337, inciso d, del mismo cuerpo legal establecen como regla que la adopción doble sólo corresponde otorgarla a un matrimonio, por lo que la única alternativa para superar esta barrera, en los casos en que los requirentes fueran concubinos, es convertirse al matrimonio, circunstancia que lesiona el

principio de autonomía, infringe los principios de igualdad y no discriminación, y violenta el principio a la dignidad humana del grupo familiar"[36].

Esta aceptación de la adopción por convivientes viene adquiriendo fuerza en la jurisprudencia desde hace tiempo. Al respecto, cabe recordar uno de los primeros fallos y más resonados, el dictado por el Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario del 15 de noviembre de 2006. En esta oportunidad se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 321 y 337 del código derogado al afirmarse: "Si el instituto de la adopción procura imitar la naturaleza parece obvio que debe apuntarse a reproducir un núcleo familiar estable similar a la filiación sanguínea, que procure brindar a la persona a adoptar un marco de estabilidad y afecto por sobre la estricta formalidad de una unión matrimonial como requisito de admisibilidad a fin de no caer fulminada con la nulidad". Fundado en la obligada mirada constitucional-internacional, el magistrado aseveró que "según el artículo 31 de la Constitución Nacional, en cuanto al control de constitucionalidad asentado sobre los principios de legalidad y de razonabilidad, la supremacía constitucional de los tratados y declaraciones incorporadas a la Constitución Nacional de 1994, reseñados ut supra, respecto del derecho infraconstitucional del Código Civil, obligan a explorar una salida jurisprudencial de declaración de inconstitucionalidad, en tanto afectar la idea de familia asociada únicamente a la matrimonial, la vulneración de la igualdad de oportunidades y finalmente el desarrollo pleno del derecho a la identidad de la persona cuya adopción se pretende"[37].

Desde ese fallo, varios precedentes siguieron esta misma línea crítica al régimen derogado y que el Código viene a reconocer. Así, en otro fallo se sostuvo: "El texto claro e indubitable de la ley debe ser aplicado por los jueces salvo expresa declaración de inconstitucionalidad por razones fundadas. Por ello debe abordarse la declaración de

[36] SCJBA, 21-3-2012, "N., M. D. y otra s/Adopción plena", L. L. B. A. 2012 (junio), p. 534; L. L. Supl. Const. 2012 (junio), p. 68; L. L. 2012-D-184; D. J. del 26-9-2012, p. 31, AR/JUR/8590/2012.

[37] Trib.Coleg.Fam. N° 5 de Rosario, 15-11-2006, "O., A. y otro", L. L. Litoral del 1-1-2000, p. 103; L. L. Litoral 2007 (noviembre), p. 1047, con nota de Néstor E. Solari.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

inconstitucionalidad del artículo 312 del Código Civil, dado que no se debaten derechos disponibles sino derechos personales donde está involucrado el orden público, esto es: la prohibición de adopción conjunta por los concubinos (arts. 312 y 337 del Cód. Civ.). La fría aplicación de esta normativa contradice las normas consagradas en los artículos 3° y 21 de la CDN y del artículo 14 bis de la CN, que establece que la legislación debe propender a la 'protección integral de la familia', principio que se ve enriquecido por el nuevo inciso 19 del artículo 75 de la Carta Magna, todos ellos en armónica interpretación bajo el principio de unidad interpretativa que implica que las normas no deban ser puestas en pugna entre sí, sino armonizadas para que todas ellas conserven igual valor y efecto"[38].

Y en otra oportunidad, se destacó que "La jurisprudencia planteó con acierto una distinción entre la filiación por naturaleza y la adoptiva con relación a la posibilidad de generar vínculo jurídico adoptivo en parejas unidas de hecho: En un primer momento, razonó que si la ley civil describe que sólo existen dos tipos de filiación: por naturaleza y por adopción, y la primera de ellas admite que los hijos nazcan dentro o fuera del matrimonio (art. 240, Cód. Civ.), igualando el *status* de ambas a partir de la ley 23.264 (ídem), emerge, objetivamente, una discriminación entre los hijos biológicos y los adoptivos: los segundos nunca podrían gozar de una filiación adoptiva extramatrimonial en iguales condiciones que los biológicos. Ergo, existe una diferencia entre adoptivos y biológicos. No se admite que la filiación adoptiva se concrete dentro o fuera del matrimonio, sino que necesariamente debería ser dentro de él cuando se trata de dos adoptantes de distinto sexo (adopción dual)"[39].

Desde el punto de vista doctrinario también la extensión de la adopción conjunta a las parejas no casadas ha tenido cada vez mayor aceptación. Así, ha expresado Famá que "La existencia y proliferación de las parejas convivientes es un hecho que el Derecho no puede soslayar. Así como existe un derecho de raigambre constitucional a contraer matrimonio (art. 20, CN y diversos instrumentos internacionales), existe también –y aunque suene a 'verdad de Perogrullo'– un derecho constitucional a 'no casarse'. En estos términos, así como deviene inconstitucional una norma que imperativamente atribuya a las parejas de convivientes los mismos efectos jurídicos que se regulan para el matrimonio –en la medida en que con ello se les impondría a los interesados consecuencias legales de las que han querido sustraerse voluntariamente al no celebrar nupcias–, tampoco resulta admisible un sistema jurídico que al desconocer a las parejas de convivientes como piso mínimo los derechos fundamentales que se garantizan a las uniones matrimoniales –salud, previsión social, vivienda, derecho a adoptar, etcétera– coaccione esta elección y el libre consentimiento de las partes"[40].

Por su parte, Solari al criticar una sentencia afirma que "la doctrina realizaba distintas críticas respecto de los fallos donde los magistrados hacían prevalecer la condición de unidos de hecho de los pretensos adoptantes por sobre el interés superior del niño y a partir del fundamento en el artículo 312 del código derogado impedir la adopción conjunta: «disentimos con la conclusión del tribunal, en cuanto a no hacer lugar a la adopción conjunta, pues el recurso que debió aplicarse, sin dudas, es la declaración de inconstitucionalidad del caso concreto. Todo ello si tenemos en cuenta que en la adopción debe prevalecer el interés superior del niño, haciendo aplicación del artículo 3°, Convención sobre los Derechos del Niño, con jerarquía constitucional»"[41].

En suma, el Código viene a receptar además de ser una manda constitucional-internacional, también lo es desde la doctrina y jurisprudencia. De este modo, extender la posibilidad de adopción de manera conjunta a las uniones convivenciales pone fin a uno de los tantos debates generados por la mirada del Derecho de Familia desde la obligada perspectiva de derechos humanos.

[38] Trib.Coleg.Fam. N° 2 de La Plata, 13-4-2010, "G., C. B.", Abeledo-Perrot N° 70062562.

[39] JFam. de Esquel, 1-2-2010, "G., P. A. y otro", Abeledo-Perrot N° 70058468.

[40] FAMÁ, María Victoria, *Adopción conjunta de convivientes: de la dogmática jurídica hacia el reconocimiento de los derechos fundamentales*, en Supl. J. A. del 14-12-2005, J. A. 2005-IV-49.

[41] SOLARI, Néstor E., *Sobre la adopción conjunta por parte de convivientes*, Abeledo-Perrot N° AP/DOC/857/2012.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.3) *La adopción unipersonal*

El Código mantiene la posibilidad de que una persona sola pueda alcanzar la maternidad/paternidad a través de la adopción.

Como bien se ha expresado, la adopción unipersonal es un modo de carácter originario de formar una familia monoparental, la cual no sólo no está prohibida, sino que también integra el vasto campo de la "protección integral de la familia" que recepta el artículo 14 bis de la Constitución Nacional[42]. Y que se reconoce en el mencionado caso "Fornerón c/Argentina" de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 27 de abril de 2012 que en su párrafo 98 afirma: "Este Tribunal ha dicho anteriormente que en la Convención Americana no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo de la misma. Adicionalmente, la Corte ha establecido que el término 'familiares' debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano. Por otra parte, no hay nada que indique que las familias monoparentales no pueden brindar cuidado, sustento y cariño a los niños. La realidad demuestra cotidianamente que no en toda familia existe una figura materna o una paterna, sin que ello obste a que ésta pueda brindar el bienestar necesario para el desarrollo de niños y niñas".

De este modo, la adopción puede hacerse en forma conjunta (un matrimonio o personas unidas en unión convivencial) pero también en forma unipersonal, en la que el niño, niña o adolescente tenga vínculo jurídico con una sola persona. Esta cuestión relativa a la adopción unipersonal se debe complementar con los supuestos especiales que regula el Código en que, a pesar de estar una persona unida en matrimonio o integrar una unión convivencial, sólo uno de ellos es quien adopta.

IV) Significado de la reforma

Este artículo incorpora una importante modificación que viene a

[42] HERRERA, Marisa y SPAVENTA, Verónica, *La filiación adoptiva como causa-fuente de monoparentalidad-desmonoparentalidad*, en GROSMAN, Cecilia P. (dir.) y HERRERA, Marisa (comp.), *Familia monoparental*, Universidad, Buenos Aires, 2008, ps. 237 y ss.

tono con la modificación que realiza este Código en los temas de familia, reconociendo a partir de la constitucionalización del Derecho de Familia a las diferentes familias.

De este modo, cuando se trata de una adopción conjunta, ella puede provenir de una pareja unida en matrimonio, o ahora también de una unión convivencial, siendo la regla o el principio que cuando se trata ambas formas familiares lo deben hacer en forma conjunta.

Asimismo, el Código mantiene la adopción unipersonal siendo la familia monoparental una forma de organización familiar que también merece protección y reconocimiento desde la obligada perspectiva constitucional-internacional.

Art. 603 ***Adopción unipersonal por parte de personas casadas o en unión convivencial.*** **La adopción por personas casadas o en unión convivencial puede ser unipersonal si:**

a) el cónyuge o conviviente ha sido declarado persona incapaz o de capacidad restringida, y la sentencia le impide prestar consentimiento válido para este acto.

En este caso debe oírse al Ministerio Público y al curador o apoyo y, si es el pretenso adoptante, se debe designar un curador o apoyo *ad litem*;

b) los cónyuges están separados de hecho.

I) Resumen

Este Código establece, como excepción, los supuestos en los que a pesar de estar los pretensos adoptantes casados o en unión convivencial sólo uno de ellos es quien adopta. Así, se establece que podrá adoptar en forma unipersonal el cónyuge o conviviente de un declarado incapaz o con capacidad restringida que no pueda prestar su consentimiento en forma válida para adoptar. La norma determina que debe oírse al Ministerio Público y al curador y si es quien pretende adoptar debe designársele un curador *ad litem*. La novedad que introduce el Código, ya que no estaba previsto en el régimen derogado, es la adopción unipersonal del cónyuge separado de hecho.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

II) Concordancias

Restricciones a la capacidad (arts. 31 y ss.); intervención del Ministerio Público (art. 103); matrimonio (arts. 401 y ss.); personas que pueden ser adoptantes (art. 599); cese de la unión convivencial (art. 623). Ley 26.657.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Salud mental del cónyuge o conviviente que le impide prestar su consentimiento válido*

Este Código recepta lo establecido en la ley 26.657 que viene precedida por distintos instrumentos internacionales relacionados con salud mental entre los que podemos citar la Convención sobre los Derechos de Personas con Discapacidad (ver ley 27.044, que otorgó jerarquía constitucional a la Convención [t. II, p. 7]).

Cabe recordar que el artículo 75, inciso 23 de la Constitución Nacional establece el deber del Congreso de "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad"[43].

En este sentido, el Código regula las restricciones a la capacidad de las personas con padecimientos mentales con el objetivo de alcanzar su efectiva protección. Entre una de las tantas reformas que introduce el Código en esta materia, se reconoce el sistema de capacidad restringida, por el cual, el juez debe especificar en la sentencia las restricciones a dicha capacidad. Una de ellas puede ser la de adoptar.

En los casos en que se hayan establecido restricciones a la capacidad (ya sea de manera total por la sentencia de incapacidad o restricción

[43] GUHANON, Silvia, *La protección judicial de las personas con padecimientos mentales en la actualidad y algunos de sus lineamientos en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 56, septiembre de 2012, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 1 y ss.

parcial que comprometa la posibilidad de adoptar y así de hacerse cargo del cuidado y protección de un niño), si su cónyuge o conviviente pretende adoptar lo deberá hacer siempre contándose con el acuerdo del curador o curador *ad litem* si quien pretende adoptar es también el curador, y la obligatoria intervención del Ministerio Público (conf. art. 103).

III.2) *Separación de hecho y ausencia de proyecto de vida en común*

Los cónyuges separados de hecho –cuando hay convivencia– estaban también expresamente excluidos del deber de adoptar de manera conjunta en la ley 19.134[44] de conformidad con lo que disponía el artículo 8° en su inciso c. Esta previsión fue derogada por la ley 24.779.

Por aplicación del principio de realidad, el Código vuelve a receptar a la separación de hecho como una causal de excepción de adopción unipersonal, a pesar de encontrarse el adoptante jurídicamente casado.

Para poder adoptar en forma unipersonal deberá demostrarse la separación de hecho. Esta cuestión ha sido reanalizada a la luz de un precedente del Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata del 26 de junio de 2008[45], en el que se hizo lugar a la adopción unipersonal, a pesar de aún encontrarse casada la guardadora pero separada de hecho hacía tiempo de su marido.

En esta oportunidad se sostuvo: "El desafío emprendido y las conclusiones a las que arribó la sentenciante permiten clarificar el significante actual de la adopción, siendo presentado en absoluta armonía con la perspectiva de la realidad, ponderando los derechos de esta

[44] Art. 8°, ley 19.134: "Ninguna persona casada podrá adoptar sin el consentimiento de su cónyuge. Dicho consentimiento no será necesario: a) cuando medie sentencia de separación personal declarada por culpa de uno de los cónyuges, para el cónyuge inocente; b) cuando la separación personal sea declarada por culpa de ambos cónyuges o cuando no haya atribución de culpabilidad; c) cuando los cónyuges se encuentren separados de hecho sin voluntad de unirse; d) cuando el cónyuge haya sido declarado insano, en cuyo caso podrá escucharse al curador; e) cuando se declare la ausencia simple o la presunción de fallecimiento del otro cónyuge".

[45] Trib.Fam. N° 2 de Mar del Plata, 26-6-2008, "P., F. B. M.", Lexis N° 70054134.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

joven"[46]. Es interesante señalar que en este fallo se aplicó el artículo derogado de la ley 19.134 por aplicación de un principio del Derecho Penal: la ley más benigna, siendo ésa la normativa que se encontraba vigente al comienzo de la contienda –al otorgarse la guarda–, y por ello se procedió a fundar el decisorio en una normativa que ya en su momento se encontraba derogada.

IV) Significado de la reforma

El artículo señala las excepciones a la adopción conjunta de cónyuges o convivientes, es decir, se regulan supuestos especiales de adopción unipersonal. Debemos señalar que lo que procura el Código es diferenciar la capacidad para ser padres adoptivos con el vínculo de pareja. Si bien el principio es que adopte la pareja –matrimonial o convivencial–, lo cierto es que ello puede no ser posible en algunos supuestos y por eso no se puede perjudicar a una persona –el cónyuge sano– o el separado de hecho que por no haber podido iniciar el divorcio, se lo sanciona impidiéndole adoptar.

Es evidente que la regla es la adopción conjunta, pero el Código deja en claro cuáles son las excepciones fundadas en situaciones particulares que el propio legislador no puede desatender.

El Código, además de mantener el supuesto de salud mental de uno de los cónyuges o conviviente, agrega la separación de hecho –sólo en el caso de matrimonio, ya que el cese de la unión convivencial extingue, de por sí, el vínculo de pareja y la adopción sería unipersonal por el principio general–. Esta decisión de volver a plasmar la separación personal en el texto civil resulta de los casos jurisprudenciales que se han presentado y, a la vez, del reiterado principio de realidad y flexibilidad a tono con la mayor complejidad que observan los conflictos de familia que se pueden presentar en la práctica.

Art. 604 ***Adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial.*** **Las personas que durante el matrimonio o la unión**

[46] PARAJON, Roberto, *Adopción, su mirada actual*, Abeledo-Perrot N° AP/DOC/1175/2012.

convivencial mantuvieron estado de madre o padre con una persona menor de edad, pueden adoptarla conjuntamente aun después del divorcio o cesada la unión. El juez debe valorar especialmente la incidencia de la ruptura al ponderar el interés superior del niño.

I) Resumen

El Código establece otra excepción, pero a la inversa, a favor de la adopción conjunta a pesar de la ruptura del vínculo matrimonial o convivencial, siempre en beneficio del interés superior del niño y en respeto por el derecho a la identidad.

II) Concordancias

Disolución del matrimonio (art. 435); causas de cese de la unión convivencial (art. 523); adopción (art. 594); principios de la adopción (art. 595). Ley 26.061 (art. 11).

III) Interpretación de la norma

Como se ha analizado, el Código establece que las adopciones de personas menores de edad pueden hacerse en forma unipersonal o conjunta. Será unipersonal cuando lo adopta una persona que no se encuentre en unión convivencial o que no ha contraído matrimonio, dado que si se encuentra enmarcada dentro de alguno de esos dos proyectos de vida debe hacerlo en forma conjunta.

De este modo, si ha cesado la unión convivencial o el matrimonio no podría esta pareja adoptar en forma conjunta, en principio, salvo que se haya generado un lazo afectivo entre ambos pretensos adoptantes, por el cual el Código reconoce así el peso de esta posesión de estado de hijo y de padres, a tal punto de permitirse la adopción conjunta aunque, técnicamente, la pareja ya se haya extinguido.

Al respecto, cabe recordar el fallo de un tribunal de Quilmes[47] que

[47] Trib.Coleg.Fam. de Quilmes, 23-9-99, "V., D. A.", L. L. 1999-F-625, con nota de BIDART CAMPOS, Germán J., *El interés superior del niño y la protección integral*

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

otorgó la adopción conjunta a una pareja divorciada, al entender que la adopción conjunta es independiente de que haya cesado el vínculo que unía a los adoptantes entre sí, siendo el vínculo o el lazo generado con el pretenso adoptado el elemento central para conceder o denegar una adopción. Asimismo, se puso de resalto que está en juego el derecho a la identidad en su faz dinámica, ya que la posesión de estado de hijo y de padre implica la relación afectiva que la ley no puede silenciar.

IV) Significado de la reforma

Este artículo es una novedad, ya que reconoce –de manera excepcional– la adopción conjunta por parte de exparejas, es decir, matrimonios o uniones convivenciales que ya dejaron de ser tales.

Esta incorporación se funda en principios constitucionales-internacionales como ser el interés superior del niño y el respeto por el derecho a la identidad; amén del reiterado principio de realidad.

Sucede que si no fuera así, se estaría obligando a los pretensos adoptantes en pareja a mantener una ficción o vínculo de manera hipócrita sólo para adoptar en forma conjunta, con el efecto negativo que implica construir vínculos sobre la base de la mentira. Precisamente, en interés del pretenso adoptado, el Código admite que la ruptura de la pareja no debe ser considerada un hecho que, de por sí, obligue a uno de ellos a adoptar de manera unipersonal, o a mantener la relación de pareja sólo en los papeles a los fines de la adopción.

Si bien el Código tiene en cuenta que se ha producido la ruptura de la unión –matrimonial o convivencial– ello lo es sólo a fin de conocer e indagar el contexto en el cual se insertará el niño, es decir, para evaluar en el caso concreto si la adopción conjunta es en interés del niño o no, pero no para descartar de plano la posibilidad de la adopción conjunta a pesar de la ruptura del vínculo de pareja.

De este modo, el Código no excluye a priori, sino que permite que en cada caso el juez evalúe lo que es mejor en el interés superior del niño.

de la familia como principios constitucionales. La adopción de un menor por cónyuges divorciados, en *Colección de Análisis Jurisprudencial. Derecho Constitucional*, dir. por Alberto Ricardo Dalla Via, La Ley, Buenos Aires, 2002, p. 545.

Art. 605 ***Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores.*** **Cuando la guarda con fines de adopción del niño, niña o adolescente se hubiese otorgado durante el matrimonio o unión convivencial y el período legal se completa después del fallecimiento de uno de los cónyuges o convivientes, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente y generar vínculos jurídicos de filiación con ambos integrantes de la pareja.**

En este caso, el adoptado lleva el apellido del adoptante, excepto que fundado en el derecho a la identidad se peticione agregar o anteponer el apellido de origen o el apellido del guardador fallecido.

I) Resumen

El *iter* hacia la adopción de un niño cuenta con una etapa previa en la cual a los pretensos adoptantes se les debe conceder la guarda en miras a la futura adopción para evaluar si, efectivamente, la inserción familiar es adecuada o no para el niño. En ese proceso puede acontecer que uno de los pretensos adoptantes fallezca. El Código regula este supuesto excepcional de adopción *post mortem*, estableciendo que si entre la guarda y la adopción uno de los adoptantes fallece y el período se cumple con posterioridad al fallecimiento, el juez puede otorgar la adopción al sobreviviente, pero reconociendo vínculo jurídico con el fallecido.

II) Concordancias

Apellido de los hijos (arts. 62 y ss.); filiación *post mortem* (art. 563); principios de la adopción (art. 595); personas que pueden adoptar (arts. 599 y 602); guarda para adopción (arts. 611 y ss.); apellido del adoptado (arts. 626 y 627, inc. d).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La guarda con fines de adopción*

La guarda con fines de adopción es el tiempo en el cual el niño, niña o adolescente declarada su situación de adoptabilidad convive

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

con los pretensos adoptantes con el objeto de consolidar el vínculo y determinar o no la adopción (ver art. 614).

Esta figura fue delineada como un proceso previo por la ley 24.779 y denominada guarda preadoptiva.

Este Código en los artículos 611 y siguientes establece que si bien no es un proceso judicial, la guarda con fines de adopción es una figura de relevancia en el *iter* hacia la adopción de un niño.

En el presente artículo se establece que si la guarda fue otorgada antes del cumplimiento del tiempo estipulado, que está establecido en un máximo de seis meses, y fallece uno de los pretensos adoptantes podrá el juez decretar la adopción a favor del sobreviviente y generar vínculo jurídico con el fallecido.

La doctrina ya había realizado comentarios acerca del, en ese entonces, artículo 324 del código derogado estableciendo que "El precepto contenido en este nuevo artículo 324, Código Civil, reproduce el sentido normativo que traía el párrafo 2° del artículo 15 de la derogada ley 19.134, que tenía igual dirección sobre el tema, lo que reputaba que el hijo es de los dos 'del matrimonio', aplicándose las reglas para la adopción dual por los esposos, pues el hijo se emplaza en ese carácter y se declara la adopción por los dos cónyuges y recibe el nombre del adoptante, aunque éste falleciese, tratándose de una equiparación con el hijo biológico *post mortem*"[48].

En fecha 26 de septiembre de 2012, la Corte federal se expidió en un supuesto de adopción *post mortem* pero de carácter unilateral, es decir, si se puede generar vínculo jurídico entre un niño y su guardadora fallecida durante el período de guarda preadoptiva. Al respecto, se dice que "no resulta razonable interpretar que, en el caso, el interés superior del niño se encuentre reflejado en una aplicación literal y dogmática de los preceptos normativos que regirían la materia, que produce como consecuencia –entre otras que no han sido evaluadas por el a quo– la desvinculación del menor A. respecto de quien en vida lo cuidó en sus primeros años de existencia generando un vínculo

[48] IPARRAGUIRRE, Diego, *Adopción póstuma*, en Abeledo-Perrot N° AP/DOC/927/2012. Comentario sobre el fallo del Juzgado Civil y Comercial de Añatuya, 11-4-2006, "L., S. R."

materno-filial, lo insertó en su grupo familiar y expresó su voluntad adoptiva no sólo al promover y obtener su guarda sino también al designarlo públicamente como 'mi hijo' en uno de sus testamentos ológrafos..."[49]

Si bien en la normativa en análisis se regula la especial situación de una adopción conjunta en la que fallece uno de los integrantes de la pareja –matrimonial o convivencial– y en el fallo reseñado se trata de una adopción unipersonal, la solución es similar en ambos supuestos por aplicación de otra normativa que complementa la que acá se analiza: el artículo 618 sobre el efecto retroactivo de la sentencia de adopción al momento del otorgamiento de la guarda para adopción. Es por ello que este fallo se profundiza al comentar dicha normativa.

Por su parte, el Código mejora la redacción del derogado artículo 324 y además amplía el supuesto en análisis para el caso de fallecimiento de uno de los miembros de la pareja convivencial.

III.2) *El apellido del adoptado*

El Código revaloriza el apellido de las personas –entre ellas, de los hijos y también los adoptivos– al ser considerado un elemento central para la identidad de las personas.

Así, el Código refuerza en este articulado –como en tantos otros– su compromiso con la garantía y el respeto del derecho a la identidad de los niños y adolescentes en general y con los niños y adolescentes adoptados en particular (conf. art. 595).

Estas circunstancias operan de modo tal que le permiten al niño o adolescente solicitar que sea agregado o antepuesto su apellido de origen o el del guardador prefallecido si es que hace a su derecho a la identidad al apellido del adoptante.

La doctrina ya ha sostenido la importancia del apellido de los hijos adoptivos como parte de su respeto por el derecho a la identidad. Así, se ha sostenido: "considero que se debe admitir la solicitud de adicionar (anteponer o agregar) el adoptado su apellido de origen sin fijación de edad alguna, a consideración del juez, de conformidad con la capacidad evolutiva del interesado. Advirtiéndose que la simple solicitud

[49] CSJN, 26-9-2012, "M. del S. R. y otra".

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

de adición implica presumir tal capacidad, por lo cual se vería invertida la carga de la prueba, debiendo quien se opone probar por qué el adoptado carece de madurez para instar este pedido"[50].

Es necesario destacar los avances que este Código estipuló en materia de apellido, tanto de los hijos adoptivos como de los hijos en general, estableciéndose una mayor flexibilidad en lo que al apellido de los hijos adoptivos importa.

Como bien se explicita en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: "Con apoyo en los principios mencionados, se recepta el llamado 'apellido de familia' con la limitación de que todos los hijos deben llevar el mismo apellido; ante la falta de una única solución en el Derecho Comparado y las críticas que cada una de ellas ha merecido, se ha optado por el azar cuando los progenitores no se ponen de acuerdo, por ser ésta la solución que mejor respeta el principio de igualdad".

IV) Significado de la reforma

El Código mantiene la regulación del supuesto especial de adopción *post mortem*. Introduce algunas modificaciones para estar en consonancia con los avances provenientes de la obligada perspectiva constitucional-internacional al extender los supuestos de adopción *post mortem* a los casos en que fallece la pareja de la unión convivencial que pretende adoptar, como así en lo relativo al apellido del pretenso adoptado y la mayor flexibilidad que observa el sistema fundado en el respeto por el derecho a la identidad.

De este modo, el Código establece que si un matrimonio o una pareja en unión convivencial asumen el compromiso de guarda con fines de adopción de un niño, niña o adolescente es atento a su deseo de conformar una familia, un proyecto de vida común que incluye al nuevo integrante.

Toda vez que el fallecimiento de uno de los miembros de la pareja se da en el período de guarda con fines de adopción podrá el juez otorgar la adopción al otro cónyuge o conviviente y generar vínculo

[50] HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Universidad, Buenos Aires, 2008, t. II, p. 386.

jurídico con quien hasta el momento de su fallecimiento manifestaba su voluntad con relación a adoptar al niño o adolescente.

Art. 606 ***Adopción por tutor.*** **El tutor sólo puede adoptar a su pupilo una vez extinguidas las obligaciones emergentes de la tutela.**

I) Resumen

El vínculo jurídico que une al tutor con el pupilo genera obligaciones entre ambos. Ante la posibilidad de solicitar el tutor la adopción de su pupilo, estas obligaciones que emergen del vínculo que los une deben encontrarse extintas.

II) Concordancias

Tutela (arts. 104 y ss.); principios de la adopción (art. 595). Decreto 415/2006 (art. 7°).

III) Interpretación de la norma

Establece el artículo 104 del Código que el instituto de la tutela está destinado a brindar protección a la persona o bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil y cuando no haya persona alguna que ejerza la responsabilidad parental.

El o los tutores pueden ser designados por los padres o, ante la ausencia de la designación por los progenitores del niño, establecida por el juez, quien deberá nombrar a una persona que considere idónea para tal efecto.

En este sentido, y manteniendo la regulación anterior, el Código permite bajo ciertas circunstancias que el tutor pueda adoptar al niño que ha tenido a cargo de su cuidado y crianza.

Así, quien ejerce la tutela es el representante del niño, niña o adolescente en todas las cuestiones de carácter patrimonial, es decir, es el encargado de administrar el patrimonio del niño brindándole educación y alimentos conforme la cuantía de sus bienes; los actos de

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

disposición podrán ser llevados a cabo con autorización judicial y siempre que de la evaluación del magistrado sea esto en beneficio del interés del niño, niña o adolescente. Más allá de esta connotación de tinte patrimonial que observa la tutela, lo cierto es que entre el tutor y el niño o adolescente se puede generar un lazo afectivo fuerte que deba ser tenido en cuenta al momento de otorgarse la adopción.

En este caso, el Código admite que el tutor pueda adoptar a su "tutelado", pero en ese caso impone que lo sea una vez cumplidas y extinguidas todas las obligaciones a su cargo como tutor.

IV) Significado de la reforma

El Código no ha incorporado modificaciones al supuesto especial de adopción por parte del tutor. Simplemente, ha modificado su redacción a fin de brindar mayor claridad en la lectura.

CAPÍTULO 2

DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD

Art. 607 *Supuestos.* **La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si:**

a) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada;

b) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento;

c) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas.

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste.

El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días.

I) Resumen

El Código recepta una práctica muy extendida en el campo de la adopción como lo es la declaración judicial del estado de adoptabilidad. Se trata de un proceso judicial cuyo objetivo consiste en definir si un niño se encuentra, efectivamente, en condiciones para ser dado en adopción, o que la satisfacción del derecho a vivir en familia se verá efectivizado si el niño se inserta en otro grupo familiar que el de origen. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad es el proceso que, a modo de puente, permite correr el eje de intervención centrado en la familia de origen o ampliada por imperativo del derecho a que el niño permanecerá con ellos, a la familia adoptiva. Diversas son las situaciones que pueden dar lugar a que se declare que un niño se encuentra en situación de adoptabilidad. El Código distingue cada una de ellas y regula un proceso común para estas diferencias fácticas. Este proceso judicial, con reglas precisas, pretende poner fin a una etapa en el *iter* de la adopción que el texto anterior no regulaba expresamente y que tal silencio trajo consigo una gran cantidad de interpretaciones y prácticas bien disímiles, situación que se vio agravada con la creación y puesta en funcionamiento en algunas provincias del sistema de protección integral de derechos de niños y adolescentes. Este contexto signado por prácticas contradictorias, interpretaciones cruzadas y el consecuente transcurrir del tiempo sin definiciones concretas, son sorteadas en la reforma mediante una regulación precisa de un proceso judicial clave para la adopción como lo es la declaración de un niño en esa situación.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 638 y 639); otorgamiento de la guarda (art. 657); principios de la adopción (art. 595); privación de la responsabilidad parental (art. 700). Ley 26.413 (art. 7°). Ley 26.061. Decreto 415/2006 (art. 7°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Declaración de la situación de adoptabilidad: consideraciones generales*

El Código recepta un proceso judicial que ya tiene fuerte raigambre en la práctica. Bajo diferentes denominaciones: declaración de abandono, situación de abandono, situación de desamparo, declaración de adoptabilidad, declaración en estado de adoptabilidad, se ha pretendido poner fin a seguir trabajando con la familia de origen o para que un niño pueda regresar con ella y focalizar en la búsqueda de una familia que pueda ser continente a través de la figura de la adopción.

De esta manera, la reforma no hace más que regular un proceso sobre el cual la doctrina y la jurisprudencia ha intentado conceptualizar e imputarle determinados efectos jurídicos. Como síntesis de ello, un juez de menores prevencional de Córdoba ha afirmado: "En nuestro trabajo nos encontramos muchas veces en la encrucijada de considerar disponer la declaración de desamparo familiar de un niño luego de la tramitación del proceso en sede de Menores. La consecuencia necesaria de dicha declaración de desamparo familiar es posibilitar el emplazamiento definitivo del niño en un grupo familiar que iniciaría la guarda judicial preadoptiva prevista en el artículo 317 del Código Civil"[51].

Esta encrucijada no sólo gira en torno a la amplitud o variedad de situaciones fácticas que pueden dar lugar a que un niño sea declarado judicialmente en situación de adoptabilidad, sino también a quiénes intervienen en estos casos, ya que la ley 26.061 crea un sistema de intervención mixta administrativa-judicial ante situaciones de grave

[51] CARRANZA, Jorge Luis, *Desamparo familiar y adoptabilidad*, Alveroni, Córdoba, 2010, p. 18.

vulneración de derechos de niños y adolescentes, formando parte de este espectro las que dan lugar a la adopción[52].

Antes de continuar con el análisis de este nuevo proceso judicial que regula el Código, cabe hacer una aclaración de carácter terminológico. Este capítulo se denomina *Declaración judicial de la situación de adoptabilidad* y no del "estado" de adoptabilidad. Se señala que el juez no declara la existencia de un "estado" sino de una "situación" fáctica, la de un niño que se encuentra ante la necesidad de ser adoptado. De allí que en la reforma se alude a la "declaración en situación de adoptabilidad" y de ahí o como consecuencia de ello se pasaría a ese "estado".

La declaración judicial de la situación de adoptabilidad cumple varias y loables finalidades[53]. En primer lugar, ser un proceso en el que la familia de origen o ampliada –según el caso– ejerza de manera plena el derecho de defensa en juicio. Es sabido que uno de los tantos principios constitucionales que han estado comprometidos hasta ahora ha sido sobre el rol de la familia biológica en el proceso de adopción. La incongruencia del régimen jurídico por el cual, si la ruptura o extinción del vínculo filial deviene de un proceso de privación de la responsabilidad parental (antes denominada patria potestad), los padres intervenían en el carácter de parte, con su propio patrocinio letrado y con un amplio margen procedimental para debatir sobre las causales de dicha privación. Por el contrario, si tal análisis lo era en el marco de un proceso de adopción, los padres no eran considerados parte sino que simplemente podían mantener una entrevista con el juez y en ciertos supuestos, prestar el consentimiento para la adopción (conf. arts. 317 y 325 del código derogado).

Esta abierta violación del derecho de defensa en juicio ha sido puesta en crisis por la doctrina y jurisprudencia en varias oportunidades, incluso repudiada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos

[52] Ver VENTURA, Ana I. y SIDERIO, Alejandro J., *Algunas apreciaciones sobre la intervención actual en la población juvenil vulnerable y los tiempos propuestos en el Proyecto de Reforma del Código Civil*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 56, septiembre de 2012, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 93 y ss.

[53] BIGLIARDI, Karina A., *La adopción en el Código Civil y Comercial de la Nación*, en DFyP 2014 (noviembre), p. 55.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

en el citado caso "Fornerón c/Argentina" del 27 de abril de 2012. Así, al analizarse el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre la protección de la familia, con relación a los artículos 1.1 (no discriminación) y 19 (derechos del niño) de la misma, se sostuvo que "los niños tienen el derecho a vivir con su familia biológica; el derecho de un padre o una madre a vivir junto a su hijo o su hija es un elemento fundamental de la vida familiar, y las medidas internas que lo impiden constituyen una injerencia en el derecho protegido por el artículo 17 de la Convención. La determinación de separar a un niño de su familia debe hacerse de acuerdo a la ley, lo cual no fue cumplido en el caso, ya que el señor Fornerón manifestó su oposición a la guarda, y no consta que haya una declaración de incapacidad que hubiese obviado este requerimiento o el cumplimiento de los demás requisitos del artículo 317 del Código Civil argentino. En consecuencia, la determinación del Estado de otorgar una guarda judicial, y posteriormente una adopción, en oposición a la voluntad del padre biológico y sin constatar los demás requisitos legales, constituyó 'una restricción ilegítima del derecho de familia' del señor Fornerón y de su hija. Dicha decisión, sin haber asegurado debidamente el 'acceso del padre a la niña', no sólo interfirió en el ejercicio que la Convención les garantizaba de su derecho de familia, sino que trajo aparejado adicionalmente el riesgo de que se generaran lazos afectivos con el tiempo que luego sería difícil revertir, sin generar un daño a la niña" (párr. 112).

En este contexto, la declaración de la situación de adoptabilidad como un proceso judicial con reglas propias, en el que la familia de origen tenga plena participación, constituye una postura legislativa obligatoria a la luz del plexo normativo supralegal cuya violación –como se observa en el caso "Fornerón"– es pasible de generar responsabilidad internacional.

III.2) *Niños sin filiación o padres desconocidos*

Desde el punto de vista fáctico o del principio de realidad, las situaciones de niños sin filiación o que los padres han fallecido como antesala de una adopción son muy escasos. A pesar de ello, la ley no puede dejar de lado que son supuestos que efectivamente –aunque escasos– pueden darse en la práctica.

El Código enumera diferentes causa-fuente de la declaración en situación de adoptabilidad, siendo una de ellas la que se genera tras el fallecimiento de los padres o en el caso de niños que carecen de vínculo filial, y siempre que no existiesen parientes o familia extensa que pudiera hacerse cargo del niño, de conformidad con el principio que establece el mismo artículo 607 en su anteúltimo párrafo, a tono con el principio de mantenimiento o preservación de la familia de origen o ampliada que se menciona expresamente en el artículo 595. Así, en el articulado en análisis se asevera que la declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser decretada si "algún familiar o referente afectivo del niño o niña ofrece asumir su guarda y tal pedido sea considerado adecuado al interés de éste". Es por ello que el mismo Código al regular los supuestos fácticos de fallecimiento de los padres o falta de vínculo filial, prevé un proceso especial de búsqueda de los familiares de origen en sentido amplio –familia extensa o referentes afectivos en los términos que establece el artículo 7° del decreto 415/2006– por un plazo de 30 días prorrogable –por razones fundadas– por un período igual. Este proceso está a cargo del órgano administrativo de protección de derechos de niños y adolescentes, en su carácter de dispositivo institucional local que por sus funciones y funcionalidad estaría en mejores condiciones para llevar adelante diferentes estrategias para la búsqueda en cuestión.

Algunas consideraciones caben agregar al supuesto de la carencia o falta de vínculo filial. Este supuesto es de difícil acontecimiento ya que a partir de la sanción de la ley 23.264, la determinación de la maternidad no se genera por la voluntad de la madre derivada del reconocimiento, sino que es de índole legal de conformidad con lo que disponía el artículo 242, sistema que mantiene la reforma en el artículo 565. Por lo tanto, aunque la madre se fugue del hospital antes de que tenga el alta médica o cualquier otra maniobra de este tenor, lo cierto es que si se cuenta con la identidad de la madre y del nacido, se procederá a la correspondiente inscripción de filiación materna, con independencia de la voluntad o consentimiento materno. Máxime, con la previsión que establece la ley 26.413 que obliga a los directores, administradores, o persona designada por autoridad competente del establecimiento asistencial, hospicios, cárceles u otros establecimientos

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

análogos de gestión pública o privada, respecto de los nacimientos ocurridos en ellos, a notificar el hecho del nacimiento en forma inmediata, remitiendo al Registro Civil del lugar el certificado médico de nacimiento para la correspondiente inscripción del nacimiento (art. 30).

Más allá de estas consideraciones fácticas, el Codificador debe prever la mayor cantidad de supuestos de hecho posibles, siendo el fallecimiento de los padres o la carencia de vínculo filial situaciones que podrían llegar a darse y para las cuales el legislador prevé, si se dan determinados requisitos, la posibilidad de que se declare la situación de adoptabilidad.

III.3) *Manifestación de los padres: consentimiento informado y estado puerperal*

La segunda situación fáctica que menciona el Código como causa fuente de la declaración en situación de adoptabilidad, es la decisión de los padres de que su hijo sea adoptado. De conformidad con el principio de autonomía y de preservación de los vínculos familiares, en consonancia con el derecho a la identidad, la ley pone de manifiesto que tal decisión debe ser libre e informada y por ello mismo, que no sea prestada dentro de determinado tiempo desde el nacimiento del niño.

La ley admite que los padres puedan decidir que un hijo sea adoptado; sobre este punto cabe destacar que de conformidad con la idea de que el lenguaje no es neutro, no se alude al acto de "dar" o "entregar", más propio de los derechos reales, o a la concepción de los niños como objeto y no como sujetos de derecho como lo impone la Convención sobre los Derechos del Niño. Amén de esta cuestión terminológica, la reforma pretende que la decisión esté lo más despojada posible de cualquier tipo de condicionamientos o que sea lo más real que se pueda; para ello establece dos cuestiones: 1) que sea libre e informada, y 2) que no sea durante un tiempo determinado, el que se conoce como "estado puerperal".

Sobre la primera consideración, que la decisión sea libre e informada, ambos adjetivos se vinculan con otro de los principios de de-

rechos humanos ya analizados relativo a la imposibilidad de separar al niño de su familia fundado en razones de pobreza o carencias materiales. Precisamente, es sabido que este tipo de vulneraciones de derechos condicionan la voluntad; es por ello que si la decisión de que un hijo se inserte en otra familia a través de la adopción responde a necesidades materiales, no es la adopción la institución que debe ingresar a escena a través de la declaración de la situación de adoptabilidad, sino todo el andamiaje que regula la ley 26.061 relativo al fortalecimiento familiar, el rol de las políticas públicas y las medidas de protección de derechos que prevé esta normativa nacional y sus pares en el ámbito local.

La segunda, con algunas mandas que provienen de otros campos del saber como la medicina y la psicología, por la cual se considera que algunas mujeres tras el nacimiento de su hijo pueden transitar por un período emocional que se denomina "estado puerperal" y que éste puede condicionar cualquier tipo de decisión relativa al hijo.

Varias legislaciones extranjeras establecen un determinado plazo dentro del cual es nula toda decisión que implique resignar la función materna; no existiendo uniformidad en dicho período temporal, variando entre los 30, 45, 60 y, algunos de manera excepcional, 90 días[54]. En este contexto variable, el Código adopta una postura intermedia, ni el plazo de menor ni el de mayor extensión, sino un tiempo medio como es el de 45 días.

En definitiva, y desde la obligada perspectiva sistémica, esta limitación del consentimiento fundada en el estado puerperal se vincula, de manera directa, con la decisión libre e informada que se prevé en el mismo inciso b, de este articulado. Desde este punto de vista, se podría decir que habría una relación de género y especie, el legislador establece que toda decisión de algo tan esencial como lo es que un hijo sea criado por otra familia a través de la institución de la adopción sea libre e informada, entendiendo que un supuesto o momento especial

[54] Ver HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., t. I, ps. 455 y ss. Esta cuestión referida al estado puerperal y su incidencia en la adopción ha sido tenida en cuenta en varios proyectos de ley presentados antes de sancionarse la ley 24.779, para profundizar sobre este tema ver LAMBARDI, Fernando C., *La adopción desde otra perspectiva*, Némesis, Buenos Aires, 2001, ps. 48 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

como lo es el estado puerperal es razón suficiente para condicionar tal decisión, y por ello se excluye a priori todo consentimiento prestado en los primeros 45 días de producido el nacimiento.

III.4) *Sistema de protección integral de derechos y adopción: un vínculo inescindible*

El nuevo Código se inserta en un ordenamiento jurídico más complejo, en el que varias leyes especiales han introducido importantes modificaciones a varias temáticas directamente relacionadas con instituciones que competen a la legislación civil. Una de ellas es la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes sancionada en 2005 y que introduce varias modificaciones de fondo, pero también procedimentales, al incentivar que las provincias recepten el llamado "Sistema de Protección Integral de Derechos" mediante la creación de organismos administrativos descentralizados que intervienen como primera instancia ante cualquier violación de derechos de niños, niñas y adolescentes. A grandes rasgos, y sin entrar en detalle, se define al mencionado Sistema "como un conjunto de organismos (administrativos y judiciales), entidades, servicios que coordinan, ejecutan y controlan las políticas públicas en materia de infancia con la finalidad de brindar adecuada protección a los derechos de los niños y asegurar el pleno disfrute de los mismos"[55].

Este sistema funciona, básicamente, a través del dictado de dos tipos de medidas: 1) medidas de protección de derechos, y 2) medidas excepcionales. Las primeras tienen por finalidad "la preservación o restitución a las niñas, niños o adolescentes, del disfrute, goce y ejercicio de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias" (art. 34, ley 26.061) y tal objetivo se puede alcanzar mediante la puesta

[55] PELLEGRINI, María Victoria, *Medidas excepcionales, abrigo y guarda institucional. La relación entre los organismos administrativos y el sistema judicial*, en AA. VV., *Temas claves en materia de protección y promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires*, Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires y Unicef, Buenos Aires, 2010, p. 114. Para profundizar sobre el sistema ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Ley de Protección Integral de Niños, Niñas y Adolescentes. Derecho Constitucional de Familia. Comentada. Anotada. Concordada*, Ediar, Buenos Aires, 2007, ps. 524 y ss.

en marcha de diversas acciones a las que, de manera meramente enunciativa, la ley 26.061 alude: "a) Aquellas tendientes a que las niñas, niños o adolescentes permanezcan conviviendo con su grupo familiar; b) Solicitud de becas de estudio o para jardines maternales o de infantes, e inclusión y permanencia en programas de apoyo escolar; c) Asistencia integral a la embarazada; d) Inclusión de la niña, niño, adolescente y la familia en programas destinados al fortalecimiento y apoyo familiar; e) Cuidado de la niña, niño y adolescente en su propio hogar, orientando y apoyando a los padres, representantes legales o responsables en el cumplimiento de sus obligaciones, juntamente con el seguimiento temporal de la familia y de la niña, niño o adolescente a través de un programa; f) Tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes; g) Asistencia económica" (art. 37). Todas estas medidas tienden a poner fin a diversas situaciones de vulnerabilidad y a la vez –según el caso– lograr el fortalecimiento familiar para que todo niño pueda permanecer en ella.

Las segundas, las medidas excepcionales, son de mayor gravedad y por ello la ley 26.061 impone una doble intervención administrativa-judicial, siendo este último el organismo que controla. Estas medidas traen consigo la separación del niño de su grupo familiar de origen y su inserción temporal en algún dispositivo alternativo, familiar o institucional. Fácil se observa que este tipo de decisiones administrativas con el debido control judicial (art. 41, ley 26.061)[56] pueden ser la

[56] La ley 26.061 en su art. 42 brinda determinadas pautas para el dictado de medidas excepcionales como ser que la permanencia temporal en ámbitos familiares considerados alternativos debe implicar "la búsqueda e individualización de personas vinculadas a ellos, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según costumbre local, en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes"; que sólo "en forma excepcional, subsidiaria y por el más breve lapso posible puede recurrirse a una forma convivencial alternativa a la de su grupo familiar, debiéndose propiciar, a través de mecanismos rápidos y ágiles, el regreso de las niñas, niños y adolescentes a su grupo o medio familiar y comunitario"; que deben ser siempre "supervisadas por el organismo administrativo local competente y judicial interviniente"; que "se implementarán bajo formas de intervención no sustitutivas del grupo familiar de origen, con el objeto de preservar la identidad familiar de las niñas,

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

antesala de la adopción pasando, previamente, por la correspondiente declaración de la situación de adoptabilidad. Esta circunstancia se encuentra expresamente prevista en la reforma.

El Código admite que varias situaciones que pueden culminar en la adopción de un niño provengan de una intervención frustrada o negativa del sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes. Es decir, que en el plazo de 90 días –período de duración de las medidas excepcionales, es decir, de separación del niño de núcleo familiar primario que prevé la ley 26.061–, extensible por un lapso igual por única vez, y por resolución fundada, no se haya podido lograr el reintegro del niño a su hogar, o sea, "sin revertirse las causas que motivaron la medida", la ley obligada que el organismo de protección de derechos interviniente dictamine sobre la posible declaración en situación de adoptabilidad.

De este modo, el Código, para estar a tono y en total consonancia con la ley 26.061, establece que vencido los 180 días desde el dictado de la medida excepcional que separa al niño de su familia, el órgano administrativo de protección de derechos debe manifestarse sobre la viabilidad de la adopción, elaborando un dictamen que debe ser remitido al juez que ya intervino en el debido control de legalidad dentro de las 24 horas.

Así, la reforma avanza en una de las cuestiones jurídicas más complejas que observa la adopción, su compatibilidad con el sistema de protección integral de derechos de niños y adolescentes[57]. La declaración judicial en situación de adoptabilidad es el proceso bisagra entre ambas legislaciones y esferas de intervención. La primera, de carácter administrativa, tendiente a que el niño regrese con su familia de origen si es posible, pero si no lo es, llevar adelante rápidamente todas aquellas medidas que permitan al juez pasar a la segunda etapa judicial que regula la legislación civil: declarar la situación de adoptabilidad. ¿En qué se fundará esta decisión judicial? En un dictamen que elevará el órgano administrativo de protección de derechos que tuvo un tiempo prudencial (180 días o 6 meses) para trabajar en profundidad con la familia de origen o ampliada y analizar si, efectivamente, el niño puede regresar o no con ellos. Esta postura legislativa que se sigue no es caprichosa, sino que está a tono con la estructura y funcionalidad que la ley 26.061 le otorga al sistema de protección integral cuya intervención mixta (administrativa-judicial) no sólo está presente en el dictado de medidas excepcionales, sino también en la decisión final de que un niño vea satisfecho su derecho de vivir en familia a través de la adopción.

III.5) *Declaración en situación de adoptabilidad, principio de preservación del vínculo con la familia de origen y derecho a la identidad*

En consonancia con la enumeración de determinados principios de derechos humanos que involucran y determinan, en definitiva, la regulación de la adopción que propone la reforma, acorde con el juego o entrecruzamiento entre el principio del interés superior del niño, el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada y el derecho a la identidad, todos ellos expresamente enunciados en el artículo 595, se asevera que la declaración en situación de adoptabilidad no es viable si algún familiar o referente afectivo ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es adecuado al principio rector del interés superior.

niños y adolescentes"; que "Las medidas de protección excepcional que se tomen con relación a grupos de hermanos deben preservar la convivencia de los mismos" y a modo de principio esencial que "No podrá ser fundamento para la aplicación de una medida excepcional, la falta de recursos económicos, físicos, de políticas o programas del organismo administrativo".

[57] Un caso paradigmático que marca los efectos dañinos del tiempo en la decisión de adoptabilidad de un niño, es el dictado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en fecha 27-4-2011, en el cual se pretendía confirmar la declaración en situación de adoptabilidad de una joven que ya había alcanzado la mayoría de edad (18 años) siendo que la justicia intervino cuando tenía 7 años, ver SCHNEIDER, Mariel V., *El tiempo como factor de respeto al interés superior del niño*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2011-V, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 101 y ss. En esta misma línea crítica sobre el factor tiempo, ver OBLIGADO, Clara, *La niñez institucionalizada. El tiempo de la espera. El tiempo de la decisión. El tiempo del proceso. La construcción semiótica del fenómeno*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº 56, septiembre de 2012, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 83 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

El Código es coherente en toda la regulación de la adopción con los principios que la inspiran; de esta manera, si la preservación del vínculo familiar es una manda constitucional-internacional que la reforma explicita en su texto, se deriva que la declaración de la situación de adoptabilidad no sea posible si alguien de la familia de origen o ampliada lo solicita, se encuentra capacitada y así lo entiende el juez, para hacerse cargo del cuidado y crianza del niño. Estos supuestos deberían ser excepcionales, ya que toda intervención previa realizada en el ámbito administrativo, en el marco del mencionado sistema de protección integral, debería haberse indagando sobre la red familiar, social y afectiva del niño. Pero a pesar de ello podría haber casos en los que esta búsqueda no fue satisfactoria o que por otros motivos los familiares o referentes afectivos no tuvieron conocimiento sobre el proceso administrativo. En estos supuestos y a fin de dar cumplimiento con el principio de preservación de vínculos y, en definitiva, para que la adopción sea lo más transparente posible y también evitar cualquier conflicto de restitución con los inconvenientes jurídicos y, por sobre todo, afectivos que ocasiona este tipo de planteos, el articulado en análisis reafirma que no es posible declarar la situación de adoptabilidad de un niño si hay alguna persona con quien éste tiene un vínculo de parentesco o afectivo que quiere y puede hacerse cargo.

III.6) *Proceso y tiempos*

Como se destaca en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación: "...se establecen plazos perentorios y razonables al organismo de protección para dictaminar sobre la situación de adoptabilidad (ver, en este sentido, entre otros, Informe N° 117/06. Petición 1070-04. Admisibilidad. Milagros Fornerón y Leonardo Aníbal Javier Fornerón, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos)", caso sobre el cual se ha dictado sentencia de fondo el 27 de abril de 2012, encontrándose responsable internacionalmente a la Argentina por incumplir varios derechos, entre ellos, el de un proceso y decisión en tiempo razonable. Precisamente, en este precedente se ha señalado: "esta Corte también ha sostenido que en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos

humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades" (párr. 51); agregándose en el párrafo siguiente: "el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto" (párr. 52). Sucede que en este tipo de conflictos, como se suele afirmar "el tiempo sentencia", el mero transcurso del tiempo es el que termina consolidando determinados vínculos, siendo ésos los que se deben proteger de conformidad con el interés superior del niño[58].

El proceso tendiente a declarar a un niño en situación de adoptabilidad constituye una de las reformas sustanciales que trae el nuevo Código tendiente a ordenar el trámite de la adopción y consigo la cuestión de los tiempos; ya que es sabido que el paso del tiempo tiene grandes y graves consecuencias en la vida de los niños, en particular, en su derecho a la identidad.

Precisamente, los casos que han llegado a la Corte federal y cuya tramitación ha insumido largos años, han sido situaciones en las cuales se debía resolver acerca de la situación de adoptabilidad de un niño: si es posible el regreso a su familia de origen o ampliada, o si es más beneficioso en el interés superior mantener vínculos con la familia guardadora pretensa adoptiva. Por qué se debió llegar a la máxima instancia judicial del país: ante la falta de un procedimiento con pautas claras, con la intervención de todos los involucrados –en primer tér-

[58] En un caso en el que se decide la adopción de un niño ante el reclamo de restitución de su madre el comentario se refería al tiempo como elemento definidor (ver GROSMAN, Cecilia y HERRRERA, Marisa, *Cuando el tiempo sentencia. A propósito de un fallo sobre adopción y restitución del alto tribunal*, en J. A. 2005-IV-26 y ss., del 5-10-2005, LexisNexis, Buenos Aires).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

mino, la familia de origen o ampliada– para arribarse a una decisión –en uno u otro sentido– que no viole derechos humanos como el mencionado derecho de defensa en juicio.

Fundado en el valor tiempo como uno de los elementos esenciales en el campo de la adopción que la reforma plantea, el articulado en análisis establece en su último párrafo que la situación de adoptabilidad debe ser determinada por el procedimiento más breve que prevea la ley local, siendo esta cuestión formal una materia reservada a los ámbitos locales. Si bien se suele afirmar que el tiempo atenta contra la seguridad jurídica –en este caso, la seguridad o definición hacia la adopción– lo cierto es que no se puede perder de vista todo el trabajo realizado en el ámbito administrativo y que tuvo su debido control jurisdiccional. Es por ello que esta disposición tendiente a que la declaración de la situación de adoptabilidad tramite por la vía más breve, no observaría ningún reparo desde el prisma constitucional-internacional. Máxime cuando en el articulado siguiente se fijan ciertas pautas procedimentales mínimas que este proceso debería cumplir.

Por último, en total consonancia o coherente con la explícita preocupación del Código Civil y Comercial por el *factor tiempo*, el artículo en análisis en su última parte establece un plazo máximo de noventa días para que el juez dicte sentencia haciendo lugar o rechazando la declaración de la situación de adoptabilidad.

IV) Significado de la reforma

La regulación de un proceso judicial autónomo con pautas precisas tendientes a resolver si una determinada situación fáctica-afectiva puede dar lugar o no a la adopción es una manda constitucional, amén de ser una práctica muy arraigada a pesar del silencio normativo en la anterior legislación civil.

Si bien las situaciones que pueden dar lugar a la adoptabilidad de un niño son muy variables, el Código, fundado en el principio de realidad, recepta tres causas fuente. Así, se pretende ordenar tal diversidad que en su mayoría deriva de una intervención previa por parte del organismo administrativo de protección. Sucede que tanto en los casos de búsqueda de familiares, como lo establece el primer

inciso del articulado en análisis, como en la situación de vulnerabilidad prevista en el tercer inciso, el Código reconoce la intervención prevista por la ley 26.061 en el marco del sistema de protección integral de derechos.

El Código no puede desconocer las múltiples intervenciones que la ley de protección integral de derechos les otorga a los organismos administrativos y tampoco la práctica consolidada aun sin normativa expresa en la que los jueces decretaban la adoptabilidad de un niño fundada en diversas interpretaciones. Ambas consideraciones son reconocidas en la reforma.

Art. 608 ***Sujetos del procedimiento.*** **El procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad requiere la intervención:**

a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada;

b) con carácter de parte, de los padres u otros representantes legales del niño, niña o adolescentes;

c) del organismo administrativo que participó en la etapa extrajudicial;

d) del Ministerio Público.

El juez también puede escuchar a los parientes y otros referentes afectivos.

I) Resumen

El proceso judicial que tiene por objeto definir si un niño se encuentra o no en situación de ser adoptado tiene reglas propias, debidamente establecidas. Una de ellas se refiere a quiénes son parte y quiénes pueden ser escuchados. Se trata de una cuestión sensible, siendo que durante la vigencia de las anteriores legislaciones que regularon la adopción, la actuación de la familia de origen –los padres– presentaba una clara tensión constitucional al no considerárselos parte en procesos que, nada más ni nada menos, podían culminar con la extinción del vínculo filial. El Código soluciona este conflicto que comprometía el

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

derecho de defensa en juicio de los padres. Además se enumera de manera expresa quiénes deben intervenir en la declaración de adoptabilidad para estar a tono con la ley 26.061: el niño o adolescente cuando cuenta con la edad y grado de madurez suficiente debidamente asistido por su letrado (conf. art. 27) y el organismo administrativo que intervino previamente (arts. 33 y ss.). Por otra parte, se reconoce en un nivel de intervención inferior la participación de los parientes y referentes afectivos (art. 7°, decreto 415/2006) del niño o adolescente.

II) Concordancias

Persona menor de edad (art. 25); ejercicio de derechos (art. 26); principios de la adopción (art. 595); situación de adoptabilidad (art. 607); procesos de familia (art. 707). Ley 26.061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. Decreto reglamentario 415/2006.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Quiénes son parte en el proceso*

Una de las grandes críticas constitucionales que han observado las legislaciones que regulaban la adopción ha sido el lugar secundario que se otorgaba a los padres en procesos en los que culminaban con la extinción del vínculo filial si se trataba de la adopción plena, o al menos la restricción de varios derechos y deberes si se trataba de la adopción simple.

Cabe recordar que según el artículo 317 del texto anterior relativo al entonces proceso de guarda preadoptiva o guarda para adopción, los padres eran citados para obtener su consentimiento, el cual podía ser obviado en distintas circunstancias. Así, el inciso a, disponía: "Citar a los progenitores del menor a fin de que presten su consentimiento para el otorgamiento de la guarda con fines de adopción. El juez determinará, dentro de los sesenta días posteriores al nacimiento, la oportunidad de dicha citación. No será necesario el consentimiento cuando el menor estuviese en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando

el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial. Tampoco será necesario cuando los padres hubiesen sido privados de la patria potestad, o cuando hubiesen manifestado judicialmente su expresa voluntad de entregar al menor en adopción".

De este modo, de máxima, se requería el consentimiento de los padres –lo cual, si no lo prestaban, no obstaculizaba la adopción– siendo debidamente citados para tal fin; pero en ningún momento intervenían en el carácter de parte, con el debido y correspondiente patrocinio letrado. Varios autores y voces jurisprudenciales afirmaban que esta postura legislativa violaba el derecho de defensa en juicio de los padres, como así la manda expresamente prevista en el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño referida a la adopción y la obligación de los Estados parte de cuidar ciertos principios, entre ellos, velar "por que la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario" (inc. a).

Se ha sostenido que este asesoramiento al cual alude la Convención lo es, de mínima, de tipo legal, o sea, con el debido patrocinio letrado. Esta intervención es satisfecha cuando se actúa como parte en el proceso. Por otra parte, y principalmente, se ha afirmado con razón que si en un proceso en el que se debate la privación de responsabilidad parental (expatria potestad) los padres intervienen en el carácter de parte, ejerciendo plenamente su derecho de defensa en juicio, no puede observarse una participación mínima como lo es la mera citación cuando en los procesos tendientes a la adopción también se coloca en tela de juicio la calidad del vínculo filial. Por lógica, tanto en la privación de la responsabilidad parental como en el proceso que puede culminar con la declaración de la situación de adoptabilidad de un niño, los

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

padres deben tener plena intervención y ello se logra cuando tienen plena actuación, es decir, cuando son parte[59].

Otra de las modificaciones que introduce la reforma se refiere a la intervención –también en el carácter de parte– del niño como principal protagonista en todo proceso en el cual se dirime su derecho a vivir en familia. La intervención como parte de niños o adolescentes se condice con lo dispuesto en los artículos 3°, 24 y 27 de la ley 26.061. Esta participación activa está reconocida a todo niño o adolescente que cuente con la edad y grado de madurez suficiente, debiendo serlo con la correspondiente asistencia letrada. El reconocimiento de la intervención como parte de niños y adolescentes en determinados procesos expresamente previstos en la ley cuando éstos cuentan con la edad y grado de madurez suficiente, y asistidos por un letrado patrocinante, es una postura legislativa acorde con varios principios constitucionales-internacionales: el interés superior del niño, el de autonomía progresiva y el derecho a ser oído en sentido amplio, involucrando tanto la defensa formal como material.

III.2) *Otras intervenciones en el proceso*

Fuera del carácter de parte, el Código reconoce expresamente la intervención de otros dos organismos: 1) el órgano administrativo de protección, y 2) el Ministerio Público.

El primero, el órgano administrativo, es otra incorporación acorde con la ley 26.061 y la inexorable interacción entre el sistema de protección integral de derechos con la regulación civil en materia de adopción. Si bien el Código no le atribuye a dicha intervención el carácter de parte, lo cierto es que reconoce de manera expresa su participación enumerándolo dentro de los sujetos que actúan en el

[59] Ver HERRERA, Marisa, *Consentimiento de la familia de origen la adopción arriba.(si arriba) a buen puerto. Consentimiento informado y adopción*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 27, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2004, ps. 71 y ss., y más actual: JÁUREGUI, Rodolfo G., *De nuevo sobre el asentimiento de los padres biológicos en las guardas preadoptivas*, en L. L. Patagonia 2005 (abril), p. 887; BEDROSSIAN, Gabriel, *Consentimiento para la adopción y estado puerperal*, en Microjuris MJ-DOC-3241-AR | MJD3241, del 6-9-2007.

proceso judicial que culmina con la declaración de adoptabilidad. Esta postura legislativa responde a la necesidad de contar con la mayor información sobre la situación del niño, el tipo de intervención que se ha llevado adelante y las diferentes estrategias desplegadas, siendo este organismo, precisamente, sobre el que recayó el mayor peso de tal actuación y, por ende, el que más conoce sobre la conflictiva planteada que culmina con la declaración de adoptabilidad. Tan así es que el Código obliga al mencionado organismo administrativo a elaborar un dictamen cuando ha transcurrido un determinado lapso temporal (180 días) sin que se hayan podido revertir las causas por las cuales se decretó la separación del niño de la familia de origen o ampliada, o sea, sin que sea posible su reinserción y, por ende, que el derecho de todo niño a vivir en familia sea satisfecho con la inclusión en otro grupo familiar a través de la institución de la adopción.

El segundo, el Ministerio Público se condice con lo normado en el artículo 103 referido a la "actuación del Ministerio Público" y en el que se establece que cuando se trata de personas menores de edad dicha participación es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados sus intereses, cuya falta trae consigo la nulidad relativa del acto, en este caso, del proceso en el que se declara la situación de adoptabilidad. Esta intervención, como bien se afirma en la norma que sienta el principio general, es de carácter complementario, siendo los que intervienen de manera principal los padres y el niño si cuenta con edad y grado de madurez suficiente. Si bien la legislación anterior no regulaba un proceso especial tendiente a la declaración de adoptabilidad, lo cierto es que por aplicación del entonces principio general establecido en el anterior artículo 59, también el llamado Ministerio "de Menores" hubiera intervenido en virtud de su representación "promiscua".

III.3) *Quiénes son escuchados en el proceso*

En un nivel de participación menor, el Código establece de manera facultativa que los jueces puedan escuchar a parientes y referentes afectivos significativos del niño cuya situación de adoptabilidad se evalúa en un proceso judicial especial.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Por aplicación del principio de preservación de los vínculos de la familia de origen y, en este caso en particular, de la familia ampliada en sentido laxo, es decir, no sólo referido a las personas con las que se tiene un vínculo de parentesco (abuelos, tíos, primos, etc.), sino también con todos aquellos con quienes el niño tiene un lazo de afecto significativo como puede ser un vecino, padrinos, íntimos amigos de los padres, etcétera, el Código abre la posibilidad expresa de que los jueces los tengan en cuenta mediante la escucha en el proceso que podría culminar con la declaración de la situación de adoptabilidad. Precisamente, si en este primer proceso se debe analizar en profundidad sobre la conflictiva familiar y las redes familiares y sociales con las que cuenta el niño para evaluar, en definitiva, si la adopción es la institución precisa para satisfacer el derecho de todo niño a vivir en familia, es lógico que se entienda que éste es el espacio en el que se debe dar la mayor participación posible a toda persona que podría ser de interés conocer y escuchar en una decisión judicial de tal relevancia como la que involucra el procedimiento en cuestión.

Por otra parte, previsiones como las que trae la reforma, tendientes a conocer en profundidad los recursos afectivos y sociales con los que cuenta el niño, permitirán evitar conflictos complejos como aquellos que se derivan de situaciones de arrepentimiento o de presentaciones tardías por parte de algún familiar o referente afectivo. Por ello, el Código prefiere en el proceso tendiente a la declaración de situación de adoptabilidad de un niño conocer, escuchar y que intervengan todas las personas y organismos que tengan un interés o involucramiento –de manera directa e indirecta– con la conflictiva planteada.

IV) Significado de la reforma

El Código, al regular de manera expresa un proceso especial en el que se analiza la situación de adoptabilidad o no de un niño, también establece determinadas reglas mínimas que no sólo profundizan los objetivos de dicho proceso, sino que también hacen que esté a tono con los principios constitucionales-internacionales que inspiran el régimen jurídico de la adopción y, en definitiva, todo proceso en el que se dirimen o involucran derechos humanos de niños y adolescentes.

Una de las reglas básicas y sobre la cual han girado voces doctrinarias y jurisprudenciales críticas desde la perspectiva constitucional, ha sido en torno a la participación de los sujetos en los procesos de adopción; en especial al papel silenciado o al menos minimizado de la familia de origen y, de manera más contemporánea, a los principales protagonistas: los niños o adolescentes. En este sentido, la reforma le otorga a ambos el carácter de parte, es decir, el mayor grado de participación procesal que se le puede dar a una persona –física o jurídica– en un procedimiento.

En un escalón más abajo, es decir, previendo la intervención procesal pero no en carácter de parte, el Código menciona al organismo administrativo de protección de derechos que intervino en una etapa importante posterior y que conoce de manera precisa la conflictiva familiar, y al Ministerio Público, en consonancia con el rol que la propia legislación civil le reserva a este organismo.

Un peldaño más abajo, el Código faculta expresamente a los jueces –de conformidad con el valor pedagógico que tiene la ley, más allá de que si no se lo hubiera establecido de manera expresa, tal facultad se deriva del juego entre la ley 26.061 y los principios que se enumeran en el artículo 595– a que cualquier persona con quien el niño o adolescente tenga un vínculo afectivo –sean parientes o no– pueda ser escuchado en el proceso.

En suma, la reforma regula quiénes son los sujetos que tienen, con distinta fuerza, presencia en el proceso en el que se analiza la situación de adoptabilidad de un niño. A determinados sujetos (los padres y el niño con edad y grado de madurez suficiente) le otorga la máxima participación al considerarlos parte. A otros su intervención complementaria (órgano administrativo de protección y Ministerio Público). Y por último, a quienes pueden ser escuchados, a todo el que tenga un vínculo afectivo significativo con el niño o adolescente, sean parientes o no.

Art. 609 ***Reglas del procedimiento.*** **Se aplican al procedimiento para obtener la declaración judicial de la situación de adoptabilidad, las siguientes reglas:**

a) tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales;

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

b) **es obligatoria la entrevista personal del juez con los padres, si existen, y con el niño, niña o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita;**

c) **la sentencia debe disponer que se remitan al juez interviniente en un plazo no mayor a los diez días el o los legajos seleccionados por el registro de adoptantes y el organismo administrativo que corresponda, a los fines de proceder a dar inicio en forma inmediata al proceso de guarda con fines de adopción.**

I) Resumen

El proceso judicial en el que se analiza la situación de adoptabilidad de un niño o adolescente observa reglas propias. Estas pautas procedimentales son de diversa índole. Se establece la competencia; la entrevista personal de los padres y el niño o adolescente –amén de su calidad de partes–, y la obligación de los jueces de solicitar la remisión de los legajos de pretensos adoptantes según las disposiciones especiales que regulan esta cuestión. Más allá de las otras cuestiones procedimentales que deben regir el proceso especial de declaración en situación de adoptabilidad por aplicación de las leyes de procedimiento locales, el Código establece ciertas consideraciones mínimas, básicas y esenciales, comunes para todos los procesos de este tenor.

II) Concordancias

Adopción (arts. 607, 608); procesos de familia (arts. 706, 707, 716). Ley 26.061, Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (arts. 3°, 11, 40). Ley 25.854, registro de pretensos adoptantes.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Juez competente*

En atención a la inexorable vinculación entre la adopción y el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes –en particular, en el proceso de declaración en situación de adoptabilidad–, el Código establece que el juez competente para entender en el proceso en análisis es el mismo que intervino en el correspondiente control de legalidad que prevé el artículo 40 de la ley 26.061. Cabe recordar que el primer párrafo de este articulado expone: "Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción".

Esta postura legislativa se funda en varias razones. En primer término, siendo el factor tiempo una de las principales preocupaciones que se han esgrimido en torno a la regulación y la práctica de la adopción y que la reforma reconoce, disponer que el juez interviniente sea el mismo que viene haciéndolo en el marco de la doble intervención o intervención mixta que establece el sistema de protección integral de derechos, es una decisión a tono con dicho desosiego.

Por otra parte, esta postura responde al mejor interés del niño, quien no deberá volver a crear empatía con un nuevo juez y equipo interdisciplinario, sino que intervendrán en el proceso de declaración en situación de adoptabilidad los mismos operadores que ya conocen no sólo al niño y su familia, sino, en general, todos los pormenores del caso.

Desde el punto de vista procesal, es sabido que uno de los principios que rigen los procesos civiles, y que en los relativos a las relaciones de familia observa una especial consideración, es el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*, que tiende a que sea el mismo juez que intervino previamente el que continúe haciéndolo en un proceso que tiene cierta "conexidad" con el anterior[60]. Esto es lo que acontece con el proceso en el que se dirime la posible adoptabilidad de un niño y cuyo antecedente es una medida excepcional con la consecuente separación del niño de su familia y el regreso a ella no ha sido posible. Esta decisión administrativa de separación fue debidamente controlada por un juez. Éste es el juez que el Código entiende competente para seguir interviniendo en la etapa posterior, es decir, en el proceso de declaración de adoptabilidad.

[60] KIELMANOVICH, Jorge, *Derecho Procesal de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, ps. 56 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

El interrogante que se deriva es: quién es el juez competente en aquellos supuestos excepcionales en los cuales no haya habido como antecedente el dictado de medidas excepcionales y el debido control de legalidad. El Código, a diferencia del anterior, recepta un título especial (el Título VIII) dedicado a los *Procesos de familia* en el que se sientan principios generales de carácter procedimentales que se aplican, de manera supletoria, a todos los procesos de familia. En este contexto normativo, el artículo 716 establece la competencia del juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 26.061.

III.2) *Entrevista personal*

El Código dispone que tanto los padres como los niños o adolescentes que cuentan con la edad y grado de madurez suficiente intervienen en la declaración de situación de adoptabilidad en carácter de parte. Amén de este reconocimiento legal que implica el mayor grado de participación procesal que se puede ostentar, la legislación civil también obliga a los jueces a mantener una entrevista personal con los padres y el niño o adolescente. Como bien se expone, se trata de una obligación y no de una mera facultad judicial.

Esta regulación merece dos consideraciones, una relativa a los padres y la otra al niño o adolescente.

Con relación a los padres, el Código establece que la obligación lo es si ellos existieren; no se dice si correspondiere. Ello se funda en que, a la luz de los regímenes jurídicos anteriores, se le desconocía a los padres el papel fundamental que cumplían en esta primera etapa tendiente a evaluar si, efectivamente, se trataba de un supuesto de adoptabilidad o no. Sucede que en las normas anteriores se fijaban ciertas excepciones –un tanto amplias– de que los padres no presten el consentimiento a la adopción de su hijo, entendiendo algunos autores y jurisprudencia, incluso, que ni la citación era obligatoria, por lo cual en la práctica se observaban decisiones de adopción sin haber entrevistado al menos a los padres. Para evitar este tipo de actuaciones contrarias a principios de derechos humanos, la reforma es clara al establecer la obligatoriedad del juez de entrevistarse con los padres

si éstos existiesen, sin aludirse a otra variable o situación fáctica que se podría presentar para exceptuar a los magistrados de cumplir con esta obligación legal.

Con respecto a los niños y adolescentes, el Código prevé la obligatoriedad de la entrevista personal con el juez, más allá de que ellos puedan intervenir en el proceso en el carácter de parte y con la debida asistencia letrada. A los fines de la entrevista, la reforma no distingue o no se circunscribe a los niños con edad y grado de madurez suficiente. Esta flexibilidad responde a la distinción entre defensa formal (o escucha propiamente dicha) y defensa material o técnica. La entrevista personal corresponde a la primera acepción dentro del género derecho a ser oído que prevé el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño y que profundiza la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño de 2009. Es sabido que los niños no sólo se expresan por el lenguaje oral sino que lo hacen a través de tantos otros medios de comunicación, el lenguaje corporal, los gestos, el juego, los dibujos, etcétera[61]. Por ello, no se puede restringir la entrevista a los niños que tengan determinada edad y grado de madurez sino a todos, con total independencia de estos dos elementos. En otras palabras, mientras que la defensa técnica con la debida asistencia letrada está reservada a los niños o adolescentes con edad y grado de madurez suficiente, quienes intervienen en el carácter de parte en el proceso que puede culminar con la declaración de la situación en adoptabilidad; cuando se trata de la defensa formal o escucha propiamente dicha, ella está disponible a todo niño o adolescente, sin importar la edad y grado de madurez.

Esta flexibilidad que el Código recepta en materia de adopción por la cual no se limita la escucha del niño o adolescente al cumplimiento de determinados requisitos o elementos, se condice con lo expresado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos que en una decisión de trámite del 29 de noviembre de 2011 en el resonado caso "Atala Riffo c/Chile", se interesa por la escucha de las niñas involucradas en esa instancia regional. Al comentar esta decisión, se afirma que

[61] GROSMAN, Cecilia P., *El derecho del niño a ser oído en los procesos de familia*, en DA ROCHA, Joaquín P. (coord.), *La balanza de la justicia*, Ad-Hoc–Fundejus, Buenos Aires, 2007, ps. 130 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

una de las conclusiones que se derivan es: "El reconocimiento expreso de que en todo proceso judicial como administrativo los niños deben ser escuchados; si la escucha es un deber ante la máxima instancia judicial regional en materia de derechos humanos, más aún lo es en todas las instancias locales" y "La evidente interdependencia de ciertos derechos; en esta oportunidad, la idea acertada de que no se puede desentrañar qué es el interés superior del niño en cada caso, si no se indaga acerca de lo que opina el principal protagonista, como un 'componente' –en palabras de la Corte– vital para esta indagación"[62].

III.3) *Remisión de legajos de pretensos adoptantes*

Nuevamente fundado en el factor tiempo, el Código establece que en la sentencia que declara la situación de adoptabilidad el juez disponga la remisión de legajos por parte del registro de adoptantes que corresponda. La reforma alude de esta manera también a los organismos administrativos de protección. El fundamento de esta ampliación se debe a que como estos últimos conocen al niño, su colaboración es necesaria para la elección de los futuros adoptantes. Qué padres adoptivos son los más adecuados para un niño no es tarea sencilla. Es una de las decisiones más complejas y difíciles que el juez debe llevar adelante. Por esta razón, toda información que se pueda obtener a fin de optimizar el proceso de selección beneficia a la figura de la adopción y, consigo, responde al interés superior del niño.

De este modo, el Código reconoce que la adopción observa una doble interacción: 1) con el sistema de protección integral de derechos desde los organismos administrativos que lo integran, y 2) con los registros de adoptantes locales o, en su caso, el registro nacional.

Con los organismos administrativos, la reforma reconoce que éstos han intervenido desde el inicio de la situación de vulnerabilidad, por lo cual tienen un conocimiento general de la conflictiva y, principalmente, del niño; toda esta información puede ser de utilidad para la selección de los adoptantes.

[62] KEMELMAJER DE CALRLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, *Cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos habla, hay que escucharla. El derecho a ser oído de niños y adolescentes en el ámbito regional*, en L. L. del 20-12-2011, p. 1.

Con los registros de adoptantes, el Código –a diferencia de la legislación anterior– reconoce en su texto el valioso rol que cumplen los registros de pretensos adoptantes locales o, en su defecto, el registro nacional. Sucede que si se trata de un supuesto en el que la adoptabilidad involucra a un grupo de hermanos, niños con alguna discapacidad o los mayorcitos como se denomina a los niños que tienen entre 4 o 5 años de edad o más, y en el registro local no hay pretensos adoptantes para estos niños, se apela al registro nacional en su carácter de "red de registros" y, por ende, colabora en la búsqueda de pretensos adoptantes acordes con estas necesidades en otros registros locales; información que centraliza el registro nacional.

IV) Significado de la reforma

El Código introduce un proceso judicial tendiente a analizar si un niño o adolescente se encuentra en situación de adoptabilidad. En consonancia con ello, regula quiénes son los sujetos que intervienen en el proceso, como así también establece ciertas reglas mínimas que deben respetarse en el proceso, las cuales se derivan de principios constitucionales-internacionales que estructuran el régimen jurídico de la adopción.

Si bien es sabido que las consideraciones procedimentales son competencia local, no es novedad que la legislación civil se ocupa de determinados y mínimos dispositivos formales. Las leyes de adopción –las que han estado fuera del código derogado como la 13.252 y 19.134, como la que introdujo la regulación de esta institución en la legislación, la ley 24.779– han establecido algunas reglas procedimentales para que haya un mínimo común en todos los procesos, más allá de lo que indique la normativa procesal de cada provincia. Esta postura legislativa refleja otra interacción general ineludible: fondo y forma se retroalimentan. Si no hay un proceso acorde con el fondo, es probable que los derechos de fondo se vean conculcados. Esta aseveración se observa de manera clara en instituciones como la adopción en la que el factor tiempo ocupa un lugar central. Por ende, si se pretende acortar tiempos para que los derechos de fondo no se vean

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

concúlcados, es entendible y beneficioso que se adopten medidas en el ámbito procedimental. Ello es lo que hace la reforma.

Para cumplir con esa loable finalidad fundada en el factor tiempo, no sólo se establece como principio que sea el mismo juez que viene interviniendo en el sistema mixto quien implemente el sistema de protección integral de derechos, para evitar que sea otro juez el que, una vez que se informe de la conflictiva, siga interviniendo; sino también en disponer el envío de legajos con el objeto de "proceder a dar inicio en forma inmediata" a discernir la guarda con fines de adopción.

Art. 610 ***Equivalencia.*** **La sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale a la declaración judicial en situación de adoptabilidad.**

I) Resumen

La reforma responde a uno de los tantos interrogantes que siempre quedó pendiente de resolución expresa: el valor de la sentencia de privación de la responsabilidad parental (antes denominada "patria potestad") en el marco de la adopción. En atención al reiterado factor tiempo, el Código establece que la sentencia de privación equivale a la sentencia que declara a un niño en situación de adoptabilidad; por ende, decretada la privación de la responsabilidad parental se siguen los pasos procedimentales en los mismos términos que si se hubiere decretado la adoptabilidad.

II) Concordancias

Situación de adoptabilidad (arts. 607, 608, 609); privación de responsabilidad parental (art. 700).

III) Interpretación de la norma

La privación de la entonces "patria potestad" no ha sido nunca considerada un proceso previo y obligatorio a la adopción. Sin embargo, entre ambas figuras siempre han existido similitudes y diferencias. Des-

de el punto de vista fáctico y práctico, la indagación que se lleva adelante en un proceso de privación de la responsabilidad parental es lo mismo que se analiza en el proceso que evalúa la adoptabilidad de un niño o adolescente: la posibilidad de que el niño o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada o deba insertarse en otra familia para ver satisfecho el derecho humano a vivir en familia.

¿Cuál es el efecto o impacto de la privación de la responsabilidad parental en una futura adopción? El texto civil anterior, según la reforma introducida por la ley 24.779, como las legislaciones relativas a la adopción anteriores, nada decían al respecto. Más allá de ello, la interacción entre privación de la responsabilidad parental y adopción es clara y el Código regula de manera expresa qué acontece.

Recuerda Zannoni que vigente la ley 13.252 voces jurisprudenciales afirmaron que "la adopción no exige como presupuesto esencial la declaración de pérdida o suspensión de la patria potestad, una que la ley transfiere al adoptante, como consecuencia de la sentencia, los derechos y deberes que emergen de ella"; o que "no es necesario que el padre o la madre, en su caso, hayan sido privados de la patria potestad o de su ejercicio para que proceda la adopción, ya que lo que interesa es el real y efectivo cumplimiento de los deberes y obligaciones que aquélla importa"[63]. Ello ha sido entendido así por la doctrina y jurisprudencia, pero ello no obsta a la necesidad de preguntarse qué sucede si, efectivamente, hay un proceso judicial ordinario en el cual se evaluó la capacidad de los padres para ejercer los derechos y deberes derivados de la responsabilidad parental, si se ha incurrido en uno o varios de los graves actos que prevé la ley y por ello un juez procede a dictar la correspondiente sentencia de privación de la responsabilidad parental. ¿Qué consecuencias tiene esta sentencia en el campo de la adopción?

El nuevo texto responde a este interrogante que hasta ahora tenía una solución expresa. *La sentencia que priva a los padres de la responsabilidad parental sobre sus hijos equivale a la sentencia que declara la situación de adoptabilidad.* Por lo tanto, tras la sentencia de privación, el juez debe proceder a solicitar los legajos correspondientes

[63] ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. 2, p. 635.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

del registro de pretensos adoptantes y continuar el proceso en los mismos términos y condiciones que si se hubiera llevado adelante un proceso en el cual se declaró la situación de adoptabilidad.

IV) Significado de la reforma

Una vez más, la reforma viene a dar respuesta a uno de los tantos interrogantes que siempre estuvieron latentes durante las diferentes regulaciones que se han ocupado de la adopción.

El Código admite, y así consolida, la idea de que la privación de la responsabilidad parental no constituye un proceso previo y obligado para la viabilidad de la adopción; pero ello no impide que la ley resuelva de manera expresa qué sucede si efectivamente ha habido un proceso en el que se decretó la privación de la responsabilidad parental. En ese supuesto –excepcional, según surge de la práctica– la reforma establece que la sentencia de privación equivale a la sentencia de declaración judicial de la situación de adoptabilidad.

CAPÍTULO 3

GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

Art. 611 ***Guarda de hecho. Prohibición.*** **Queda prohibida expresamente la entrega directa en guarda de niños, niñas y adolescentes mediante escritura pública o acto administrativo, así como la entrega directa en guarda otorgada por cualquiera de los progenitores u otros familiares del niño.**

La transgresión de la prohibición habilita al juez a separar al niño transitoria o definitivamente de su pretenso guardador, excepto que se compruebe judicialmente que la elección de los progenitores se funda en la existencia de un vínculo de parentesco, entre éstos y el o los pretensos guardadores del niño.

Ni la guarda de hecho, ni los supuestos de guarda judicial o delegación del ejercicio de la responsabilidad parental deben ser considerados a los fines de la adopción.

I) Resumen

El Código aborda una de las más álgidas cuestiones relacionadas

con el instituto de la adopción: la posibilidad de invocar, a los fines adoptivos, una guarda nacida al amparo de una entrega directa efectuada por la/los progenitora/es en favor de terceros, sustrayéndose al régimen legalmente impuesto para la elección del/los adoptantes –la vía judicial y la selección entre las personas inscriptas en el Registro de Aspirantes a Guarda con Fines de Adopción–.

La entrega directa –defendida desde el argumento de la autonomía de la voluntad materna en la elección de los futuros padres de su hijo y el ejercicio de la responsabilidad parental– es prohibida tajantemente por el artículo, que registra mínimas excepciones a ser merituadas por el juez de la adopción, con idéntico criterio restrictivo. Finalmente, se sortean –al menos desde la legislación– eventuales vías alternativas de ingreso de la entrega directa, como la invocación de "guarda de hecho", de una guarda judicial o de la "delegación del ejercicio de la responsabilidad parental", los que no podrán ser invocados para la adopción.

II) Concordancias

Adopción: concepto (art. 594); principios generales (art. 595); delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 643); otorgamiento de guarda a un tercero (art. 657). Ley 25.854 de Creación del Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines de adopción. Ley 26.061, prioridad de la familia de origen (art. 4°); responsabilidad familiar (arts. 7° y concs.).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La entrega directa. Su efecto: la guarda de hecho invocada a los fines adoptivos*

El artículo anteriormente vigente –318– prohibió expresamente "la entrega en guarda de menores mediante escritura pública o acto administrativo". La ley 24.779 pretendió así evitar el circuito paralelo de contactos entre los segmentos de madres en situación de vulnerabilidad y pretensos padres adoptivos, vinculaciones excluyentes de la intervención judicial. Sin embargo, no sólo las situaciones prácticas se alejaron de la norma, sino también las interpretaciones que de ella se hicieron.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

La realidad exhibió variados casos de guardas de hecho nacidas al amparo de entregas directas, que debieron luego valorarse judicialmente a fin de decidir su consolidación bajo la adopción o a la separación del niño de ese ámbito de inserción precaria.

Sintéticamente para el contexto de este comentario, se pueden referenciar los esforzados argumentos –doctrinarios y jurisprudenciales– que se han vertido en defensa de una u otra posición; por un lado, la prohibición de la entrega directa y consecuente guarda de hecho, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 318 originario, el cuestionado contractualismo[64], que implica la admisión de "acuerdos" entre progenitores y terceros respecto al cuidado y futura guarda del hijo, y la "cosificación" del niño, el consecuente riesgo de tráfico de niños, la prevalencia del orden público en materia de adopción[65].

En la vereda opuesta, para admitir la guarda de hecho y convalidación de la previa entrega directa se argumentó la inexistencia de una prohibición expresa en el ordenamiento, la diferencia entre guarda de hecho y guarda preadoptiva –que se afirmaba sería la prohibida por el artículo 318 derogado[66]–, el ejercicio de la autonomía de la voluntad materna, la aplicación analógica de la facultad de designación de tutor a los hijos por los padres, el valor no absoluto del registro de adoptantes, creado al servicio del niño y no a la inversa, finalmente

[64] La CDN establece en su artículo 35 que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma". La entrega de un niño o niña a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución afecta claramente bienes jurídicos fundamentales tales como su libertad, su integridad personal y su dignidad, resultando uno de los ataques más graves contra un niño o niña, respecto de los cuales los adultos aprovechan su condición de vulnerabilidad". CIDH, *in re* "Fornerón", sentencia del 27-4-2012, fondo, reparaciones y costas. Se agregó allí que las "medidas de protección" aludidas en el artículo 19 de la Convención Americana importan la obligación de adoptar todas las medidas de carácter nacional necesarias para impedir la "venta" de niños cualquiera sea su fin o forma.

[65] Posición expresada, entre otros, por el defensor de menores Atilio Álvarez, cit. por HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., t. I, p. 380.

[66] MEDINA, Graciela, *Reiteración de la doctrina judicial que no obstaculiza la adopción porque la madre otorgue la guarda de hecho de su hijo biológico en forma directa. Correcto balance entre la autonomía de la voluntad materna y el interés superior del menor*, en RDFyP, diciembre de 2009, ps. 110 y ss.

y de extremo peso, la fuerza de los hechos consumados frente a la decisión judicial posterior[67].

En una posición intermedia se resaltó la necesidad de verificar ciertos extremos a fin de validar la configuración de una guarda de hecho nacida de una entrega directa, tales como la libertad en la manifestación de voluntad –más ampliamente la inexistencia de vicios al consentimiento materno–, la existencia de un vínculo afectivo o biográfico que justifique la elección que se pide convalidar, la transparencia en el actuar de las partes, la inexistencia de pagos o retribuciones –entendidas con criterio amplio no sólo traducible en dinero[68]–, la situación de hecho consolidada, la integración del niño en ese grupo familiar y, finalmente, el mejor interés del niño[69].

Como bien ha sido señalado, el Derecho no puede ignorar la existencia de estas guardas de hecho, las que debe evaluar la justicia a fin de evitar la fuerza de los hechos consumados o la búsqueda de mecanismos "paralelos" para sortear las prohibiciones legales. "Si el Derecho se dedica a perseguir seguramente se ensayarán atajos", se sostiene[70]. Agrega la autora que autonomía de la voluntad e intervención judicial no necesariamente se contraponen, sino que resultan complementarias, logrando así el equilibrio entre orden público y privado[71].

La decisión que adopte una norma respecto a este tema abarca

[67] En esta línea expresaba Aída Kemelmajer de Carlucci que lo trascendente es la valoración de la idoneidad de los guardadores: tan idóneos pueden ser los elegidos por la madre como los seleccionados por el juez del listado. En *Libro homenaje a la doctora Berta Kaller de Orchansky*, STC, Córdoba, ps. 3321 y ss.

[68] Alertando sobre la necesidad de una interpretación amplia acerca del concepto de "retribución", el Informe de la relatora especial sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (17-1-96, E/CN.4/1996/100), en su párr. 12 afirma que "la venta de niños y niñas debe condenarse, cualquiera que fuera su motivación o finalidad, pues reduce al niño a la condición de mercancía y concede a los padres o a cualquier 'vendedor' la facultad de disponer de él como si fuera un bien mueble".

[69] CSJN, 2-8-2005, J. A. 2005-IV-32; SCJBA, 16-8-2006, J. A. 2006-II-27; CSJN, 19-2-2008, RDF 2008-III-1.

[70] HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., t. I, ps. 390 y 391.

[71] HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., t. I, p. 371. MIZRAHI, Mauricio, *Autonomía de la voluntad y decisiones de los padres respecto de sus hijos menores*, en L. L. 2003-F-1146.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

supuestos varios que no pueden –siempre– ser analizados de forma unitaria; por lo pronto, hablar de "guarda de hecho" implica reparar en: situaciones de entregas directas en favor de terceros con quienes exista un conocimiento/vínculo afectivo previo y las llamadas situaciones de "chico puesto"[72], ajenas a la afectividad[73] y relacionadas con la directa cosificación del hijo que, cual objeto –e independientemente de la existencia de retribución o de la cualidad/entidad de la misma–, es circulado de un núcleo familiar a otro, con los que no le une lazo biográfico, afectivo o histórico alguno[74].

Cualquiera de estas situaciones da nacimiento a una guarda de hecho[75], que se aproxima a conocimiento de la justicia en ocasión en que se pretende validarla y cualificarla a los fines de la petición de guarda preadoptiva. Es en este momento en que el magistrado debe evaluar la situación del niño en ese grupo familiar –consolidada o no en función del tiempo transcurrido[76]–, así como el origen de la guarda, la existencia de contraprestaciones o liberalidades relacionadas con el acto de la entrega[77] y la vinculación preexistente entre madre y peticionantes[78].

[72] HERRERA, ob. cit., p. 375.

[73] CCCom. de Mercedes, 29-7-2005, RDF 2006-I-163.

[74] "...la denuncia de la comisión de arbitrariedad o absurdo [...] ha quedado evidenciada a partir de circunstancias comprobadas de la causa en las que el desprendimiento del hijo a favor de personas determinadas ha sido motivado sin ningún vínculo afectivo previo". SCJBA, 11-4-2012, "N. N. o A., G. M. s/Medida de abrigo", c. 115.696.

[75] Aquella conformada cuando una persona, sin atribución de la ley o delegación del juez, en los hechos y por propia autoridad, toma a un menor de edad a su cargo. CAFFERATA, José Ignacio, *La guarda de menores*, Astrea, Buenos Aires, 1978, p. 55.

[76] CNCiv., sala K, 27-12-2005, L. L. 2007-B-623.

[77] "La situación de autos roza la prohibición sobre el objeto de los contratos, pues la entrega de la niña fue irregular, con evidencias de contraprestación (alimentos, vivienda, trabajo) todo lo cual la aleja de la transparencia que requiere la entrega de una guarda preadoptiva (art. 953, Cód. Civ.) [...] ha quedado evidenciado ante las condiciones de vulnerabilidad, por las condiciones desfavorables que atravesaba la progenitora, un interés económico que tuvo la forma de una contraprestación como fue proveerle alimentos, conseguirle vivienda, trabajo, acompañarla al médico; circunstancias que la Alzada relativiza anteponiendo una argumentación dogmática en torno a que la entrega de la niña por parte de su madre fue sincera porque la decisión ha sido expresada antes del parto y ratificada en la audiencia llevada a cabo ante el propio tribunal". SCJBA, 11-4-2012, "N. N. o A., G. M. s/Medida de abrigo", c. 115.696.

[78] "El ideario de la Convención de los Derechos del Niño –arts. 1°, 3°, 6.2, 9.1,

Corresponde reparar en que invocar una guarda de hecho a fin de peticionar una guarda preadoptiva importa sortear el sistema legalmente impuesto como vía de acceso a la adopción: el Registro Único de aspirantes a guarda con fines de adopción, y aun cuando los guardadores se encuentren inscriptos en él, implica también anticipar el orden de prelación y la valoración integral y objetiva que corresponde efectuar al juez de la adopción de modo exclusivo e indelegable, conforme el régimen vigente.

La ocurrencia de estas situaciones ha llevado a la encrucijada de dimensionar en su punto justo el valor de este Registro de Aspirantes a Adopción, al que se califica de carácter instrumental, herramienta direccionada a dotar al juez de recursos lo más certeros y transparentes posibles en la ardua labor de selección de futuros adoptantes, pero como herramienta instrumental no reviste carácter absoluto ni se sobrepone al interés del niño[79].

III.2) *La opción legislativa. La prohibición de la entrega directa*

El Código opta por la contundente prohibición de la entrega directa –y, en consecuencia, de la posterior invocación de guarda de hecho nacida por su intermedio–.

La solución se aparta de la posición que defiende la pretendida prevalencia de la autonomía de la voluntad –que en rigor no sería tal,

12, 20 y en especial 21, inc. 1°– requiere, en el supuesto de una guarda de hecho nacida de una entrega de la progenitora a personas determinadas, que para hacer viable la adopción la intervención del juez se concrete instando un proceso que atienda a todos los conflictos que plantea este modo de vinculación con el niño –autonomía de la voluntad, libertad, intimidad, identidad, injerencia estatal lícita e ilícita, el derecho a vivir y/o permanecer en la familia de origen, el derecho a vivir en familia, la igualdad de oportunidades". SCJBA, 11-4-2012, "N. N. o A., G. M. s/Medida de abrigo", c. 115.696; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. II.

[79] SCJBA, 2-4-2003, RDF 2004-III-75, Abeledo-Perrot, Buenos Aires; CCCom. de Mercedes, sala I, 23-12-2004; CCCom. de Mar del Plata, sala II, 23-9-99, E. D. 186-235; SCJ de Mendoza, sala I, 25-11-2002; STJ de Formosa, 4-2-2003, L. L. Litoral 2003 (julio), p. 707; CSJN, 16-9-2008, L. L. 2009-A-450; CCCom. de Santiago del Estero, sala 1ª, 19-2-2010, L. L. Online, AR/JUR18623/2010; STJ de Misiones, 28-4-2003, L. L. Litoral 2004-890; CCCLMin. de Neuquén, sala I, 31-3-2009, RDFyP, diciembre de 2009, p. 110.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

por no involucrar exclusivamente una conducta autorreferente de la madre, sino con incidencia directa en los derechos de su hijo, argumento del artículo 19, CN–.

El artículo, además, se correlaciona con la prohibición de declaración en situación de adoptabilidad ante la presencia de parientes o allegados que ofrezcan asumir la guarda (art. 607), posibilidad de la que se priva al niño cuando la decisión es tomada fuera de la escena jurisdiccional y de manera directa en favor de terceras personas, sin permitir la labor de los órganos administrativos y judiciales dirigida, primeramente, a evitar la separación del hijo de su madre, conforme lo dispuesto por la Ley de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes 26.061 –verbigracia, ante las frecuentes decisiones fundadas en razones económicas– y, asimismo, a procurar la permanencia del niño en el ámbito familiar ampliado –artículo 7°, decreto reglamentario 415/2006 de la ley 26.061[80]–.

Por lo demás, cabe reparar que las consideraciones en defensa de la "autonomía materna" muchas veces olvidan el otro extremo del binomio parental familiar, el progenitor –si bien muchas veces ausente en estos casos, en otros presente–. En este sentido, el paradigmático caso "Fornerón" resuelto por la CIDH da cuenta de la violación de derechos humanos fundamentales por parte de las autoridades argentinas, en perjuicio del progenitor y obviamente de la niña. Dijo allí la Corte que "la decisión unilateral de una mujer de no considerarse

[80] Art. 7°, dec. 415: "Se entenderá por 'familia o núcleo familiar', 'grupo familiar', 'grupo familiar de origen', 'medio familiar comunitario', y 'familia ampliada', además de los progenitores, a las personas vinculadas a los niños, niñas y adolescentes, a través de líneas de parentesco por consanguinidad o por afinidad, o con otros miembros de la familia ampliada. Podrá asimilarse al concepto de familia, a otros miembros de la comunidad que representen para la niña, niño o adolescente, vínculos significativos y afectivos en su historia personal como así también en su desarrollo, asistencia y protección. Los organismos del Estado y de la comunidad que presten asistencia a las niñas, niños y sus familias deberán difundir y hacer saber a todas las personas asistidas de los derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares". Por su parte la CIDH ha establecido como jurisprudencia interpretativa que la Convención Americana no protege un concepto cerrado de familia, ni mucho menos un solo modelo de ella. Y que el término "familiares" debe entenderse en sentido amplio, abarcando a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano". OC-17/02, párr. 69; CIDH, *in re* "Atala Riffo y Niñas vs. Chile", párr. 142.

en condiciones para asumir su función de madre, no puede constituir para la autoridad judicial interviniente una fundamentación para negar la paternidad"[81].

Por su parte, el Código erige en un requisito fundamental para la adopción la inscripción de los pretensos adoptantes en el Registro respectivo, ya que el artículo 634 establece como causal de nulidad absoluta la adopción otorgada en contravención a "h) la inscripción y aprobación del registro de adoptantes", lo cual torna a esta exigencia como requisito *esencial* y no posibilitaría así el reconocimiento de adopción en favor de quienes no cumplieran con este recaudo.

III.3) *Consecuencia legal de la violación de la norma*

Ante la eventual violación de la norma prohibitiva la consecuencia está dada por la habilitación al juez interviniente de separar al niño del/los guardadores, en forma transitoria o definitiva. Según la norma se *habilita*, lo cual no importa decir que se *obligue* a dicha decisión, quedando la valoración al magistrado; sin embargo, la previsión resulta herramienta valiosa para sostener las decisiones que la justicia adopte ante estas situaciones, en tanto considere dicha separación favorable al interés del niño (art. 3°, CDN; art. 3°, ley 26.061).

Los únicos supuestos en los que, a pesar de la violación a la norma prohibitiva, el juez podría avalar la permanencia del niño en dicho ámbito familiar de facto, son los de existencia de vínculo de parentesco[82] *entre los progenitores del niño y los pretensos guardadores.*

El Proyecto elevado por el Poder Ejecutivo mantenía a título de excepciones que posibilitan la evaluación de la eventual guarda de hecho presentada a conocimiento jurisdiccional, la existencia de vínculo de parentesco entre los progenitores y los pretensos guardadores; *como así también la configuración de un vínculo afectivo entre estos adultos.*

Al momento del debate del Proyecto en Senadores, fue suprimida

[81] CIDH, caso "Fornerón" cit.

[82] Conf. definición del concepto de familia, art. 7°, dec. reglamentario 415/2006 de la ley 26.061 cit.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

la excepción relativa a la configuración de un vínculo "afectivo", en el entendimiento de que la subjetividad y menor objetividad en la tarea de definición/valoración de esta "afectividad" podía conspirar contra el objetivo limitativo de la norma y permitir el ingreso, por vía de excepción, de lo que es prohibido en el primer párrafo de la norma.

Sin embargo, bien se alertó acerca de la estrictez de la solución reformulada, en cuanto impediría la valoración de aquellas situaciones en que fuese descartada toda configuración de contractualismo, contraprestaciones y manipulación del niño, siendo por el contrario fundadas en una auténtica elección de los progenitores –libre, voluntaria y consciente– afincada exclusivamente en el vínculo afectivo entre los adultos involucrados, la confianza y la elección para un adecuado cuidado del niño; situación muy diversa a la de las llamadas "guardas puestas"[83].

Si bien indudablemente es exacto que la mayor estrictez del régimen de excepciones colabora al propósito de la prevalencia del régimen de selección al amparo del Registro técnico respectivo, y favorece asimismo la inadmisibilidad de invocación de situaciones que importan la contractualización del niño con olvido de su cualidad de sujeto de derecho, lo cierto es que es tarea del juzgador al momento de la toma de conocimiento de una situación de "guarda de hecho" efectuar esta

[83] En los Fundamentos, redactados por los Dres. Lorenzetti, Highton y Kemelmajer, se observa que "El proyecto sigue la postura legislativa adoptada por la ley 24.779 de prohibir las guardas de hecho, pero lo hace con mayor precisión al facultar al juez a separar de manera transitoria o permanente al niño de los guardadores de hecho, excepto que se trate de personas que tienen vínculo de parentesco o *afectivo con el niño*. De todos modos, aun en este caso se requiere la correspondiente declaración de situación de adoptabilidad, como así también estar debidamente inscripto en el registro de adoptantes pertinente siendo esta omisión una causal de nulidad absoluta. En suma, los pretensos adoptantes deben, necesariamente, estar inscriptos y haber sido evaluados en los registros respectivos de cada jurisdicción, siendo el Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos y los equipos técnicos de los organismos de protección los que proponen los mejores postulantes a las autoridades judiciales. Consecuentemente, se rechaza la práctica conocida como 'pacto de entrega directa', materializada fuera de todo ámbito institucional, administrativo o judicial, que reduce a los niños y niñas a la condición de objeto de transacción –onerosa o gratuita– a través de mecanismos irregulares o ilegales, de un modo más o menos organizado, práctica absolutamente lesiva de la persona y de sus derechos humanos fundamentales".

valoración con rigurosidad y parámetros objetivos, inadmitiendo aquellas situaciones en que el "fundamento afectivo" invocado sea sólo aparente, con burla de los derechos del niño y de la función que a la justicia corresponde como garante de los derechos de aquél[84]. A este respecto y a los fines de la diferencia entre las diversas situaciones que puedan configurarse, resulta fundamental atender al modo en que se generó el vínculo entre las partes, debiendo dicha afectividad ser rigurosamente comprobada judicialmente.

Sin embargo, como se dijo, en el Senado se eliminó la excepción fundada en la afectividad.

Cabe así preguntarse cuál será el temperamento a adoptar ante eventuales situaciones de este tenor que puedan presentarse. Cierto es que aún frente a la prohibición legal, la realidad no dejará de mostrar casos en los que se transparenten, mucho tiempo después, relaciones afectivas consolidadas, de muy difícil reversión[85], lo que debería ser tenido en consideración en aplicación del interés superior del niño.

La jurisprudencia ha dado cuenta de este tipo de situaciones y en una gran cantidad de casos ha sido priorizado el vínculo afectivo frente a los restantes derechos en conflicto; precedentes de la propia Corte federal se han inclinado en este sentido. Más aún, en algunos la prevalencia del vínculo afectivo es asimismo solicitada por los padres biológicos, que reiteran y ratifican el cuidado por parte de estas personas. En todos estos casos, el primer contacto acontece "de hecho", es decir, por fuera de la mirada atenta de la justicia. ¿Cómo regular esta diversidad? ¿Todas estas situaciones deben ser reprochadas

[84] La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires revocó un pronunciamiento de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de La Matanza que había convalidado una guarda de hecho, en función de que el desprendimiento del hijo careció de la motivación de un vínculo afectivo previo, la inexistencia de relación afectiva entre la madre y los pretensos adoptantes, quienes no se conocían con anterioridad (SCJBA, 11-4-2012, "N. N. o A. G. M, medida de abrigi", c. 115.696). Cabe señalar que esta sentencia ha sido recurrida ante la máxima instancia judicial federal y que se encuentra a estudio en esta instancia a la espera de una resolución definitiva.

[85] Conf. FARAONI, Fabián, *La prohibición de la guarda de hecho en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en RDF 58-2013, p. 110.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

o reprochables por el ordenamiento jurídico? Éstos son algunos de los interrogantes centrales que giran en torno a una problemática cuasi central en la praxis de la adopción, como lo es la guarda de hecho[86].

Continuando con el análisis del artículo, y coherente con la postura restrictiva adoptada en la norma, se agrega la restricción a la invocación de situaciones de hecho consumadas, nacidas bien sea de una situación fáctica como las descriptas –guarda de hecho–, bien de un discernimiento de guarda judicial o de la delegación por los progenitores del ejercicio de la responsabilidad parental. Ninguno de estos supuestos puede considerarse como antecedente invocable a los fines de una pretendida adopción.

Las excepciones deben así valorarse con criterio sumamente restrictivo, no solo en razón de la exigencia legal sino recordando la doctrina de la CIDH –justamente condenando a la República Argentina–, en punto a que "la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño [...] *no puede invocarse el interés superior del niño para legitimar la inobservancia de requisitos legales, la demora* o errores en los procedimientos judiciales".

Sin embargo, y como bien dijimos, resultan de difícil solución aquellas situaciones en que el dilema emergente ante la consolidación de una guarda de hecho extensamente prolongada en el tiempo, en razón de la consolidación de un vínculo socioafectivo entre los pretendientes y el niño (arg. CIDH, *in re* "Fornerón" cit.).

Como señalan Herrera y Molina de Juan "aquí radica esencialmente, el nudo gordiano de la adopción desde el punto de vista de la práctica, debiéndose decidir si se admite este tipo de situaciones o si por el contrario, se procede a separar al niño del ámbito donde se encontraba, siendo que a mayor tiempo y consolidación del vínculo, más difícil es poder adoptar cualquier otra decisión que no sea mantener el *statu*

[86] HERRERA, Marisa y MOLINA DE JUAN, Mariel, *El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción. Cuando fondo y forma se encuentran*, en FERNÁNDEZ, Silvia (dir.), *Tratado de derechos de niños, niñas y adolescentes*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, en prensa.

quo: la convivencia del niño con los guardadores de hecho[87]. ¿Cuál es el mejor y superior interés para el niño o adolescente? ¿Permanecer con sus guardadores de hecho que se han constituido en su "centro de vida"? ¿O priorizar el régimen legal vigente que establece un registro de guardadores con fines adoptivos, del cual deben surgir los pretensos adoptantes, haciéndose hincapié en la irregularidad del modo en que comenzó el niño a vivir en la familia guardadora? Frente a este dilema se han desarrollado posturas antagónicas. En materia de guarda de hecho primaría el principio de "no innovar" en la situación en la cual se encuentra el niño, porque ello podría resultar perjudicial para su equilibrio emocional, siempre que se tenga en cuenta el interés superior, la idoneidad de los guardadores y el ambiente en que se desarrolla la personalidad. En síntesis, aquí se sostiene que si bien el juez no debe ceder a la política de los hechos consumados, cuando los hechos hablan con tanta crudeza, no habría modo de cerrar los ojos si la solución contraria daña gravemente a un niño"[88].

La posición contraria, en tanto –y que se alojaría en la solución de la Reforma–, afirma que no se puede conceder guarda con fines adoptivos a quienes la detenten de hecho sin haber observado los requisitos legales para ser considerados aptos como aspirantes a la adopción. Así, acorde la aclaración final de la norma, el paso del tiempo no puede consolidar ni convalidar una situación que contraría la regulación jurídica.

El artículo se correlaciona con lo dispuesto por el artículo 643 en punto a los casos que habilitan la delegación de la responsabilidad parental –interés del hijo y razones debidamente justificadas–, figura que se admite pero acotada en el tiempo –un año prorrogable por un año más por razones debidamente fundadas–. Asimismo, con lo dispuesto por el artículo 657 que posibilita el otorgamiento de la guarda

[87] FERNANDEZ, Silvia, *Adopciones, personas, tiempos y procesos. Sobre las principales razones de una regulación renovada de los procesos de adopción*, en RDF 58-2013, p. 95.

[88] HERRERA y MOLINA DE JUAN, ob. cit. Cfr. CSJN, D. J. 2005-3-326. Para ilustrar, ver el comentario de HERRERA y GROSMAN, *¿El tiempo sentencia? A propósito de un fallo sobre restitución y adopción del alto tribunal*, en J. A. 2005-IV, del 5-10-2005, LexisNexis, Buenos Aires, ps. 26-38.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

a favor de un tercero, en supuestos de *especial gravedad*, con intervención judicial, e igual duración temporal, vencido el cual el juez debe resolver la situación del niño mediante las pertinentes figuras legales –verbigracia, tutela–.

IV) Significado de la reforma

La opción legislativa adoptada pone fin en buena medida a los debates suscitados en derredor de la entrega directa y la guarda de hecho, mediante una norma que apunta a la *faz preventiva* del Derecho, desalentando la configuración de situaciones de hecho que encadenan posteriormente el obrar de los magistrados y operadores judiciales –verbigracia, Ministerio Público– como garantes del interés superior del niño. La extensión y flexibilidad que se otorgue a las acotadas excepciones que previó el artículo será materia que reflejará la praxis judicial y la impronta y compromiso con los derechos fundamentales de los niños en las decisiones que se adopten. Sin perjuicio de ello, la prohibición expresa y tajante de la guarda de hecho resulta de un valor educativo, preventivo y finalmente, aplicativo para resolución de los conflictos a presentarse, de elevado valor a la luz de la prioridad de la tutela de los derechos del niño y su condición de sujeto de derecho (art. 3°, CDN; Observación General N° 14 Comité de los Derechos del Niño; CIDH, *in re* "Fornerón" cit.)

Art. 612 *Competencia.* **La guarda con fines de adopción debe ser discernida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad.**

I) Resumen

El Código establece la regla de competencia a los fines del dictado de la decisión de guarda con fines de adopción, que tal como veremos en el artículo siguiente, no se regula como un proceso autónomo –a diferencia del régimen anterior–, sino como una decisión judicial habilitada a consecuencia del dictado de la declaración en situación de adoptabilidad y a fin de posibilitar el trámite del juicio de adopción.

II) Concordancias

Declaración judicial de la situación de adoptabilidad (art. 607); reglas de procedimiento (art. 609); reglas de competencia (art. 716). Ley 26.061, centro de vida (art. 3°, inc. f).

III) Interpretación de la norma

Establece la pauta de competencia a los fines de la decisión de la guarda con fines de adopción. Los artículos previos regulan la tramitación de la llamada "declaración en situación de adoptabilidad" (art. 607), figura no prevista en la ley 24.779 pero empleada en la praxis judicial como herramienta demarcatoria de la "divisoria de aguas" en la labor e intervención judicial con la familia de origen y la familia de adopción[89]. Esta declaración en situación de adoptabilidad se presenta como presupuesto básico para que un niño pueda encontrarse en condiciones de ser solicitada su guarda para adopción[90].

El mismo magistrado que ha dictado la situación de adoptabilidad es el competente para el otorgamiento de la guarda preadoptiva. Y es a la vez el magistrado que intervino en el control de legalidad de la medida excepcional (art. 609, inc. a). La razón de ser de la normativa tiene fundamento procesal y práctico: resulta más conveniente que el mismo juez que comenzó a intervenir en la situación del niño desde el origen de una medida de protección, continúe actuando no sólo para la definición de disociación del niño de sus lazos familiares –situación de adoptabilidad–, sino también para la decisión que lo vincula jurídicamente con los pretensos adoptantes –la guarda preadoptiva–.

De este modo se plasma el principio de concentración y de unidad en la intervención jurisdiccional, lo cual aparece a todas luces justificado[91].

[89] HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., t. I, ps. 492 y ss. Ver igualmente, SCJBA, 2-4-2003, Ac. 78.013; CCCom. de La Plata, sala II, 26-10-2004; CCCom. de San Isidro, sala II, 5-6-2005; CCCom. de Bahía Blanca, sala I, 13-12-2005, entre otros.

[90] CNCiv., sala M, J. A. 2000-IV-30.

[91] HERRERA, *El régimen adoptivo...* cit.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

La norma debe relacionarse con lo dispuesto por el artículo 716 del Código, bajo el capítulo dedicado a las *Reglas de competencia*, estableciendo para los procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes, que "En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida".

Se recepta así una norma calificada proveniente de la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, que elevó a la categoría de integrante del concepto constitucional de interés superior del niño a la noción de "centro de vida" (art. 3°, inc. f, ley 26.061), concepto que hasta ahora se sustentaba desde los convenios internacionales relativos a la sustracción internacional de menores[92]. La noción de centro de vida hace referencia al lugar en que niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido la mayor parte de su existencia en condiciones legítimas.

IV) Significado de la reforma

La regulación guarda una lógica consecuente con la determinación procedimental del juicio de situación de adoptabilidad, así como con las reglas de competencia establecidas en la sección pertinente en términos generales.

Art. 613 ***Elección del guardador e intervención del organismo administrativo.*** **El juez que declaró la situación de adoptabilidad selecciona a los pretensos adoptantes de la nómina remitida por el registro de adoptantes. A estos fines, o para otras actividades que considere pertinentes, convoca a la autoridad administrativa que intervino en el proceso de la declaración en situación de adoptabilidad, organismo que también puede comparecer de manera espontánea.**

[92] Convenio de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores, 1980.

Para la selección, y a los fines de asegurar de un modo permanente y satisfactorio el desarrollo pleno del niño, niña o adolescente, se deben tomar en cuenta, entre otras pautas: las condiciones personales, edades y aptitudes del o de los pretensos adoptantes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

I) Resumen

Se regula el mecanismo a seguir para la selección del/los adoptantes, la actuación oficiosa a tal fin de los operadores judiciales, así como las pautas a observar en esta selección, las que si bien no son taxativas, aportan directrices tendientes a evitar la arbitrariedad y favorecer la transparencia en las decisiones en la materia.

II) Concordancias

Ministerio Público (art. 103); sujetos del procedimiento de declaración en situación de adoptabilidad (art. 608); juicio de adopción (arts. 615 y ss.). Ley 25.854, Registro de Aspirantes a Guarda con fines de adopción.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

Una modificación trascendente que introduce el Código en este tema es la mutación de "los procesos" relativos al trámite adoptivo. En el régimen de la ley 24.779 se preveían dos procesos: el de guarda con fines de adopción y el de adopción propiamente dicho. La reforma, a la par que introdujo el proceso tendiente a la declaración en situación de adoptabilidad –que reconoce a su turno la preexistencia del proceso mixto administrativo/judicial de la toma y control de legalidad de una

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

medida de protección excepcional[93]–, elimina el carácter de "proceso autónomo" de la guarda preadoptiva, a la que sólo reconoce como parte de un *iter* direccionado a la obtención de la sentencia de adopción, trámite al que sí reconoce el carácter de "juicio" autónomo (Capítulo 4, arts. 615 y ss.).

Ya bajo el régimen anteriormente vigente se criticó al proceso de guarda preadoptiva, al que se calificó como proceso híbrido y contradictorio[94]. Esto, pues, si bien su objetivo estaría centrado en la ubicación del niño en otra familia para futura adopción, esa situación no estaría aún superada, desde que las reglas de procedimiento disponían la citación de los padres biológicos para prestar su consentimiento, con lo que la guarda preadoptiva podría incluso no configurarse ante la negativa de los padres o su retractación –considerada por el juez[95]–.

En la solución del Código, la subsunción del anterior proceso de guarda con fines de adopción –que aparece como paso legalmente obligado pero intermedio entre la situación de adoptabilidad y la adopción–, colabora directamente en la lucha contra el "factor tiempo", de trascendente peso en los procesos de adopción, obviando un segundo

[93] Art. 40, ley 26.061: "*Procedencia de las medidas excepcionales*. Sólo serán procedentes cuando, previamente, se hayan cumplimentado debidamente las medidas dispuestas en el artículo 33. Declarada procedente esta excepción, será la autoridad local de aplicación quien decida y establezca el procedimiento a seguir, acto que deberá estar jurídicamente fundado, debiendo notificar fehacientemente dentro del plazo de veinticuatro (24) horas, la medida adoptada a la autoridad judicial competente en materia de familia de cada jurisdicción. El funcionario que no dé efectivo cumplimiento a esta disposición, será pasible de las sanciones previstas en el Capítulo IV del Código Penal de la Nación. La autoridad competente de cada jurisdicción, en protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes dentro del plazo de setenta y dos (72) horas de notificado, con citación y audiencia de los representantes legales, deberá resolver la legalidad de la medida; resuelta ésta, la autoridad judicial competente deberá derivar el caso a la autoridad local competente de aplicación para que ésta implemente las medidas pertinentes".

[94] HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., t. I, p. 499. Calificando el derecho de los pretendientes de guarda preadoptiva como un derecho en expectativa o imperfecto o condicionado, STJ de Tierra del Fuego, 12-11-97, y CCCom. de Azul, sala II, 16-3-2000, ambos cits. por Herrera.

[95] ¿Cómo un mismo proceso puede tener finalidades tan disímiles: proteger el derecho personalísimo de los padres y, a la vez, analizar la idoneidad de personas a las cuales se las vislumbra como futuros adoptantes? HERRERA, ob. cit., p. 500.

proceso judicial con sujetos y reglas procedimentales, que sólo constituye ahora una figura para cumplir con la finalidad para la cual desde siempre fue transitado: evaluar el vínculo afectivo generado entre el/los adoptantes pretensos y el niño[96].

La eliminación de trámites procesales innecesarios que postergan las resoluciones en materia de adopción guarda relación con la necesidad de resolver estas situaciones en tiempos útiles, oportunos y eficaces, en beneficio no sólo de la situación de los niños sujetos de proceso[97] sino también de los pretensos adoptantes.

La exigencia de decisiones oportunas en materia de custodia, guarda y adopción ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por la CIDH en los siguientes términos: "en vista de la importancia de los intereses en cuestión, los procedimientos administrativos y judiciales que conciernen a la protección de los derechos humanos de personas menores de edad, particularmente aquellos procesos judiciales relacionados con la adopción, la guarda y la custodia de niños y niñas que se encuentran en su primera infancia, deben ser manejados con una diligencia y celeridad excepcionales por parte de las autoridades"[98].

El mismo Tribunal internacional agregó que "el mero transcurso del tiempo en casos de custodia de menores de edad puede constituir un factor que favorece la creación de lazos con la familia tenedora o acogedora. Por ende, la mayor dilación en los procedimientos, independientemente de cualquier decisión sobre la determinación de sus derechos, podía determinar el carácter irreversible o irremediable de la situación de hecho y volver perjudicial para los intereses de los niños y, en su caso, de los padres biológicos, cualquier decisión al respecto".

Esta consideración resulta vital considerando que ínterin transita el proceso de declaración en situación de adoptabilidad –y las pre-

[96] HERRERA, ob. cit.

[97] Y todos ellos, atendiendo a los efectos de las vinculaciones provisorias o "de tránsito", la negatividad de la institucionalización y especialmente el caso de los niños "mayorcitos" en los que el factor tiempo juega una drástica carrera contra su posibilidad de inserción en un futuro ámbito familiar definitivo.

[98] CIDH, 1-7-2011, "L. M. Medidas Provisionales respecto de Paraguay", consid. 16.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

existentes medidas de protección excepcionales– el niño/niña se encuentra en un ámbito institucional o familiar "de tránsito".

En el reciente caso "Fornerón" la CIDH reiteró que "para determinar la razonabilidad del plazo en la toma de decisiones se debe tomar en cuenta la afectación generada por la duración del procedimiento en la situación jurídica de la persona involucrada en el mismo, considerando, entre otros elementos, la materia objeto de controversia. Así, el Tribunal ha establecido que si el paso del tiempo incide de manera relevante en la situación jurídica del individuo, resultará necesario que el procedimiento avance con mayor diligencia a fin de que el caso se resuelva en un tiempo breve".

III.2) *Mecánica prevista por el artículo*

De manera directa e inmediata al dictado del auto de situación de adoptabilidad, se prevé la continuación del proceso por el juez, incluso de manera oficiosa y sin perjuicio de las peticiones del Ministerio Público –sujeto del proceso aunque no reconocido en carácter de *parte*, artículo 608, inciso d– o de los organismos administrativos de intervención –artículo 608, inciso c–.

De tal modo, declarada la situación de adoptabilidad –notificada y firme la misma– el juez selecciona a los pretensos adoptantes a través del listado obrante en el registro de aspirantes a adopción (ley 25.854). Estos aspirantes han sido previamente evaluados y declarados aptos, luego de su inscripción y examen por los equipos técnicos intervinientes.

La selección desde este registro es requisito esencial, conforme la sanción de nulidad absoluta que establece el artículo 634, inciso h.

Se prevé a estos fines la convocatoria de la autoridad administrativa que intervino en el proceso de declaración en situación de adoptabilidad, así como la facultad de este organismo de comparecer en forma espontánea. La referencia apunta a los Centros o Servicios de Protección de Derechos[99], organismos administrativos que oportunamente adoptaron la medida de protección de derechos excepcionales y trabajaron articuladamente con la justicia a partir del control de legalidad de la misma (ley 26.061).

[99] En las diversas denominaciones previstas por las variadas legislaciones provinciales.

El fundamento de esta convocatoria guardaría relación con el conocimiento que dichos organismos tienen de la situación integral del niño, niña o adolescente, así como de particularidades útiles a considerar en ocasión de seleccionar el ámbito futuro más ajustado a sus necesidades. Sin embargo, no puede dejar de advertirse que tratándose de una etapa en la que ya ha precluido el trabajo con la familia de origen en pos del retorno del niño a ese grupo familiar, la labor de los servicios de protección se desdibuja, no siendo por lo demás una instancia de intervención de estos servicios en la praxis actual del sistema de protección.

Se advierte omitida la mención de intervención necesaria del Ministerio Público –el que ha sido referido como sujeto del proceso de declaración en situación de adoptabilidad– la cual a los fines del presente artículo es necesaria e indiscutible en virtud de lo normado por el artículo 103 del Código y las respectivas leyes reguladoras de su función (ley 24.946; conf. resolución suprema de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Buenos Aires[100] que expresamente dispuso solicitar a los jueces del fuero de familia donde actualmente se encuentran radicados los legajos de pretensos guardadores que arbitren las medidas tendientes a viabilizar la intervención de los asesores de incapaces en la labor de selección.

El artículo predetermina cuáles son las pautas principales a tomar en cuenta por el magistrado en esta selección, las que no revisten carácter taxativo: las edades y aptitudes del/los pretendientes, sus condiciones personales, la idoneidad para cumplir con las funciones de crianza, sus motivaciones y expectativas frente a la adopción, el respeto de los mismos frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

Resulta importante la mención que en forma expresa efectúa la norma en cuanto a la posición y respeto de los pretensos adoptantes con relación al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente. Sin perjuicio de que esta pauta ya se interpretaba incluida en el concepto de "idoneidad" a valorar en relación con los adoptantes –en el marco del artículo 321 del código derogado[101]–, resulta tras-

[100] SCJBA, res. 458/12 del 4-5-2012.

[101] HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., t. II, p. 201. "Re-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

cendente que se lo incorpore como un estándar expreso a valorar por el magistrado y los operadores intervinientes al momento de la selección, lo que se correlaciona a su vez con lo dispuesto por el artículo 595 que reconoce como principio de la adopción "el respeto por el derecho a la identidad" (inc. b) del adoptado y "el derecho a conocer los orígenes" (inc. e).

En esta instancia de selección de postulante/s el juez debe citar al niño, niña o adolescente –lo que se prevé como un deber, concordante con el artículo 12, CDN, Observación General 12, del Comité de Derechos del Niño sobre el derecho del niño a ser escuchado (2009)– a fin de oír su opinión, la que habrá de ser tenida en cuenta conforme su edad y grado de madurez, y la competencia en relación a la concreta cuestión en debate (conf. art. 5°, CDN). Cabrá recordar que incluso el niño o adolescente con edad y grado de madurez suficiente reviste carácter de parte en el proceso de declaración en situación de adoptabilidad, pudiendo comparecer con asistencia letrada (art. 608); como también es parte en el juicio de adopción propiamente dicho (art. 618), respecto al cual se prevé incluso la necesidad de consentimiento expreso a partir de los diez años, sin perjuicio de su derecho a ser oído siempre, y aun por debajo de esa edad (art. 617).

IV) Significado de la reforma

La regulación del dictado de la guarda preadoptiva muestra una coherencia que ensambla con la establecida respecto al dictado de situación de adoptabilidad y la apertura del juicio de adopción. Se reglamenta con pautas básicas y centrales la mecánica de selección de aspirantes a guarda con fines de adopción, procurando aportar claridad a la función así como fortalecer la pretensión de resoluciones expeditas y oportunas, que desarticulen el peso y negativo impacto del factor tiempo en estas cuestiones.

cordando la importancia en explotar la faz preventiva del derecho en consonancia con la doctrina internacional de los derechos humanos, considero importante la idea de que una de las pautas de evaluación de los pretensos adoptantes deba ser su mayor o menor preparación en torno al acompañamiento y habilidad para contener al adoptado..." STJ de Chubut, 14-9-2005, RDF 2006-II-99.

Art. 614 *Sentencia de guarda con fines de adopción.* **Cumplidas las medidas dispuestas en el artículo 613, el juez dicta la sentencia de guarda con fines de adopción. El plazo de guarda no puede exceder los seis meses.**

I) Resumen

El *iter* hasta aquí descripto finaliza con el dictado de la sentencia de guarda con fines de adopción, que pone fin al proceso preexistente y habilita el inicio del juicio de adopción, que acorde con la pretensión de celeridad, será iniciado a pedido de parte –los guardadores–, de la autoridad administrativa, del Ministerio Público[102], o incluso de oficio por el magistrado.

II) Concordancias

Ministerio Público (art. 103); sujetos del procedimiento de declaración en situación de adoptabilidad (art. 608); juicio de adopción (arts. 615 y ss.).

III) Interpretación de la norma

Una vez efectivizadas las medidas dispuestas en el artículo precedente –selección de postulante/s del registro, entrevista y escucha del niño/a o adolescente–, el juez debe de inmediato dictar la sentencia de guarda preadoptiva.

A diferencia de lo dispuesto en el derogado artículo 316, que preveía la fijación de un plazo de guarda no menor de seis meses ni mayor de un año, a ser determinado por el juez, y en consonancia con la premisa de celeridad y neutralización del "factor tiempo" que ya hemos referenciado, se establece que el plazo de guarda "no puede exceder" el término de seis meses.

De la redacción se desprende que conforme las circunstancias de cada caso, el plazo podría ser menor, según lo considere el juez del proceso.

[102] Por las razones antedichas y argumentos esgrimidos al comentar el art. 103, a pesar de no ser mencionado en el art. 616.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

La eliminación del proceso de guarda preadoptiva como tal y ahora la reducción de los plazos de guarda colabora con la realización de la exigencia de Derecho Internacional ya mencionada, de resolución de las cuestiones relativas al cuidado y guarda de niños, niñas y adolescentes en un "plazo razonable".

Ha dicho la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "El derecho de acceso a la justicia debe asegurar la determinación de los derechos de la persona en un tiempo razonable. La falta de razonabilidad en el plazo constituye, en principio, por sí misma, una violación de las garantías judiciales"[103]. En ese sentido, la Corte ha considerado los siguientes elementos para determinar la razonabilidad del plazo[104]: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

La pretensión de *oportunidad* de las decisiones es exigible no sólo desde los derechos del niño sino también respecto a los pretensos adoptantes, acreedores, ambos extremos, del derecho a la consolidación de su estado de familia.

IV) Significado de la reforma

La previsión resulta armónica con la regulación íntegra de la materia, en particular, la consideración de la guarda preadoptiva como una sentencia y no un proceso, y la reducción del tiempo en guarda del niño, el que se establece en un máximo de seis meses, entendido como un tiempo suficiente a fin de verificar la adecuada inserción y vinculación del niño en ese ámbito familiar. Nótese que es el mismo plazo que se reconoció por el artículo 607 a los fines de que el juez decida sobre la situación de adoptabilidad (ciento ochenta días desde la adopción de las medidas de protección excepcionales).

[103] Cfr. "Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas", sent. del 21-6-2002, Serie C, N° 94, párr. 145, y "Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana", párr. 257.

[104] "Caso Genie Lacayo vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas", sent. del 29-1-97, Serie C, N° 30, párr. 77, y "Caso González Medina y familiares vs. República Dominicana", párr. 255.

CAPÍTULO 4

JUICIO DE ADOPCIÓN

Art. 615 ***Competencia.*** **Es juez competente el que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretensos adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión.**

I) Resumen

El Código modifica el régimen en materia de competencia en el juicio de adopción, al flexibilizar el sistema permitiendo que entienda en este proceso el mismo juez que intervino en el otorgamiento de la guarda o a elección de los pretensos adoptantes, el del centro de vida del niño de conformidad con lo que dispone el artículo 3° de la ley 26.061.

II) Concordancias

Adopción (art. 594); guarda con fines de adopción (art. 612); procesos de familia (arts. 706 y 716). Ley 26.061 (art. 3°, inc. f).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

Conforme lo dispuesto en esta norma, resulta competente el juez o tribunal del domicilio donde se otorgó la guarda con fines adoptivos o bien, a elección de los pretensos adoptantes, el del lugar donde el niño tenga su centro de vida si el traslado lo hubiere considerado en esa decisión.

Si bien en principio parecería conveniente que la adopción tramitara ante el mismo tribunal o juez que otorgó la guarda con fines de adopción, pues es el que cuenta con todos los elementos de análisis y conoce a todos los protagonistas de la historia de adopción desde el comienzo –involucra el proceso de declaración en situación de adoptabilidad–, la ley permite el ejercicio de la acción de adopción en otra sede judicial cuando éste es el lugar en el que el pretenso adoptado

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

tiene su centro de vida, si es que el traslado del niño fue tenido en miras en la decisión que otorgó la guarda.

El Código admite que sea competente el juez que otorgó la guarda para adopción por aplicación del principio de unidad, hábil para evitar reeditar el conflicto ante otro juez y así agilizar el mencionado "factor tiempo". Cabe recordar que el derogado artículo 321 disponía: "En el juicio de adopción deberán observarse las siguientes reglas: a) La acción debe interponerse ante el juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda..." Esta variable en materia de competencia se mantiene, pero no es el único que reconoce la ley en atención al interés superior del niño.

Sucede que el régimen actual amplía la posibilidad de elección del juez interviniente, facultando a los pretensos adoptantes a inclinarse por el juez correspondiente al domicilio en el cual el pretenso adoptado tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión.

El concepto centro de vida ha dado lugar a controversias interpretativas, en cuanto a su alcance y, finalmente, varios fallos y posturas doctrinarias han acordado en definirlo como un elemento fáctico que supone cierta estabilidad y permanencia, y alude al centro de gravedad o vida del niño. Este concepto ha tenido un gran desarrollo en el marco del Derecho Internacional Privado[105] y se ha extendido, en general, a todos los conflictos que involucran de manera directa a niños, niñas y adolescentes.

Así, hace referencia a una situación fáctica, que tiene componentes, físicos, ambientales, psicológicos, emocionales, de calidad de vida y vinculares[106], entre otros.

En nuestro ordenamiento legal, la Ley 26.061 de Protección Integral

[105] Ver, entre tantos trabajos, TAGLE DE FERREYRA, Graciela, *El interés superior del niño en la restitución internacional de menores*, en TAGLE DE FERREYRA, Graciela (dir.), *El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2009, ps. 297 y ss.

[106] Por *vínculo* entendemos "la manera particular en que un sujeto se conecta o relaciona con el otro, o los otros, creando una estructura que es particular en cada caso y para cada momento" (PICHÓN-RIVIÈRE, Enrique, *Teoría del vínculo*, Nueva Visión, Buenos Aires, 1985).

de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 3°, inciso f, define al "centro de vida" como "el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia". Por su parte, el decreto reglamentario 415/2006, aclara que "El concepto de 'centro de vida' a que refiere el inciso f, del artículo 3° se interpretará de manera armónica con la definición de 'residencia habitual' de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad". Es decir, aquél lugar donde el niño haya "echado raíces", donde haya transcurrido –en condiciones legítimas– la mayor parte de su existencia.

El centro de vida está constituido por un conjunto de sensaciones, sentimientos, vivencias, acerca de las personas, cosas o lugares que permiten una construcción subjetiva. Ésta se traduce en una sensación de bienestar, de seguridad, de sentido, de posesión, de sentimiento y de anclaje, no sólo en el lugar sino en o con las cosas.

Esto tiene especial relevancia porque, aunque pareciera algo obvio, no es lo mismo adoptar un bebe recién nacido que un niño adulto. Es posible que los niños más grandes hayan forjado lazos en un determinado lugar, su centro de vida.

Si bien es cierto que, por lo general, el centro de vida del pretenso adoptado será el de los guardadores, el Código focaliza en el niño y no en los adultos, por eso, a diferencia del código derogado, no menciona el domicilio del "adoptante" (que además, técnicamente, sería el "pretenso adoptante"), sino el "centro de vida" del pretenso adoptado.

Es importante señalar que en esta materia muchos de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fueron dictados en el marco de conflictos (positivos o negativos) de competencia suscitados entre juzgados en los que se había presentado la madre biológica del niño solicitando la restitución y los juzgados en los que los pretensos guardadores –sin guarda judicial, en muchos casos– habían intentado convalidar la situación de hecho mediante la promoción de un pedido de guarda preadoptiva.

Sin indagarse sobre la licitud o ilicitud de la guarda de hecho, la Corte federal ha entendido, sistemáticamente, que luego del transcurso

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

de un tiempo y el arraigo del niño en la familia guardadora, debe ser el juez que corresponde a ese domicilio el que entienda en la contienda, sea para el derogado proceso de guarda con fines a la adopción o en la adopción propiamente dicha.

Esta decisión se funda en que esa inmediación –conforme artículo 706– contribuye a una mejor protección de los intereses del niño, siendo que el contacto directo y personal del órgano judicial con aquél y con sus pretensos adoptantes es central para la decisión final: otorgar un vínculo filial adoptivo, con todo lo que ello significa[107].

El criterio así descripto, consolida la doctrina según la cual corresponde hacer prevalecer –por sobre todos los intereses en juego– el interés del sujeto más vulnerable y necesitado de protección; lo que se inscribe en el nuevo paradigma de la protección integral de los derechos del niño consagrado por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otra parte, cabe destacar que la normativa en análisis está en total consonancia con el principio general que sienta el artículo 716 en el Título VIII dedicado a los *Procesos de familia* en el cual, basado en el principio general en materia de competencia cuando involucra a niños y adolescentes que gira sobre la mencionada noción de "centro de vida", se dispone que "En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida". En lo particular, es decir, en la competencia en el juicio de adopción, el Código sigue esta línea legislativa general, amén de mantener la competencia del juez que otorgó la guarda para adopción, a elección de los pretensos adoptantes.

Por último, es dable señalar que el derecho de opción que prevé la norma en análisis, implica una facultad en los términos estrictos de la ley, pero no una prórroga de competencia, pues por tratarse de una cuestión en la que está interesado el orden público, tal alternativa no resulta posible.

[107] CSJN, *Fallos*: 324:2867; 329:3838; 26-3-2008, "A., M. S.", L. L., AR/JUR/1693/2008; 28-5-2008, "Vallejos Norambuena y otra", L. L., AR/JUR/3118/2008.

III.2) *Algunos avances en materia de centro de vida desde la jurisprudencia de la Corte federal*

La compulsa del desarrollo jurisprudencial de la Corte federal en los últimos años permite observar que no sólo se ha referido al "centro de vida", sino que incluso se ha apelado a esta noción para dirimir conflictos de competencia en el campo de la adopción, amén de su utilización en el mencionado campo del Derecho Internacional Privado, en particular, los conflictos de restitución internacional de menores.

Veamos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha apelado al "centro de vida" de niños, niñas y adolescentes como patrón a ser tenido en cuenta al momento de dilucidar algún conflicto relacionado con ellos, en especial cuando se refiere a aquellos que los afectan en forma directa citándose los relativos a la patria potestad, filiación, restitución, adopción y emancipación.

Así, ya la jurisprudencia constitucional recepta como pauta central para dirimir conflictos de competencia en los cuales se encontraran en pugna derechos de niños, niñas y adolescentes, la del juez del lugar de residencia actual de éstos. Sucede que, desde una mirada integral y sistémica, es dable afirmar que esta pauta del centro de vida se relaciona y condice con otras que pregona la Convención sobre los Derechos del Niño y sigue la ley nacional como ser la idea de los niños como sujetos de derechos y el derecho de éstos a ser oídos. Es que la inmediación juez-niño es un elemento fundamental a ser tenido en cuenta para verse materializado el "interés superior del niño". ¿Qué mejor principio para augurar tal acercamiento que el de que sea el juez del "centro de vida" del niño quien deba dirimir el conflicto que se trate?

En este sentido, cabe traer a colación, a modo de síntesis sobre el estado actual del desarrollo de la jurisprudencia constitucional, un conflicto de competencia negativa entre el Juzgado de Familia y del Menor de la Segunda Circunscripción Judicial de la ciudad de General Pico, Provincia de La Pampa, y el Juzgado de Familia y Menores N° 2 de la Segunda Circunscripción Judicial, de Villa Mercedes, Provincia de San Luis. La plataforma fáctica era la siguiente. Un matrimonio que tenía a un niño en guarda de hecho desde hace 4 años y medio, peticiona

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

la guarda para adopción ante el juez de su domicilio donde residían con el niño. Este juez se declara incompetente fundado en que: 1) el domicilio del niño es el de su representante legal de conformidad con lo previsto en los artículos 316 y 90, inciso 6°, código derogado, siendo el domicilio de la madre en San Luis, y 2) en que ésta debería prestar el debido consentimiento previsto en el artículo 317 del mismo cuerpo normativo. Por su parte, el juez de San Luis también se declara incompetente fundado en el principio de inmediación juez-niño y en aplicación del concepto de "centro de vida" que recepta el inciso f, del artículo 3° de la ley 26.061. La Corte Suprema de Justicia de la Nación hace suyo lo expresado por la procuradora en su dictamen en el cual afirma que "...la adhesión mecánica a un punto de conexión ficto, como es el que prevé el artículo 90, inciso 6° del Código Civil no se compadece con una recta hermenéutica constitucional de los preceptos aplicables a la situación planteada [...] estimo que la alusión al domicilio del menor que trae el artículo 316 del Código Civil como elemento de atribución, debe asumirse aquí en su acepción más amplia, esto es, con referencia al lugar de residencia habitual...", por lo tanto se asevera que "Es el juez del lugar de la residencia habitual de la menor quien se halla en mejores condiciones para garantizar y controlar tanto la legalidad como la razonabilidad de las decisiones que se adopten"[108]. Esta misma línea argumental es seguida en otro fallo de la misma fecha (en los autos "G., O. H. y A. S. B. c/S., M. E."), cuyo dictamen de la Procuración recuerda "que V. E. en oportunidad de resolver actuaciones cuyo objeto atañe al interés de menores, ha otorgado primacía al lugar donde éstos viven efectivamente, ya que consideró que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de los mismos (conf. *Fallos*: 314:1196; 315:431; 321:203, 329:3839, entre muchos otros). Es más, también se ha privilegiado en resguardo de la protección de incapaces el lugar de su internación sobre el principio de radicación (v. sentencia del 27 de diciembre de 2005, S. C. Comp. 1524, L.XLI, 'Cano, Miguel Ángel s/Insania' y, más recientemente en S. C. Comp. 194, LXLIII, 'Aristegui, María Alejandra s/Insania y curatela' del 25

[108] "V. N. y G. F. s/Guarda", publicado en *Actualidad Jurídica de Córdoba. Minoridad y Familia*, julio de 2008, año V, vol. 51, ps. 5453 y ss.

de septiembre de 2007). Esta solución considero contribuye a una mejor protección a los intereses del niño, ya que favorece un contacto directo y personal con el órgano judicial, y a una mayor concentración y celeridad en las medidas que deban tomarse en beneficio del incapaz. Por todo lo expuesto, opino que corresponde dirimir la contienda planteada disponiendo que compete a la señora juez titular del Juzgado de Menores de Tercera Nominación de Córdoba, seguir entendiendo en el proceso"; afirmando la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el considerando 10 que "en lo que hace a la protección de menores, la cuestión debatida en el caso de autos es análoga, en lo sustancial, a las decisiones de *Fallos*: 324:2486, 2487 y 325:339, en donde este tribunal sostuvo que corresponde al juez de la jurisdicción territorial donde se encuentran residiendo efectivamente los menores conocer en las actuaciones sobre protección de personas (art. 235 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, y art. 90, inc. 6° del Código Civil) ya que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa con la situación de éstos".

IV) Significado de la reforma

La reforma introduce una modificación esencial en materia de competencia en el juicio de adopción, disponiendo que debe entender el juez que corresponde al centro de vida del niño o, a elección de los pretensos adoptantes, la otra pauta de asignación de competencia que ya establecía el código derogado, el del lugar en el que se otorgó la guarda para adopción. Se trata de una modificación que se funda en principios constitucionales-internacionales, leyes especiales que los reafirman y, además, el desarrollo jurisprudencial de la Corte federal.

Esta nueva pauta de competencia que incorpora la reforma está en total consonancia con el principio de competencia cuando se encuentran involucrados derechos de niños, niñas y adolescentes y que sienta el artículo 3°, inciso f, de la ley 26.061, y que además el mismo Código recepta como principio general de todos los procesos de familia, siendo el de adopción uno de ellos.

La noción de "centro de vida" se funda, en definitiva, en la idea de que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen los

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

órganos de justicia, debe prevalecer el interés superior del niño por sobre cualquier otro, incluso el de los padres[109], y se debe velar por la protección integral de sus derechos y la asistencia más eficaz[110].

De esta forma, este artículo plasma el principio de inmediatez, lo cual supone facilitar el acceso a la justicia de las personas vulnerables –en este caso, las personas menores de edad– como lo disponen las 100 Reglas de Brasilia ya mencionadas en algunas oportunidades. Así, la noción de centro de vida supone facilitar que el niño acceda a la administración de justicia, dando prioridad para determinar la competencia de los tribunales en los casos en que sus derechos están en discusión, a la proximidad permanente del juez con el niño[111].

El Código modifica, entonces, la competencia en el juicio de adopción que establecía el artículo 321 derogado, que en su primera parte se la asignaba al juez o tribunal del domicilio del adoptante o del lugar donde se otorgó la guarda. El Código mejora sustancialmente la redacción, no sólo porque no se trataba del domicilio del adoptante sino del "pretenso adoptante", sino por que se focaliza en el niño, y es así que lo que interesa es el centro de vida de aquél, que suele ser el domicilio de los guardadores, pero siempre visto desde la perspectiva del principal protagonista de las historias de adopción: los pretensos adoptados.

Por último, cabe destacar que la competencia en el modo que la establece el Código en la normativa en análisis, está en total consonancia con el principio general que sienta este mismo texto legal en el artículo 716 referido a los procesos de familia en general.

[109] *Fallos*: 324:2867 y 325:346; 328:2870, entre otros. "La pauta *forum personæ* se profundiza y refina en el tamiz que aporta la noción *centro de vida*, que hace suya el art. 3°, inc. f, de la ley 26.061, como una derivación concreta del mejor interés del niño y al que recurre la comunidad jurídica internacional, cuando los asuntos de competencia afectan a la niñez (Conferencias de La Haya de 1894 sobre tutela, de 1961 y de 1996 sobre competencia y ley aplicable en materia de protección de menores y de 1980 sobre aspectos civiles de sustracción internacional de menores)". En autos: "Ferreyra, Miguel Ángel y otra s/Inhibitoria", *Fallos*: 331:1900, voto de los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco, Petracchi, Maqueda, Zaffaroni.

[110] Art. 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional.

[111] *Fallos*: 323:2021, 2388 y 325:339, entre muchos otros.

Art. 616 ***Inicio del proceso de adopción.*** **Una vez cumplido el período de guarda, el juez interviniente, de oficio o a pedido de parte o de la autoridad administrativa, inicia el proceso de adopción.**

I) Resumen

El juicio de adopción puede iniciarse una vez cumplido el período de guarda con fines de adopción, previsto en el artículo 614, ya sea por pedido de parte, o de oficio por el juez interviniente, o bien ante la solicitud de la autoridad administrativa correspondiente.

II) Concordancias

Adopción (art. 594); guarda con fines de adopción (arts. 612 y ss.); principios generales de los procesos de familia (art. 706); principio de oficiosidad (arts. 709 y concs.); acciones de estado de familia, inherencia personal (art. 713). Ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006.

III) Interpretación de la norma

El Código introduce modificaciones en lo relativo a quiénes están legitimados para iniciar el juicio de adopción.

Así, el régimen derogado también disponía que una vez cumplido el plazo de guarda para adopción quedaba habilitada la petición de la adopción en un juicio propio; sucede que en el nuevo texto, tal iniciativa también puede ser de oficio. ¿A qué se debe esta modificación? Al factor tiempo, el que tiene una presencia activa en todo el articulado que integra el régimen jurídico de la adopción por la relevancia que tiene este elemento en el interés superior del niño y, en especial, en respeto a su derecho a la identidad y a vivir en una familia; se faculta de manera expresa al juez para que pueda promover de oficio, ya vencido el período de guarda para adopción, el pertinente juicio de adopción.

Es por ello que el juicio de adopción puede ser solicitado a pedido de parte, pero también de oficio, por parte del juez que otorgó la

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

guarda para adopción y perfectamente está en condiciones para saber si el plazo de guarda se encuentra o no cumplido.

Así, la innovación que trae este artículo es que el juez de oficio puede iniciar el proceso propiamente dicho. El propósito de la legislación vigente de habilitar al juez que intervino en la guarda para adopción a promover la adopción, es evitar que se eternicen las guardas con fines de adopción y así, dilatar el ingreso del niño a una familia que le brinde cuidado, afecto y contención.

Esta ampliación se funda en el principio de oficiosidad que también es enunciado, de manera general, como principio procesal en el Título VIII del Libro Segundo sobre *Procesos de familia*, en especial, en los artículos 706 y 709. Precisamente, esta última normativa citada establece que en los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente y que ello no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces. Ello supone que las causas se impulsan oficiosamente, en este sentido se puede colectar prueba de oficio y dictar, en determinados casos, medidas urgentes[112].

Es importante destacar que se recoge la idea de un juez director del trámite con amplios poderes, máxime en materia de acciones de estado en las que se encuentre comprometido el orden público. Esta línea legislativa es la que se adopta en una gran cantidad de conflictos que involucra el Derecho de Familia. Así, se puede promover lo que corresponda cuando tenga noticia de un hecho que motive la apertura de una tutela (art. 111); en materia de alimentos, se pueden imponer al obligado incumplidor medidas razonables para asegurar la eficacia de la resolución y también puede hacerlo ante la reiteración de incumplimiento en el régimen de comunicación (arts. 553 y 557); si quien pretende acceder al expediente de guarda y adopción de una persona menor de edad que procura ejercer su derecho a conocer su historia de origen, el juez actuante puede, de oficio, dar intervención a los equipos técnicos (art. 596), entre tantos otros.

Este principio de oficiosidad no puede ser interpretado aisladamente,

[112] Por ejemplo, cuando el art. 579 del Código autoriza a disponer pruebas de oficio en el juicio de filiación, inclusive la prueba genética. Las medidas provisionales sobre personas también pueden ser dispuestas de oficio (cfr. art. 721, cód. derogado).

sino que se interrelaciona y se integra con los otros principios generales de los procesos de familia que se enuncian en el artículo 706, 1er párrafo cuando hace referencia a la tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oralidad y acceso limitado al expediente.

El régimen derogado nada decía sobre la facultad del juez de instar el juicio de adopción, sino que sólo establecía como único legitimado a los pretensos adoptantes, guardadores del niño.

Es claro que la norma en análisis, al propiciar la oficiosidad del juez, concuerda con la "constitucionalización" de los principios procesales, los que actúan como mandatos plenamente operativos para los jueces; teniendo en cuenta la especial naturaleza del derecho sustancial familiar que determina que el legislador no pueda abstenerse de traducirlos en reglas que, como indicadores mínimos, deben atenderse en los procedimientos en todo el territorio nacional.

Otra de las modificaciones que plantea el articulado en comentario también flexibiliza la legitimación activa en el proceso de adopción propiamente dicho, ya que menciona al organismo administrativo de protección de derechos de niños y adolescentes con el objetivo de compatibilizar la normativa legal civil con las leyes especiales, en este caso, la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

La legitimación del órgano administrativo para promover la acción de adopción se relaciona con el carácter de parte otorgado en este tipo de juicios, que se encuentra previsto en el artículo 617, y condice con el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes creado por la ley 26.061[113].

[113] A nivel provincial, compulsar las leyes de Promoción y Protección Integral de los Derechos de los Niños: ley 13.298 de la Provincia de Buenos Aires; ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; ley 9944 de Córdoba; en Corrientes la ley 5773 de adhesión a la ley 26.061; en Chaco ver la ley 5681 también de adhesión a la ley nacional; ley 4347 de Chubut; ley 986 en Entre Ríos; ley 5288 en Jujuy; ley 1270 en la Pampa; ley 7590 en La Rioja; ley 6354 en Mendoza; en Misiones la ley 3820; en Río Negro ver la ley 3097; en Salta la ley 7039, como así también en San Juan la ley 7338; en San Luis la ley 5430 de adhesión a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; en Santa Cruz la ley 2325 también de adhesión a la CDN; ley 12.967 de Santa Fe; ley 521 de Tierra del Fuego, y en Tucumán compulsar la ley 8293, leyes complementarias, modificatorias y decretos reglamentarios, entre otros.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

IV) Significado de la reforma

El Código introduce modificaciones en materia de legitimación activa para iniciar el juicio de adopción, ampliando quiénes pueden incoar la acción correspondiente en beneficio del niño, es decir que se decida en tiempo y forma, ni bien estén cumplidos los requisitos y plazos previos, la inserción de manera definitiva en una familia.

Estas modificaciones procedimentales en la adopción tienen que ver con la preocupación por el "factor tiempo" y el rol y las facultades del juez como director del proceso que no sólo están en el principio del proceso de la adopción que tiene que ver con el cuándo y cómo llegar a la decisión de adoptabilidad (cfr. arts. 607 y ss.), sino que también están presentes durante todas las instancias para llegar a la sentencia que emplaza a un niño en su estado de hijo adoptivo.

Art. 617 *Reglas del procedimiento.* **Se aplican al proceso de adopción las siguientes reglas:**

a) son parte los pretensos adoptantes y el pretenso adoptado; si tiene edad y grado de madurez suficiente, debe comparecer con asistencia letrada;

b) el juez debe oír personalmente al pretenso adoptado y tener en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez;

c) debe intervenir el Ministerio Público y el organismo administrativo;

d) el pretenso adoptado mayor de diez años debe prestar consentimiento expreso;

e) las audiencias son privadas y el expediente, reservado.

I) Resúmen

Para estar a tono con las grandes modificaciones que introduce el Código en el régimen adoptivo, el nuevo texto también plantea cambios en las reglas de procedimiento a seguir en el juicio de adopción. En este sentido, determina quiénes serán partes en el proceso; dispone para el juez la obligatoriedad de la escucha del pretenso adoptado, que en caso de que éste sea mayor de diez años deberá prestar expresamente

su consentimiento; amén de mantener otras reglas del régimen derogado como ser la reserva de las actuaciones y que las audiencias son privadas.

II) Concordancias

Ejercicio de derechos (art. 26); Ministerio Público (art. 103); fuentes de la filiación (art. 558); principios de la adopción (art. 595); declaración judicial de la situación de adoptabilidad (arts. 607 a 610); guarda con fines de adopción (arts. 611 y ss.); juicio de adopción (arts. 615 a 618); participación en el proceso de niños, niñas y adolescentes y personas con discapacidad (art. 707); acceso limitado al expediente (arts. 706 y 708). Ley 26.061 (arts. 3°, 24, 27).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Quiénes son parte en el juicio de adopción. Consideraciones generales*

El Código reconoce la complejidad de la filiación adoptiva, con toda la conflictividad que esto trae aparejado, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino por todas las implicancias no jurídicas que encierran este tipo de procesos, por lo cual se le da un espacio y así se valora a todas las personas que involucra la adopción.

De este modo, el Código amplía quiénes intervienen en el carácter de parte, recordando que la normativa derogada en su artículo 321 solamente entendía que podían intervenir en tal carácter el "adoptante y el Ministerio Público" (inc. b).

Esta restricción merece varias críticas. La primera de carácter formal. En el juicio de adopción quien interviene en el carácter de parte no sería técnicamente el "adoptante" sino los "pretensos adoptantes"; siendo que el vínculo filial adoptivo se genera o nace con la sentencia de adopción, más allá de que sus efectos luego se retrotraigan.

La norma en análisis amplía, de manera considerable, quiénes son tenidos como parte en un proceso de adopción, afirmando que son: 1) los pretensos adoptantes; 2) el pretenso adoptado que cuente con edad y grado de madurez. En este supuesto, cuando se trata del pretenso adoptado, se pone de resalto que éste debe contar con su propia asis-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

tencia letrada, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 27 de la ley 26.061 y el artículo 26 del nuevo texto legal civil.

Cabe destacar, que los padres de origen no son parte, ya que ellos deberían haber intervenido con pleno derecho de defensa en el proceso administrativo que prevé la ley 26.061 si ha habido una medida excepcional anteriormente o como antecedente, y en el juicio de declaración de adoptabilidad (conf. art. 608, inc. b). Sucede que es en ese primer proceso, que culmina con la declaración de la situación de adoptabilidad, el espacio procesal en el cual se dirime si el niño realmente está en condiciones para ser adoptado, es decir, si el mantenimiento o regreso del niño a su familia es o no viable.

De este modo, también fundado en el reiterado factor tiempo, el Código regula procesos claros con partes e intereses bien diferenciados y con pleno derecho de defensa en juicio.

III.2) *Los pretensos adoptantes*

Con la aclaración ya esgrimida en torno al cambio y precisión terminológicos que introduce el Código al referirse al pretenso adoptante y no al adoptante, esta figura se mantiene en la legislación vigente, y se le reconoce de manera expresa que intervenga en el proceso de adopción en el carácter de parte.

III.3) *El pretenso adoptado*

III.3.A) *El pretenso adoptado con edad y grado de madurez suficiente*

Una de las principales modificaciones del régimen adoptivo en general y que observa –entre tantas otras disposiciones– en la relativa a las reglas del juicio de adopción, en particular, quiénes intervienen en dicho proceso en el carácter de parte, es la que visibiliza y así revaloriza la participación activa del pretenso adoptado en un juicio en el que, nada más ni nada menos, se debate su inserción en otro núcleo familiar.

Esta incorporación del pretenso adoptado como parte en el proceso de adopción, que cuente con edad y el grado de madurez, se funda en varios principios constitucionales-internacionales que se derivan de

la consideración de los niños como sujetos de derechos, y así, su derecho a ser oído, a participar de manera activa en todo proceso que los involucre de manera directa y a tener en cuenta su autonomía progresiva y la consecuente posibilidad de ejercer por sí determinados derechos[114].

El derogado artículo 321 del régimen de adopción previsto por la ley 24.779 sólo establecía el derecho del adoptado a ser oído como sinónimo de escucha[115], no así de ser considerado parte.

Ahora bien, con la incorporación de la previsión en análisis se revaloriza al adoptado en el régimen adoptivo, reconociendo no sólo que es uno de los vértices del triángulo o tríada adoptiva, juntamente con la familia de origen y la pretensa adoptiva; sino que es el principal de este círculo. A tal punto que la norma en cuestión lo menciona en primer lugar.

Cabe recordar que principio rector del *interés superior del niño* (cfr. art. 3°, CDN; art. 3°, ley 26.061), en cuanto a la máxima satisfacción integral y simultánea de sus derechos en función de su condición como sujeto de derecho[116], al intentar ser materializado en el artículo 3° de la ley 26.061, se alude de manera expresa al derecho a ser oído[117] y a la importancia de tenerse en cuenta la edad y grado de madurez o discernimiento[118]. Esta consideración, más lo que se

[114] Ver, entre otros, GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia* cit., t. I, ps. 520 y ss. En lo que respecta a la participación del adoptado en su proceso de adopción ver HERRERA, *El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Código Civil. Más sobre la trilogía: Blanc* cit., ps. 84 y ss., y *La voz del niño en su proceso de adopción*, en J. A., número especial sobre *Protección de la familia*, 2007-IV-28 y ss.

[115] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Principios procesales y tribunales de familia*, en J. A. 1993-IV-681.

[116] El principio cumple una función correctora e integradora de las normas, constituyéndose en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. GROSMAN, Cecilia, *Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia*, en L. L. 1993-B-1095.

[117] Comité de Derechos del Niño, CRC 31° período de sesiones, C/15 del 9-10-2002.

[118] Arts. 3°; 14; 15; 19; 23; 24, inc. a; art. 27, inc. c, ley 26.061: "a participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés".

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

analizará en breve sobre el consentimiento del pretenso adoptado, constituyen dos lineamientos básicos en materia de debido proceso[119] que trae consigo el Código, para estar en total consonancia con principios constitucionales e internacionales ya citados.

Si bien el Código también regula –y mantiene– la escucha en el proceso de adopción del pretenso adoptado, la innovación no se refiere a este tema sino a la intervención como parte cuando cuenta con edad y grado de madurez suficiente, previendo en este caso que tal actuación sea con patrocinio letrado.

De este modo, una vez más, el Código intenta compatibilizar su regulación con las leyes especiales más actuales, en este caso, con la figura del abogado del niño que prevé el artículo 27 de la ley 26.061 (incs. c, d, y e).

Cabe recordar que el artículo 27 en su inciso c, establece que los niños, niñas y adolescentes tienen el derecho a ser asistidos por un abogado preferentemente especializado en derecho de niñez desde el inicio del proceso judicial o administrativo que lo incluya –abogado privado, o a cargo del Estado en caso de carecer de recursos económicos–.

Por su parte, el decreto reglamentario 415/2006 dispone que el derecho a la asistencia letrada previsto en el inciso c, del artículo 27 incluye el de designar un abogado que represente los intereses personales e individuales del niño, niña o adolescente en el proceso administrativo o judicial, todo ello sin perjuicio de la representación promiscua que ejerce el Ministerio Pupilar.

Este derecho resulta aplicable en sintonía con el principio de autonomía progresiva del niño y su consecuente derecho a participar activamente del proceso[120].

Esto implica la elección de un abogado que ejerza la defensa técnica

[119] En este sentido, véase que la SCJBA anula las sentencias dictadas con omisión de la escucha (v. gr., Ac. 78.446, del 27-6-2001; Ac. 71.380, del 24-10-2001).

[120] Cfr. LOYARTE, Dolores, *Incidencia del Sistema Legal de Protección de los Derechos del Niño en el Derecho de Familia. Panorama constitucional, civil y procesal de las cuestiones más relevantes*, en *Temas claves en materia de protección y promoción de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Provincia de Buenos Aires*, editado por el Instituto de Estudios Judiciales de la SCJBA y Unicef, 2011, p. 82.

de los intereses del niño, de manera diferenciada de las pretensiones del Ministerio Pupilar. A efectos de no confundir uno y otro rol, función o modo de intervención, la jurisprudencia ha sostenido que "Pretender asignarle la defensa técnica de la joven causante, no sólo resulta incompatible con el rol que le imponen el Código de Fondo y la ley del Ministerio Público, sino que pone en jaque y hace peligrar este nuevo desempeño que la Ley de Protección Integral de los Derechos del Niño coloca en su cabeza, esto es, el de garante de la satisfacción de los derechos de la infancia". "Ello conllevaría sin más a abdicar de su función natural, provocando la invalidez de todo pronunciamiento dictado en esas condiciones (conf. CSJN, autos P.2501.XXXVIII, sent. del 17-10-2007)"[121]. En igual sentido, se ha dicho que "resulta incompatible que un asesor de incapaces defienda en un mismo proceso los intereses particulares del niño en el rol de abogado del niño y, por otro lado, por intermedio de otro funcionario en el rol de asesor, dictamine de acuerdo a lo que él percibe como más conveniente para el niño, es decir dictamine conforme a Derecho y al interés superior del niño (art. 3° de la CDN), pues ello resulta insuficiente para proveer al niño la participación activa mediante una defensa técnica especializada como la que dispone el artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño"[122].

III.4) *Intervención del Ministerio Público y la autoridad administrativa*

III.4.A) *Intervención del Ministerio Público*

El Código aquí mantiene la vigencia de la intervención del Ministerio Público e incorpora en el proceso también a la autoridad administrativa, pero no en calidad de partes como en ulteriores instancias.

Así, y con relación al Ministerio Público, cabe recordar que el artículo 103 de este cuerpo legal dispone la actuación obligatoria del Ministerio Público respecto de personas menores de edad y de personas

[121] Dictamen de la procuradora de la SCJBA, en "P. s/Priv. de Patria Potestad y estado de adoptabilidad" del 4-6-2008.

[122] CCCom. de Mar del Plata, sala III, 19-4-2012, MJ-JU-M-71818-AR-MJJ71818-MJJ71818.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

con capacidad restringida, la cual puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. Complementaria, en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad y con capacidad restringida cuya falta de intervención causa la nulidad relativa del acto. Principal, cuando los derechos de los representados estén comprometidos, y exista inacción de los representantes, o bien cuando el objeto del proceso sea exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes, o cuando carecen de representante legal y sea necesario proveer dicha representación. Por otra parte, es dable destacar que esa línea está en consonancia con lo dispuesto por el artículo 84 de la ley 26.413 que regula el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, en el que se establece que todo proceso en el que se pretenda la modificación de una inscripción original, será por orden judicial y con intervención del Ministerio Público.

Siendo el objeto del juicio modificar de manera sustancial el vínculo filial de una persona la previsión de la ley 26.413 debe ser compatible con lo que se regula en materia de adopción; y así se hace.

III.4.B) *La autoridad administrativa*

En sentido concordante, en el juicio de adopción se mantiene la intervención y participación en el proceso, ya no en calidad de parte, de la autoridad administrativa.

Es dable recordar que, en la declaración de la situación de adoptabilidad, se le da intervención en calidad de parte al órgano administrativo que participó en la etapa extrajudicial (conf. art. 608, inc. c) revalorizando así su rol y el de las personas que lo integran, ya que en muchos casos van generando un vínculo y empatía con el niño a lo largo de las diferentes etapas del proceso. Esta previsión también pretende compatibilizar la legislación civil con la ley 26.061.

En este sentido, y de conformidad con cómo está regulado y edificado el sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes (arts. 32 y ss. de la ley 26.061), los organismos administrativos de protección son quienes realmente conocen a los niños,

con quienes se ha trabajado y se viene haciendo un acompañamiento en todo el *iter* que culmina con la inserción en otro grupo familiar.

Recordemos que según se explicita en el Código, en el juicio de declaración de la situación de adoptabilidad, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que dictó las medidas excepcionales, debe dictaminar sobre la situación de adoptabilidad y dicho dictamen debe comunicarlo al juez interviniente en el plazo de veinticuatro horas (conf. art. 607). Por lo tanto, se trata de una figura de relevancia en todo el proceso adoptivo.

Como ya se ha analizado oportunamente y allí nos remitimos, el órgano administrativo es parte en el juicio de declaración en situación de adoptabilidad (conf. 608, inc.), como así, participa en la selección de los pretensos adoptantes (art. 613).

III.5) *El derecho del pretenso adoptado a ser oído. Defensa formal y principio de autonomía progresiva*

La efectiva realización del concepto de autonomía progresiva sostenida a lo largo de este Código (cfr. arts. 64, 66, 404, 425, 572, 679 entre muchos otros) requiere la garantía del derecho del niño a ser oído, frente a cualquier cuestión que lo involucre[123], en este caso en particular en su propio juicio de adopción.

El carácter de parte, como se expuso, es un modo de participar pero no el único. De manera general, y cualquiera sea la edad y grado de madurez del niño, los pretensos adoptados deben ser escuchados de manera personal por el juez que interviene en el proceso, de conformidad con lo previsto en el artículo 707 que sigue la misma línea

[123] Conf. art. 3°, ley 26.061, a "ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos", respetando "su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento, y demás condiciones personales"; art. 24, derecho a "participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés..." en "todos los ámbitos [...] estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo". La ley diferencia la vigencia de este derecho en el ámbito procesal-judicial de los restantes, calificando al contenido del art. 24 como *Derecho a opinar y ser oído* y al ejercicio en el ámbito judicial (art. 27) como *Garantías mínimas de procedimiento*; "derecho a la libertad": "...tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades [...] y ejercerlo bajo la orientación de sus padres..." (art. 19). Obs. Gral. 12, CRC *Derecho del niño a ser oído.*

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que en el articulado en análisis se preocupa cuando se trata del juicio de adopción[124]. Cabe destacar que la edad y grado de madurez tiene importancia y así se destaca en el inciso c, del articulado en comentario en lo relativo a la valoración de la escucha, pero no para la efectivización del derecho a participar en lo que se refiere a la defensa formal o escucha propiamente dicha.

Veamos, lo normado por el código derogado que establecía que el juez oiría al adoptado "de acuerdo a la edad y situación personal". De esto se colegia que en los procesos de adopción la escucha era facultativa del juez. Esa facultad revestía un carácter discrecional a pesar de la numerosa jurisprudencia que consideraba en este tiempo que escuchar al menor constituía un imperativo para el juez o tribunal[125].

El Código introduce en este tema una modificación sustancial: la escucha es obligatoria ya que los niños no sólo se expresan por el lenguaje verbal, siendo relevante la edad y grado de madurez para valorar lo que éstos expresen.

En este sentido, en el sistema actual, *todo* pretenso adoptado debe ser imperiosamente oído personalmente por el juez, quien tendrá en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez acorde con la evolución de la autonomía progresiva del pretenso adoptado.

Como se puede observar, el Código diferencia defensa formal o escucha de defensa material o intervención en el carácter de parte y en ese caso, con su debido patrocinio letrado. Ambas cuestiones están reguladas y bien diferenciadas en el articulado en análisis.

[124] La citada Opinión Consultiva Nº 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que se "...deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso en la medida posible..."

[125] Entre ellos, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha sostenido que "El juez tiene impuesta en el juicio de adopción reglado por la ley 24.779 una regla de oro, es decir no una mera facultad sino un imperativo categórico: en todos los casos debe valorar el interés superior del menor (art. 321, inc. f, Cód. Civ.). Este mandato campea en todo el juicio de adopción y supedita cualquier interés individual al del niño" (SCJBA, Ac. 63.120 S 31-3-98, J. A. 1998-IV-29, L. L. B. A. 1998-848, JUBA B24499).

III.6) *Consentimiento del pretenso adoptado*

Conforme lo establece el inciso d, de la norma en estudio, se regula también otra tercera forma o modalidad que se deriva del derecho a ser oído o a participar en sentido amplio: el consentimiento.

Así, como el propio Código lo pone de manifiesto en el inciso f, del artículo 595 relativo a los *Principios generales* en la adopción, el pretenso adoptante que cuente con 10 años o más, debe prestar su consentimiento para que se perfeccione el acto.

Adviértase que dar el consentimiento es mucho más que oír al menor, ya que si éste no consiente el juez no puede ignorar su opinión siendo el consentimiento un acto jurídico y, como tal, un requisito ineludible para el otorgamiento de la adopción.

El consentimiento –informado– del pretenso adoptando reposa en los siguientes cuatro pilares sobre los cuales se estructura, la llamada "doctrina de la protección integral de derechos": 1) la condición de los niños como "sujetos" de derechos –en especial en lo que se refiere al goce o ejercicio de derechos–; 2) el interés superior del niño; 3) el principio de autonomía progresiva, y 4) el derecho a ser oído como sinónimo de participación[126].

¿Por qué el Código impone la necesidad de que el pretenso adoptado a determinada edad deba consentir su adopción? Por el valor pedagógico de la ley y por aplicación del principio de realidad: si un niño a cierta edad y grado de madurez no consiente, es decir, no está de acuerdo en insertarse en una determinada familia, esa adopción va al fracaso o, al menos, es una clara señal de que se debe trabajar más aún el vínculo o lazo afectivo para que la adopción sea realmente en beneficio del niño y, en definitiva, de todo el grupo familiar adoptivo. ¿Acaso no sería preventivo para evitar "devoluciones"? El Código se interesa, justamente, por prevenir el acaecimiento de situaciones complejas y tan dolorosas como lo es que los pretensos adoptantes al tiempo expliciten que no pueden u observan dificultades graves con el adoptado.

No debe perderse de vista que la adopción involucra un derecho

[126] HERRERA, Marisa, *La voz del niño en su proceso de adopción*, en J. A. 2007-IV-1095, Supl. J. A. del 12-12-2007.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

de raigambre constitucional de suma relevancia como lo es el derecho a la identidad. Claramente, este derecho humano que titulariza el adoptado se ve respetado si él participa en forma activa prestando su consentimiento en su proceso adoptivo.

Por su parte, cabe destacar que varias legislaciones comparadas siguen esta misma línea. Por citar algunas, el Código de Familia cubano en su artículo 107 dispone que "Cuando el menor de cuya adopción se trate tenga siete o más años de edad, el tribunal podrá explorar su voluntad al respecto y resolver lo que proceda"[127]. Por su parte, el Código Civil de Puerto Rico recepta el mismo límite de edad que nuestro sistema normativo, cuando en su artículo 134 al enumerar a las personas que deben consentir la adopción establece: "El adoptado mayor de diez (10) años"[128]. Asimismo, son varias las normativas que prevén la edad de 12 años para que el adoptado consienta su propia adopción[129], como ser el artículo 13 de la Ley de Adopción de Venezuela al disponer que "Sea cual fuere el tipo de adopción, se requiere el consentimiento del adoptado cuando éste sea mayor de doce años de edad". El Código Civil francés fija la edad de 13 años. Por último, varias legislaciones fijan la edad en los 14 años como ser México, Alemania, Malta e Italia[130].

[127] El Código de Familia de Panamá del año 1994 sigue esta línea al expresar en su art. 288 que "Si el menor tiene siete años o más de edad debe ser escuchado personalmente para conocer su opinión, y resolver lo que proceda".

[128] Esta misma postura es receptada por el Código Civil de Perú (art. 378.4).

[129] El *Adoption Act* de Victoria, Canadá, establece en el art. 13 quiénes son los sujetos que deben prestar el consentimiento para la adopción; en primer término enuncia al adoptado si tiene como mínimo 12 años de edad. En este mismo sendero se enrolan el Código Civil de Portugal (art. 1981), el Código de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes de República Dominicana (art. 126, párrafo II), el Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador (arts. 4° y 161, ya que se prevé el consentimiento del pretenso adoptado adolescente, el que se considera que es aquél que tiene entre 12 y 18 años de edad); la Ley de Adopción 1136/97 del Paraguay (art. 18, inc. c); el Código Civil de Brasil (art. 1621), por citar algunos.

[130] En esta tesitura se enrola el Código Civil alemán que en el segundo párrafo de la Sección 1746 dispone que si el niño ha alcanzado los 14 años de edad y no está incapacitado, puede revocar el consentimiento antes de que el tribunal se pronuncie sobre la adopción; en igual sentido se expresa el Código Civil de Malta (art. 115). Por último, el art. 7° de la ley italiana del 28-3-2001, N° 149, prevé en su art. 7° el consentimiento del niño en el proceso tendiente a la declaración del estado de adoptabilidad.

III.7) *Características de las actuaciones. Expediente*

En el último inciso se establece que el expediente será reservado y las audiencias privadas. En líneas generales conserva la redacción del régimen anterior del inciso f, del artículo 321 derogado.

Es fácil advertir que los asuntos que se ventilan en los tribunales de familia involucran a la intimidad de las personas y deben gozar de la protección de este derecho. Para poder responder a la confianza de los justiciables, debe garantizarse que estos aspectos íntimos no traspasen las puertas de los tribunales y estén vedados al conocimiento de terceros.

Particularmente, en los procesos de adopción, el carácter reservado y secreto del expediente no tiene por finalidad ocultar el origen de la filiación adoptiva ni se relaciona con la ficción de la sustitución del vínculo consanguíneo, sino que apunta a evitar prudentemente una publicidad del pasado del niño u adolescente, inconducente para el conocimiento de terceros ajenos al proceso, sin que quepa extender el alcance de la norma al ámbito registral de la adopción. El principio de reserva se acoge tanto en el Derecho de fondo como en las leyes procesales. Ello significa que en las cuestiones de familia el conocimiento que los terceros pueden tomar de las resoluciones judiciales tiene características especiales.

La publicidad de los actos procesales se restringe para garantizar la vigencia efectiva del principio de intimidad.

Esta obligación pesa, en primer lugar, sobre los miembros de los tribunales de familia (magistrados, funcionarios y auxiliares, cualquiera sea su ubicación jerárquica) e incluye a los letrados en su carácter de auxiliares de la justicia. En consecuencia, las autoridades al expedir copia de las actuaciones judiciales a terceros deben tomar los adecuados recaudos en orden a prevenir la violación del principio de reserva.

En este mismo sentido, el Reglamento para la justicia nacional, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, veda especialmente a los abogados, escribanos, procuradores o periodistas (arts. 63 y 64, inc. b), el acceso a expedientes relativos al Derecho de Familia o cuando se perjudiquen los derechos de los litigantes. Por otra parte, estos dos elementos que se destacan con relación al proceso de adop-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ción, también son tenidos en cuenta de manera general al regular en el Título VIII del Libro Segundo sobre *Procesos de familia* (conf. arts. 706 y 708).

Por otra parte, esta previsión se debe compatibilizar con lo normado en el artículo 596 que reconoce el derecho de acceder al expediente judicial y administrativo en el que tramitó la adopción, como también a otra información que conste en registros judiciales y administrativos y lo faculta a iniciar una acción autónoma a fin de conocer sus orígenes.

IV) Significado de la reforma

El Código introduce modificaciones sustanciales en cuanto a las reglas procedimentales en el juicio de adopción. Básicamente, en lo relativo a la intervención y participación del pretenso adoptado, al darle un rol activo en su propio proceso de adopción a través de tres figuras o modalidades que revalorizan su participación: 1) ser parte con su correspondiente asistencia letrada; 2) escucha personal con el juez cuya opinión es valorada según su edad y grado de madurez, y 3) el consentimiento a la adopción por parte del pretenso adoptado que cuenta con más de 10 años.

Otra de las modificaciones sustanciales se refiere a la intervención del organismo administrativo, que participa en este proceso, no ya en carácter de parte como lo viene haciendo en las instancias administrativas y/o judiciales anteriores al juicio de adopción.

De este modo, el Código no sólo está a tono con principios constitucionales internacionales en materia de derechos de niños y adolescentes, sino que a la vez compatibiliza la ley civil de fondo con leyes especiales que no sólo no son derogadas sino que son revalorizadas por el nuevo texto. En otros términos, el Código una vez más logra conciliar el procedimiento adoptivo con los principios, derechos y garantías establecidos en la ley 26.061 y su decreto reglamentario 415/2006.

Art. 618 ***Efecto temporal de la sentencia.*** **La sentencia que otorga la adopción tiene efecto retroactivo a la fecha de la sentencia que otorga la guarda con fines de adopción, excepto cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, cuyos efectos se retrotraen a la fecha de promoción de la acción de adopción.**

I) Resumen

La adopción se establece por sentencia judicial. En este marco, es relevante dejar establecido desde cuándo la adopción genera todos los derechos y deberes que se regulan. La sentencia de adopción tiene efectos retroactivos: 1) en todos los casos, a la sentencia de guarda con fines adoptivos, y 2) en el supuesto de adopción de integración, a la petición o promoción de este tipo adoptivo, siendo que no se necesita el otorgamiento de la guarda previa a la adopción.

II) Concordancias

Fuentes de la filiación (art. 558); concepto de adopción (art. 594); guarda con fines de adopción (arts. 611 a 614); adopción de integración (arts. 630 a 633); inscripción de la adopción (art. 637).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

El Código mantiene la regulación que establecía el artículo 322 del código derogado, según la última reforma del régimen adoptivo por la ley 24.779, en la cual se disponía que la sentencia de adopción tenía efecto retroactivo a la fecha del otorgamiento de la guarda y establecía que cuando se tratase del hijo del cónyuge, el efecto se retrotraía a la fecha de promoción de la demanda.

A su vez, esta previsión también era seguida en la anterior ley de adopción, la ley 19.134 en su artículo 13, pero aquí con una diferencia: la sentencia se retrotraía a la fecha de promoción de la acción y no del otorgamiento de la guarda, toda vez que la guarda podía ser otorgada por instrumento público o acto administrativo.

Por su parte, el Proyecto de 1998 introducía algunas modificaciones de redacción, aunque de fondo mantenía la línea legislativa del código

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

derogado y del vigente al exponer en el artículo 657: "*Efecto retroactivo*. La sentencia de adopción tiene efecto retroactivo al día de promoción de la acción y, si ha habido guarda judicialmente otorgada, al de comienzo de la guarda". Así, sin aludir de manera expresa a la adopción de integración, afirmaba que la sentencia de adopción se retrotrae a la fecha de promoción de la acción de adopción, y si había guarda judicial, a la fecha de la sentencia que la otorga, es decir, al comienzo de la guarda. ¿Cuál era la razón de esta amplitud o de no circunscribirse a la adopción de integración? La admisión de la guarda de hecho y la facultad de iniciar directamente la acción de adopción, por ende, la adopción de integración no es la única tipología adoptiva en la que la sentencia de adopción se retrotrae a la promoción o petición de la adopción.

El artículo aquí comentado establece que la sentencia de adopción tiene efecto retroactivo a la fecha en la que se otorgó la guarda con fines de adopción, que básicamente, es la fecha desde la cual se establece o genera el vínculo paterno filial adoptivo.

Distinto es el efecto previsto para la adopción del hijo del cónyuge o conviviente en unión convivencial que regula el Título III del Libro Segundo sobre las *Relaciones de familia*, ya que en dicho caso no se exige la guarda judicial (cfr. art. 632, inc. e).

Para estos casos de adopción de integración, la norma establece que cuando se trate de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente el efecto se remonta a la fecha de promoción de la demanda.

Asimismo, conforme lo dispone el artículo 637 del citado cuerpo legal, la sentencia de adopción, como así su revocación, conversión o nulidad se deben inscribir en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.

III.2) *El efecto retroactivo de la sentencia de adopción en la jurisprudencia*

El artículo 322 del código derogado, que es seguido en el Código vigente, ha observado algunos precedentes jurisprudenciales novedosos en los cuales la decisión gira en torno al efecto retroactivo de la sentencia para, nada más ni nada menos, establecer la existencia o no del vínculo filial adoptivo.

El primero de los precedentes que es dable destacar es el dictado por el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil, Comercial y de Familia de Río Cuarto en fecha 18 de noviembre de 2011[131], en el que se planteó la adopción de un niño que fallece durante el período de guarda preadoptiva, situación fáctica no resuelta de manera expresa por el Código ni por el anterior pero con una diferencia no menor: el actual sienta los principios sobre los cuales se debe elaborar todo conflicto relativo a la adopción, justamente, los que fueron tenidos en cuenta por el Juzgado en el caso para resolver la contienda.

La plataforma del caso era la siguiente. El niño E. nace el 11 de junio de 2001 en Río Cuarto, quien padece de una problemática neurológica que requiere tratamiento especial. Es dado en guarda judicial preadoptiva al matrimonio M. y B., casados desde el año 1997, el 9 de agosto de 2004. El 8 de septiembre de 2005 el Tribunal declara el estado de desamparo moral y material del niño y confirma la guarda judicial con fines de adopción. El matrimonio interpone demanda de adopción solicitando que sea plena. Durante la sustanciación del proceso, el 17 de marzo de 2010, el niño fallece como consecuencia de un accidente ocurrido en la vivienda familiar, con más precisión, presumiblemente por asfixia producida por una bolsa de nylon mientras jugaba con su perro. En este contexto, el matrimonio decide continuar el proceso excluyendo, de manera expresa y por si fuera necesario, cualquier beneficio económico.

El Tribunal destaca que como esta situación no está prevista en la ley, que tal vacío legal debe completarse "desentrañándose el verdadero sentido del instituto de la adopción". En este marco, se destaca que la adopción debe ser analizada a la luz del nuevo paradigma del Derecho familiar tras la reforma constitucional de 1994 que persigue: a) garantizar el interés superior del niño; b) que se declare en interés del niño; c) garantizar el derecho a la identidad; d) transparentar el origen de la filiación y condenar los orígenes ilícitos.

En esta línea se sostuvo que "La adopción se concibe, además, como un proceso de compromiso psicológico y emocional por parte de los adultos, con el fin de establecer un vínculo afectivo con el

[131] JCCFam. de 6ª Nom. de Río Cuarto, 18-11-2011, "M., C. R. c/B., S. B.", Abeledo-Perrot N° AP/JUR/288/2011.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

niño, lo que se erige a través de la convivencia cotidiana impregnada de afecto y cariño. Ello se ha producido de manera clara y efectiva en el caso [...] en los casi 7 años que E. vivió en el seno de la familia M. B."

Que "si bien el norte orientador debe ser necesariamente el respeto por el superior interés del niño, soy de la opinión de que a ello debe agregarse la identidad del menor, hoy fallecido. La misma no puede referirse en forma exclusiva a su origen biológico, sino como un concepto dinámico" y por ende que "La preservación de la identidad de E. se alcanza sobradamente a través del instituto de la adopción plena". Siguiéndose con el derecho a la identidad, se asevera: "No podemos olvidar que la identidad dinámica es recíproca, no sólo del niño sino también de los adultos, teniendo derecho ellos a que se les reconozca que tuvieron un hijo adoptivo y que ante el dolor de su pérdida, el vínculo afectivo quede debidamente constituido con la filiación adoptiva". Por lo tanto se resuelve que "No existiendo una prohibición expresa [...] debiéndose preferirse toda interpretación que favorezca la adopción [...] corresponde admitir la adopción plena", aseverándose que como en el caso ya se había otorgado guarda para adopción a los pretensos adoptantes, por aplicación del artículo 322 del código derogado que prevé que la sentencia de adopción se retrotrae al otorgamiento de la guarda, constituye otro argumento de peso para conceder la adopción a pesar del fallecimiento del pretenso adoptado. Este fallo permite vislumbrar de manera clara que la adopción es una figura que no sólo crea o reconoce –según el caso– determinado estado de hijo, sino también, y a la vez, un determinado estado de padres, y que para el reconocimiento de tal vínculo un elemento central es el otorgamiento de la guarda para adopción, momento al cual se retrotraen los efectos de la sentencia de adopción.

El otro es un precedente de la Corte federal más reciente, del 26 de septiembre de 2012[132]. Aquí también se había otorgado la guarda

[132] CSJN, 26-9-2012, M.73.XLVII, "Recurso de hecho deducido por el defensor oficial de A. M. D. S. en la causa «M. D. S., R. y otra s/Ordinario s/Nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos»", disponible en http://www.diariojudicial.com/documentos/2012_Septiembre/CSJN.ADOPCION.SUCESION.COSA_JUZGADA.pdf (fecha de consulta: 8-10-2012).

para adopción de un niño a una mujer, quien fallece en un accidente de autos antes de haber iniciado el juicio de adopción. Esta mujer tenía una cuantiosa herencia, por lo cual lo que se debatía era si este niño tenía derecho a heredar porque debía ser considerado hijo adoptivo de la mujer fallecida o, por el contrario, si los herederos –hermanas de la causante– debían presentarse a la herencia y obtener declaratoria de herederos a su favor. En primera y segunda instancias le dan la razón al niño quien fue representado por un tutor especial, concediendo la adopción plena. El Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos revoca la adopción y otorga la razón a los familiares de la guardadora fallecida. La Corte federal revoca y confirma la sentencia de las primeras instancias.

Uno de los argumentos esgrimidos a favor de la postura de la adopción plena y, en definitiva, de reconocer el vínculo jurídico adoptivo se funda en el artículo 324 del código derogado al afirmarse que "si el niño hubiera estado bajo la guarda preadoptiva de un matrimonio y uno de ellos falleciere, el artículo 324 del Código Civil autorizaría que sea adoptado por el cónyuge sobreviviente y como hijo del matrimonio, pero tratándose de una guardadora individual que fallece, dicha opción no existiría pese a verificarse la total integración del niño a la familia extensa de ella". ¿En qué se funda el artículo 324? Precisamente, en que la sentencia de adopción se retrotrae al momento de la guarda para adopción, por lo tanto, los guardadores pretensos adoptivos si después alguno de ellos fallece, la adopción se concede al matrimonio aunque uno de los miembros de la pareja hubiera fallecido. Éste es el supuesto de adopción *post mortem* basado, justamente, en el efecto retroactivo de la sentencia que establecía el artículo 322 del código derogado y que se mantiene en el Código de fondo vigente.

IV) Significado de la reforma

El Código mantiene el sistema legal que regulaba el régimen derogado al disponer que los efectos de la sentencia en la adopción se retrotraen al otorgamiento de la guarda previa o en miras a la adopción, salvo en el supuesto de adopción de integración cuyo efecto retroactivo

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

opera desde la presentación o petición de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, ya que el Código extiende este tipo adoptivo a las uniones convivenciales, de conformidad con el desarrollo doctrinario y jurisprudencial que receptan los artículos 599 y 602.

En definitiva, en lo relativo a la retroactividad de la sentencia de adopción, no se han introducido cambios respecto del régimen derogado.

CAPÍTULO 5

TIPOS DE ADOPCIÓN

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 619 ***Enumeración.*** **Este Código reconoce tres tipos de adopción:**

a) plena;

b) simple;

c) de integración.

I) Resumen

El Código reconoce tres tipos adoptivos. Cada uno de ellos observa tantas particularidades y diferencias entre sí que ameritan una regulación especial sobre cada una de ellas: plena, simple y de integración. Esta enumeración, con la cual se inaugura el capítulo relativo a los tipos de adopción, refleja la regulación tripartita que reconoce el Código.

II) Concordancias

Requisitos del matrimonio (art. 403); parentesco (arts. 529, 535); filiación (arts. 558, 559); tipos de adopción (arts. 620 a 633). Ley 26.413, Registro Civil.

III) Interpretación de la norma

El Código enumera los tres tipos de adopción que reconoce.

En pie de igualdad y sin preferir un tipo adoptivo sobre otro, establece que los tipos de adopción son la plena, la simple y la de integración.

Sucede que cada una de ellas presenta sus particularidades, estando destinadas a situaciones fácticas diferentes, por lo que se entendió que cada una de ellas amerita una regulación con reglas propias y bien definidas.

Cuántas similitudes y diferencias debe observar una institución o, en este caso, tipología adoptiva para que sea pertinente reconocerle un espacio legislativo propio. Esto es un interrogante que responde el Código al receptar una tipología tripartita y que se verá reafirmada al observar la regulación particularizada de cada uno de los tres tipos adoptivos.

De la enumeración que se realiza, se advierte que la adopción de integración adquiere autonomía y entidad propia en la reforma. Esta otra consideración también se podrá corroborar al analizar la especialidad que también presenta esta tipología que en la regulación anterior era considerada una especie dentro de la adopción simple. Como se indagará más adelante, esta afirmación fue puesta en crisis en varios precedentes jurisprudenciales y ciertas voces doctrinarias que defendían la posibilidad de que en algunas situaciones fácticas, la adopción de integración sea de carácter plena. Este cuestionamiento, como tantos otros, es lo que ha llevado a la legislación civil a admitir que la adopción de integración tiene entidad propia, con reglas que la diferencian de las otras dos.

IV) Significado de la reforma

Una de las principales modificaciones que introduce el Código gira en torno a la regulación sobre los tipos de adopción. Amén de las diferencias que se introducen en la regulación de cada uno de ellos (plena, simple y de integración); ya el admitir que los tipos adoptivos son tres constituye un cambio significativo y que define una determinada postura legislativa, en la cual se regula de manera particular cada uno de los tres tipos adoptivos.

La enumeración que recepta el Código es el punto de partida inicial

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

sobre el cual se edifica todo el régimen jurídico en materia de tipos adoptivos, los cuales son mencionados sin que ello implique un orden de preferencia. Por el contrario, y como se verá en la regulación de cada uno de los tipos adoptivos, ellos responden a situaciones fácticas diferentes o, incluso, puede haber algún entrecruzamiento como acontece con la adopción de integración que según el caso puede ser de carácter plena o simple.

El Código entiende –al igual que lo hace al regular las causas fuente de la filiación que también es tripartita– que cuando se ostenta tantas diferencias con otras figuras o se tiene tantas singularidades, se prefiere una regulación propia que permita mostrar en plenitud tales individualidades.

Art. 620 *Concepto.* **La adopción plena confiere al adoptado la condición de hijo y extingue los vínculos jurídicos con la familia de origen, con la excepción de que subsisten los impedimentos matrimoniales. El adoptado tiene en la familia adoptiva los mismos derechos y obligaciones de todo hijo.**

La adopción simple confiere el estado de hijo al adoptado, pero no crea vínculos jurídicos con los parientes ni con el cónyuge del adoptante, excepto lo dispuesto en este Código.

La adopción de integración se configura cuando se adopta al hijo del cónyuge o del conviviente y genera los efectos previstos en la Sección 4ª de este Capítulo.

I) Resumen

El Código define cada uno de los tres tipos de adopción con el objeto de ubicar a cada uno en su lugar, comprendiendo mejor cuál es el rol que tiene cada uno dentro de la institución de la adopción. La adopción plena mantiene su conceptualización centrada en la extinción de vínculos filiales con la familia de origen salvo a los fines de los impedimentos matrimoniales. La adopción simple también mantiene la conceptualización tradicional por la cual, en principio, sólo se crea vínculo jurídico entre adoptado y adoptante y no con los parientes del adoptante, y la adopción de integración que crea vínculo filial entre un niño y el cónyuge o conviviente del progenitor de origen.

II) Concordancias

Matrimonio (art. 403); uniones convivenciales (art. 510); parentesco (arts. 529, 534, 535); filiación (arts. 558, 559); adopción (arts. 597, 598, 599, 621, 622, 624, 627, 628, 630, 631); sucesiones (arts. 2430, 2432); derecho internacional privado (arts. 2636, 2638).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Concepto de adopción plena*

La adopción plena incorporada a nuestro plexo normativo a partir de la ley 19.134, artículo 14, e integrada al código derogado por la ley 24.779, artículo 323, mantiene en este Código una definición centrada en su efecto principal: la extinción de los vínculos jurídicos con la familia de origen como contracara del emplazamiento en el estado de hijo en la familia del o los adoptantes. A diferencia del código derogado, el efecto rígido de supresión de vínculos con la familia de origen podrá verse flexibilizado en tanto se den las circunstancias que así lo ameriten, léase, si el interés del niño aconseja necesaria tal flexibilización acorde a lo dispuesto en el artículo 621 de este cuerpo normativo.

Con respecto a la subsistencia de vínculos con la familia de origen, en principio, el Código mantiene la conceptualización de este tipo adoptivo existente en la ley 24.779, es decir, la sola subsistencia de los impedimentos matrimoniales en el caso de la adopción plena, a excepción de lo que se analizará en su oportunidad respecto de lo previsto en el artículo 624. En este punto, se ha tomado distancia de la propuesta del Proyecto de Código Civil del año 1998 (art. 658) en tanto preveía, como regla general, la subsistencia no sólo de los impedimentos matrimoniales sino también de los derechos sucesorios y alimentarios del adoptado.

Por otra parte, la definición conceptual del Código acompaña el cambio operado en el derecho filial, pues al explicitar los efectos de este tipo adoptivo en su faceta positiva menciona "los mismos derechos y obligaciones de todo *hijo*", descartando la vieja adjetivación de hijo "biológico" que imponía el derogado artículo 323. Recuérdese también que originariamente la ley 19.134, cuando equiparaba los efectos

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

de este tipo adoptivo, hablaba de hijo "legítimo", término abandonado definitivamente en nuestro sistema jurídico tras la sanción de la ley 23.264.

Sucede que al partir este Código no sólo de la igualdad de los hijos matrimoniales y no matrimoniales, sino también de la equiparación de los efectos de la filiación derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida, la filiación natural y la filiación adoptiva plena (art. 558), se tornó obligatorio abandonar los términos "hijo *biológico*" en pos de "hijo" sin más.

III.2) *Concepto de adopción simple*

La adopción simple, al igual que en el código derogado, *emplaza al adoptado en el estado de hijo, pero sin generar vínculos jurídicos entre el adoptado y la familia del adoptante como contracara del mantenimiento de los vínculos entre el adoptado y su familia de origen.*

En la conceptualización de este tipo adoptivo el Código introduce una modificación respecto al alcance personal de la regla restrictiva de generación de vínculos con la familia del adoptante del derogado artículo 329. Pues, a diferencia del texto anterior que consideraba sólo a la "familia biológica del adoptante", aquí se incluye en la restricción a todos los parientes del adoptante y a su cónyuge. En este sentido, teniendo en cuenta la regla establecida por el artículo 529 de este cuerpo normativo, al no hacer distinción expresa, deben entenderse incluidos los parientes del adoptante en línea recta o colateral ya sean nacidos de un parentesco por naturaleza, por técnicas de reproducción humana asistida o por adopción.

En lo que respecta a la última parte del derogado artículo 329, "los hijos adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí", este Código introduce un cambio al disponer en su artículo 598 que todos los hijos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí, en sintonía con lo ya previsto por el Proyecto de Reforma de 1998 (art. 659), con la salvedad de que aquí se debe interpretar la equiparación a tono con las tres fuentes filiales, es decir los hijos biológicos, los nacidos por técnicas y los adoptivos de un mismo adoptante serán considerados hermanos entre sí.

III.3) *Concepto de adopción de integración*

El Código presenta una novedad respecto a esta figura; la incorpora como un tipo adoptivo más con reglas propias acorde a sus especificidades. La regulación anterior, en cambio, sólo la consideraba de manera no sistemática y con normativas dispersas (seis eran los artículos que hacían mención a esta figura, arts. 311, 312, 313, 316, 322, 331). Esta falta de regulación integral había sido criticada desde la doctrina: "De esta forma se advierte palmariamente que nos encontramos frente a un verdadero fenómeno psicosocial, cuya dinámica propia no ha sido percibida por el legislador que no ha receptado este tipo de adopciones con la autonomía y funcionalidad suficientes dentro del régimen de adopción. No desconozco que las normas son abstracciones jurídicas que reconocen o imponen conductas, pero en materia familiar corresponde que necesariamente las mismas concuerden con la realidad y los fenómenos psicosociales que se intentan regular. La adopción integrativa debe tener un reconocimiento legal –como instituto jurídico propio dentro del régimen de adopción– mucho más amplio que el que surge de la actual normativa..."[133]

Haciéndose eco de esta necesidad, este Código prevé no sólo una regulación específica e integral, ordenando y sistematizando reglas dispuestas en la normativa anterior, sino también introduciendo modificaciones trascendentes acordes con el principio de igualdad y no discriminación si a tipos de familias se refiere.

En este sentido, ya en su concepto se advierte la ampliación respecto de qué tipos de familia podrán recurrir a esta figura; no sólo se podrá adoptar al hijo del cónyuge sino también al hijo del conviviente. Inclusión que había sido ya proclamada desde la doctrina; por ejemplo, en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Lomas de Zamora en septiembre de 2007 se concluyó por mayoría la obligación de "modificar el artículo 311 agregándose el inciso 3° en el sentido de la adopción del hijo del conviviente de una unión de hecho

[133] MORENO, Gustavo D., *La adopción integrativa y la necesidad de una nueva reforma del régimen de adopción*, en RDF 2000-17-47, Abeledo-Perrot Online N° 0029/000084.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

heterosexual que reúna las condiciones de estabilidad y permanencia debidamente acreditadas en el proceso de adopción"[134].

En consonancia con las críticas esgrimidas en doctrina[135] y jurisprudencia[136], el Código extiende la posibilidad de adoptar en forma integrativa también al hijo del conviviente. De esta manera, la adopción integrativa tiene como fin incorporar a un niño en la familia compuesta por su madre o padre junto con su cónyuge o conviviente, haciendo posible que el hijo de uno de ellos sea un hijo común.

Respecto a los efectos de este tipo adoptivo el artículo en análisis refiere a lo establecido en la Sección 4ª de este mismo capítulo, cabiendo recordar aquí, además, lo dispuesto en el artículo 599 en tanto suprime la restricción de la diferencia de edad –16 años– entre adoptante y adoptado cuando se trata de la adopción del hijo del conviviente o del cónyuge.

IV) Significado de la reforma

El artículo en análisis introduce una clara conceptualización de los tres tipos adoptivos reconocidos en la enumeración del artículo 619 con el fin de distinguir en forma genérica un tipo del otro. Justamente, estos conceptos servirán de base para determinar los efectos diferenciados en las tres secciones siguientes de este Capítulo 5.

A su vez, la caracterización efectuada pone fin a una larga discusión mantenida en doctrina sobre el valor propedéutico de la ley respecto

[134] XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Lomas de Zamora, 27, 28 y 29-9-2007, *Conclusiones*, Comisión Nº 5 Familia, disponible en http://www.casm.org.ar/nuevo/2007conclusioncivil.htm.

[135] Ver entre otros: SOLARI, Néstor E., *Protección constitucional de la familia*, en L. L. 2002-E-1108; *Nuevas formas de familia y adopción*, en L. L. Litoral 2007 (noviembre), p. 1047; GROSMAN, Cecilia y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *La adopción de integración y la familia "ensamblada"*, en J. A. 1998-III-1045; de las mismas autoras, *Familias ensambladas*, Universidad, Buenos Aires, 2000, ps. 208/209; MORENO, *Adopción integrativa y la necesidad de una nueva reforma del régimen de adopción* cit., p. 62.

[136] SCJBA, 21-3-2012, "N., M. D. y otra s/Adopción plena", L. L. B. A. 2012 (junio), p. 534; Trib.Coleg.Fam. Nº 2 de La Plata, 13-4-2010, "G., C. B.", DFyP 2011 (enero), p. 106; Trib.Coleg.Fam. Nº 5 de Rosario, 15-11-2006, "O., A. y otro", L. L. Litoral 2007 (febrero), p. 103.

a un tipo adoptivo por sobre el otro[137]. Es claro que de las definiciones esgrimidas no surge una preferencia axiológica legal a priori. Por el contrario, la conceptualización permite analizar ante el caso concreto cuál figura se adecua más satisfactoriamente a la realidad psicosocial de cada niño y su familia; brindando soluciones diferenciales ante hipótesis fácticas también diferenciales. Así ya lo venía sosteniendo alguna jurisprudencia incluso respecto al anterior régimen: "La ley 24.779 eliminó la preferencia legal por la adopción plena que otorgaba el texto anterior de la ley 19.134. Ninguna disposición prohíbe a los futuros adoptantes pedir la adopción simple (antes bien lo contempla el art. 330, Cód. Civ.), ni dice que el tribunal debe conferirla 'excepcionalmente', ambos tipos de adopción están en un pie de igualdad. En uno y otro caso el juez debe decidir, por motivos fundados, según cuál entiende que es la más conveniente para el interés del menor; en otras palabras, cuál satisface mejor el interés superior del niño"[138].

Art. 621 *Facultades judiciales.* **El juez otorga la adopción plena o simple según las circunstancias y atendiendo fundamentalmente al interés superior del niño.**

Cuando sea más conveniente para el niño, niña o adolescente, a pedido de parte y por motivos fundados, el juez puede mantener subsistente el vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia de origen en la adopción plena, y crear vínculo jurídico con uno o varios parientes de la familia del adoptante en la adopción simple. En este caso, no se modifica el régimen legal de la sucesión, ni de la responsabilidad parental, ni de los impedimentos matrimoniales regulados en este Código para cada tipo de adopción.

[137] Ver HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit.; MIZRAHI, *Objeciones constitucionales a la nueva Ley de Adopción (ley 24.779)* cit., p. 25; LEVY, Lea, *Régimen de adopción. Ley 24.779*, Astrea, Buenos Aires, 1997; LLOVERAS, Nora, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779*, Depalma, Buenos Aires, 1998.

[138] CCCom. de Mercedes, sala I, 9-6-2009, "B. A. y ot. s/Adopción", citado por BONZANO, María de los Ángeles y TAVIP, Gabriel, *Adopción. Compendio de jurisprudencia*, en *Summa de Familia* cit., t. III, Cap. IX, p. 2365.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

I) Resumen

Una de las novedades que incorpora el Código en el régimen adoptivo es la facultad del juez de flexibilizar los tipos de adopción, simple o plena. Se trata de permitir, según las circunstancias del caso, que la adopción plena mantenga subsistente vínculos o lazos jurídicos con algún miembro de la familia de origen y que la adopción simple genere o haga nacer algún vínculo o lazo jurídico con miembros de la familia del o los adoptantes. Esta flexibilización normativa responde al mejor interés superior del niño. La sentencia otorgará la adopción en forma plena o simple, razón por la cual la creación o mantenimiento de ciertos vínculos no es óbice para determinar una variación respecto a los efectos de cada tipo adoptivo presentes en las Secciones 2ª y 3ª de este capítulo. De este modo, no se modifica el régimen legal dispuesto respecto a los derechos sucesorios, la responsabilidad parental y los impedimentos matrimoniales.

II) Concordancias

Matrimonio (art. 403); adopción (arts. 595, 618, 620, 624, 627); procesos de familia (arts. 707, 716); sucesiones (art. 2430, 2432); derecho internacional privado (arts. 2635 a 2638).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Facultad judicial y el interés superior del niño*

El Código establece como barómetro para la definición del tipo adoptivo el interés superior del niño (ver este tomo, p. 16). De esta forma, el principio emanado de la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 3°) y la ley 26.061 (art. 3°) se convierte en un valladar para toda valoración apriorística respecto a qué tipo adoptivo establecer en cada sentencia de adopción. En este punto, es atinente traer aquí palabras de la Corte federal, "Que la atención principal al interés superior del niño a que alude el precepto citado apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses, y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al menor. El principio, pues, proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño. No sólo esa norma contempla como valor preferente el interés superior del menor, sino que él subyace en todo el plexo normativo de que se trata, y en el tema de autos aparece específicamente en el artículo 21, párrafo introductorio, en el que se señala que compete al Estado cuidar que en los procesos de adopción aquel interés sea la consideración primordial"[139]. Además, la Corte ha expresado insistentemente en sus sentencias, "que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar (conf. *Fallos*: 323:91; 328:2870; 331:147 y 2047)"[140].

El código derogado en su artículo 330 establecía que "El juez o Tribunal, cuando sea más conveniente para el menor o a pedido de parte por motivos fundados, podrá otorgar la adopción simple". En primer lugar, la norma facultaba a las partes por motivos fundados a solicitar una adopción plena o simple. Nótese, además, que la normativa anterior incluía en calidad de parte únicamente a los adoptantes y al Ministerio Público (art. 321), siendo generalmente los adoptantes los que solicitaban la adopción plena considerando principalmente su situación como adultos y pretensos padres y no la situación y conveniencia del niño. En segundo lugar, la regla derogada del artículo 330 facultaba a la autoridad judicial para determinar la adopción simple si era lo más conveniente para el niño, no imponiendo que este último –el interés del niño o su conveniencia– sea considerado como regla también a la hora de establecer una adopción plena.

A diferencia de lo normado en el régimen anterior, este Código

[139] CSJN, 2-8-2005, "S., C.", considerando 5, L. L. 2005-D-873.

[140] Citado en CSJN, 26-9-2012, "M. D. S., R. y otra s/Ordinario s/Nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos", considerando 17, http://www.csjn.gov.ar/docus/documentos/novedades.jsp.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

coloca, primero, en cabeza de la autoridad judicial la facultad de determinar siempre, no sólo en el caso de la adopción simple, el tipo adoptivo a aplicar en el caso concreto según el mejor interés del niño. En segundo lugar, no se faculta a las partes –pretensos adoptantes, pretensos adoptados con grado de madurez suficiente, Ministerio Público y autoridades administrativas intervinientes en la declaración de adoptabilidad– a solicitar determinado tipo adoptivo, sí, como veremos seguidamente, a solicitar el mantenimiento o creación de algunos vínculos por razones fundadas.

III.2) *Flexibilización de los tipos adoptivos*

La flexibilización de los tipos adoptivos ha surgido como respuesta a una necesidad real. Nuevamente *el principio de realidad*[141] aunado aquí con la piedra basal de los derechos del niño, su interés superior, obligaron a repensar las figuras rígidas de los tipos adoptivos establecidas por la ley anterior, que habían incluso sido tachadas de inconstitucionalidad por cierta jurisprudencia.

En esta tónica, encontramos la sentencia del Tribunal de Familia N° 2 de Mar del Plata con fecha 28 de marzo de 2008. La plataforma fáctica del caso era la siguiente, cuatro hermanos fueron dados en guarda judicial adoptiva a dos familias distintas, dos a una familia y otros dos a otra familia, luego de que el padre fuera condenado a cadena perpetua por el homicidio de la madre de estos niños. El matrimonio que tenía bajo su guarda a dos de ellos, de 11 y 14 años, solicita al juez su adopción. Los niños habían forjado vínculos afectivos con la familia extensa de sus pretensos adoptantes y mantenían vínculos afectivos y relación diaria con sus otros dos hermanos. ¿Si la realidad muestra la creación de vínculos afectivos, los vínculos jurídicos no deberían reflejarlo? En este sentido, el juez esgrime, "Por ello, entiendo que la dificultad planteada puede sortearse si se otorga la adopción plena pero se limitan en el supuesto en cuestión los efectos de este tipo adoptivo, para lograr respetar debidamente el mejor interés de J. C. y N. El análisis planteado y las normas supralegales a atender en el

[141] Sobre la materialización del Derecho y la justicia efectiva: LORENZETTI, Ricardo, *La decisión judicial en casos constitucionales*, en L. L. 2010-F-702 y ss.

caso, me permiten señalar que aunque el artículo 323 del Código Civil no es en sí mismo inconstitucional, en su aplicación a este caso –a mi entender– viola normas constitucionales de directa aplicación". Con estos fundamentos, se declara la adopción plena de estos dos niños, pero manteniendo el vínculo jurídico con sus otros dos hermanos dados en adopción simple a otra familia. Esta misma línea es seguida en un fallo de primera instancia del Juzgado Nacional en lo Civil N° 88 pero revocada por la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en un fallo del 27 de mayo de 2010, al considerar que el interés del niño se ve cumplido con la adopción simple y que "Las circunstancias del caso no revelan que se presente un supuesto de características excepcionales que haga procedente la invalidez del juicio de ponderación efectuado por el Congreso de la Nación en este ámbito del régimen establecido en la ley de adopción, toda vez que es, como es sabido, no cabe presuponer la inconsecuencia o la imprevisión del legislador". Por su parte, se destaca que el otorgar la adopción plena manteniendo subsistente el vínculo fraterno "convirtiendo en dificultosa la articulación de ambos regímenes cuando no ha existido debate y prueba sobre su conveniencia y sin que se encuentre debidamente justificada en el caso una solución excepcional de tales características para proteger el interés superior del niño". Las facultades judiciales que expresamente trae como novedad el Código, flexibilizan y así abren la posibilidad para que los jueces, en cada caso, puedan adaptar los tipos adoptivos –simple o plena– a la realidad social y jurídica que se plantea. De este modo, se tira por tierra esa mirada estricta y rígida que además, al tener que apelarse a la declaración de inconstitucionalidad de una norma, dificulta el otorgamiento de la adopción tomando lo mejor de cada uno de los tipos de adopción. Al comentar este precedente, Álvarez sostuvo que este tipo de fallos: "colocan en la agenda de debate con toda claridad una cuestión hasta ahora abordada sólo tangencialmente en la doctrina y jurisprudencia [...] Corresponde a la doctrina nacional realizar un profundo análisis sobre los argumentos que se esgrimen sobre la inconstitucionalidad de la adopción plena, a la luz de las respuestas que otorga el Derecho Comparado y sobre todo la interpretación armónica de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte de organismos con competencia internacional para

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ello"[142]. Ambos cuestionamientos han sido tenidos en cuenta y analizados en el Código, a tal punto que se introduce un articulado novedoso, totalmente equilibrado con todos los intereses en pugna y, en definitiva, a tono con la complejidad que presentan las situaciones de adopción.

El Código –intentando responder a estas situaciones desde el marco legal– establece la posibilidad de que a pedido de parte, por razones fundadas y siempre que sea lo más conveniente para el niño en el caso concreto, se mantengan o se constituyan determinados vínculos jurídicos.

Esta posibilidad, no es óbice para determinar judicialmente el tipo adoptivo, la adopción será simple o plena con los efectos previstos para cada una en este Código.

En caso de que lo más conveniente para el niño sea una adopción simple podrá restringirse la regla genérica de no generación de vínculo jurídico con la familia del o los adoptantes. De este modo, el niño podrá ser emplazado en el estado de hijo respecto de los adoptantes, manteniendo los vínculos jurídicos con su familia de origen, pero sumando a su familia, por ejemplo, a los padres de sus padres adoptivos, es decir, sus abuelos.

En cambio, si lo más indicado para el niño, teniendo en cuenta su realidad familiar concreta, es una adopción plena, podrá también verse restringida la regla genérica desprendida de su concepto. Es decir, podrá mantener uno o varios vínculos con los integrantes de su familia de origen, por ejemplo, sus hermanos[143].

[142] ÁLVAREZ, Atilio, *Adopción y vínculos fraternos*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* 2011-II-39, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

[143] MUÑOZ GENESTOUX, Rosalía, *¿Adopción simple o plena? Reflexiones acerca de la importancia de mantener los vínculos fraternos existentes*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* 2011-I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 128 y ss. Y también, JÁUREGUI, Rodolfo, *La ley, la Constitución, y la adopción plena de un niño con hermanos biológicos. Los hermanos sean unidos... ¿No es ésa la ley primera?*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* 2010-I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 138 y ss.

III.3) *Mantenimiento del régimen legal de cada tipo*

El último enunciado del artículo en comentario establece de forma clara lo expresado más arriba; esta facultad del juez de dejar subsistente ciertos vínculos o crear otros no implica que la sentencia no tenga que determinar qué tipo adoptivo es el más adecuado para el caso. En este sentido, los efectos previstos en este Código para cada tipo adoptivo coadyuvarán en la elección.

La norma establece en forma expresa que esta flexibilización, de darse, no incidirá en los otros efectos del tipo adoptivo dispuesto, respetándose lo previsto en cada sección respecto a la responsabilidad parental, derechos sucesorios o impedimentos matrimoniales.

IV) Significado de la reforma

La reforma, teniendo como eje el principio de realidad y como motor rector del instituto de la adopción el interés superior del niño y la preservación de los vínculos fraternos, opta por flexibilizar los conceptos rígidos establecidos en la normativa anterior, hoy derogada. "Para que el derecho no se desvanezca de la vida, para que la ley sirva a la justicia, nada más saludable que transitar por los cauces que va abriendo la realidad. La adopción tiene justificación y fundamentos en los valores justicia, solidaridad, paz social; de allí que el interés abstracto del legislador debe ceder excepcionalmente ante el interés concreto que se presente al juzgador (*De los llamados requisitos rígidos de la ley de adopción y el interés superior del niño*, en J. A. 1998-III-982)"[144].

Art. 622 ***Conversión.*** **A petición de parte y por razones fundadas, el juez puede convertir una adopción simple en plena.**
La conversión tiene efecto desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

I) Resumen

El Código permite que una vez conferida por sentencia judicial la

[144] Citado en voto del Dr. De Lázzari, SCJBA, 21-3-2012, "N., M. D. y otra s/Adopción plena", L. L. B. A. 2012 (junio), p. 534.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

adopción simple, el adoptado y/o los adoptantes puedan peticionar por motivos fundados la conversión en adopción plena. De este modo, el nuevo texto civil incorpora como novedad la posibilidad de conversión del tipo adoptivo para las sentencias de adopción dictadas en el territorio argentino, no limitando tal conversión al caso de adopciones conferidas en el extranjero previstas en el artículo 2638 de este Código. El nuevo tipo adoptivo tiene efectos para el futuro, una vez que la sentencia que lo concede esté firme, no importando modificación alguna respecto a relaciones personales y/o patrimoniales surgidas durante el período en que la adopción fue declarada de carácter simple.

II) Concordancias

Adopción (arts. 595, 618, 620, 624, 627); procesos de familia (arts. 707, 716); derecho internacional privado (art. 2638).

III) Interpretación de la norma

La posibilidad de convertir una adopción otorgada en forma simple a forma plena no estaba prevista en el régimen anterior de la ley 24.779. Si bien el artículo 340 del código derogado hacía mención expresa a la posibilidad de conversión del tipo adoptivo, circunscribía tal evento únicamente a las adopciones conferidas en el extranjero, "La adopción concedida en el extranjero de conformidad a la ley de domicilio del adoptado, podrá transformarse en el régimen de adopción plena en tanto se reúnan los requisitos establecidos en este Código, debiendo acreditar dicho vínculo y prestar su consentimiento adoptante y adoptado. Si este último fuese menor de edad deberá intervenir el Ministerio Público de Menores".

La ley 19.134 de 1971, al incorporar al régimen legal la figura de la adopción plena manteniendo la adopción simple ya existente, habría inaugurado en nuestro ordenamiento jurídico la posibilidad de conversión respecto de sentencias de adopción dictadas en nuestro territorio. El artículo 34 de aquella ley establecía: "Las adopciones anteriores a la vigencia de esta ley quedan sometidas al régimen de la adopción simple, pero podrán ser convertidas en adopciones plenas a

pedido de los adoptantes. Con consentimiento de los adoptados, si éstos hubieren alcanzado la mayoría de edad. También podrán pedirla los adoptados mayores de edad, con consentimiento de los adoptantes. La petición y el consentimiento podrán formularse por disposición de última voluntad".

Sin embargo, los motivos que justificaban las normativas referidas ut supra (art. 340, ley 24.779 y art. 34, ley 19.134) son bien distintos a las bases sobre las que se asienta la normativa prevista por este Código Civil.

En primer lugar, el Código regula la conversión respecto a una adopción simple conferida en el extranjero como un supuesto distinto con sus propias reglas en el Libro Sexto, Título IV referido a las *Disposiciones de derecho internacional privado*. Razón por la cual, de encontrarse ante este supuesto fáctico, habrá que remitirse a lo previsto en el artículo 2638 de este cuerpo normativo.

En segundo lugar, en lo que hace a la conversión de adopciones conferidas en el territorio argentino, los fundamentos para permitirla son otros muy distintos a los de la vieja ley 19.134, pues allí se la previó como solución respecto de las sentencias dictadas con anterioridad en el marco de un sistema donde únicamente existía la adopción simple. Aquí, en cambio, la conversión está pensada como respuesta legal ante cambios acaecidos en la realidad, intentando dar soluciones que respondan al mejor interés del niño y que visibilicen en el Derecho las transformaciones que su trayectoria familiar ha sufrido.

En este sentido, es dable recordar un caso resuelto el 3 de marzo de 2005 por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Lomas de Zamora en donde se autorizó el cambio de tipo adoptivo. Allí fueron los adoptantes y la adoptada los que solicitaron la conversión de una adopción simple, otorgada en el año 1986 por sentencia judicial con efecto retroactivo al 27 de agosto de 1984, a plena. La adoptada, al momento de la solicitud mayor de edad (21 años, régimen anterior a la ley 26.579), arguyó que no tenía intención alguna de mantener sus vínculos sanguíneos, renunciando a toda expectativa de derecho sucesorio con su familia de origen y pretendiendo consolidar desde lo jurídico la realidad familiar consagrada en la práctica. "No puedo entonces prescindir de los hechos que han sobrevenido desde

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

entonces. El paso del tiempo, y las propias circunstancias personales, hacen que la vida cambie. De ello no hay duda. De no acceder a lo que se pide, podría caer en un rigorismo excesivo que no se compadece con la tutela efectiva que debe brindar el órgano"[145].

El fallo, a diferencia de lo previsto por este Código, otorgó la conversión con efecto retroactivo al 27 de agosto de 1984. La distancia de este Código respecto a ese tipo de soluciones está centrada en el debido resguardo a la seguridad jurídica y en el efecto de la cosa juzgada. En este sentido, el Código asume una postura equilibrada, concediéndole a las partes la facultad de solicitar la conversión, pero limitando la facultad judicial de concederla sólo teniendo en mira los efectos a futuro.

¿Cuál es el fundamento de esta figura de la conversión de la adopción simple en plena, receptándose una excepción al principio de cosa juzgada? El respeto y protección de varios principios y derechos constitucionales-internacionales. Sucede que la sentencia de adopción es una "foto", cuando la vida de las personas es dinámica, es un devenir y se asemeja más a una "película". En este contexto, puede acontecer que los hechos o plataforma fáctica por la cual obligaron al juez a otorgar la adopción con carácter simple se haya modificado y ya no tenga razón de ser mantener vínculos con la familia de origen. Así, por ejemplo, puede ser que se haya otorgado en su momento la adopción simple porque la madre del niño que tenía una determinada enfermedad que le imposibilitaba hacerse cargo de su hijo pero que seguía teniendo relación afectiva cada tanto haya fallecido, o la desvinculación absoluta con la familia de origen[146], el afianzamiento de relaciones de afecto con toda la familia extensa de los adoptantes, etcétera. Ninguna de estas razones esgrimidas justifican la conversión per se, será la

[145] CCCom. de Lomas de Zamora, sala I, 3-3-2005, "Z. M. I.", L. L. B. A. 2005 (agosto), p. 851, del voto del Dr. Tabernero.

[146] Cabe traer aquí, como ejemplo, un caso reciente donde se solicitó y concedió la conversión de la adopción simple a plena luego de ocurrido el fallecimiento de la madre biológica de la niña y comprobada la no vinculación con el padre biológico luego de no haber mantenido contacto alguno con la niña desde el año 2002 (fallo de la CFam. de 2ª Nom., comentado el 21-9-2012, en http://www.comercioyjusticia.com.ar/2012/09/21/admiten-convertir-en-plena-una-adopcion-simple/).

circunstancia concreta de ese niño y su familia la vara para medir su conveniencia o inconveniencia.

¿Qué sentido tiene restringirle al niño que pueda insertarse plenamente en la familia adoptiva, generando vínculo jurídico con toda la familia de los adoptantes cuando no hay razones que ameriten que la adopción siga siendo de carácter simple? Éste es el interrogante central que yace detrás de la figura de la conversión.

IV) Significado de la reforma

El Código, por aplicación del principio de realidad y la consecuente importancia de receptar figuras más flexibles para que la ley pueda adaptarse a las distintas realidades sociales que se presentan, regula de manera expresa el instituto de la conversión mediante la cual la adopción simple puede verse transformada en plena.

La realidad es compleja y por ello lo considerado más conveniente para el niño en un momento determinado puede no serlo pasado cierto tiempo, y su interés superior exige que el Derecho acompañe tales transformaciones de manera equilibrada.

Las razones fundadas que las partes deberán esgrimir ante el juez podrán ser variadas, pero siempre deberán tener en mira la mayor conveniencia para la persona adoptada. Es decir, que los efectos que genera la adopción plena sean más beneficiosos para el niño que la simple, por lo cual amerita que ceda el principio de cosa juzgada que habría acontecido tras la sentencia firme de adopción simple.

Art. 623 ***Prenombre del adoptado.*** **El prenombre del adoptado debe ser respetado. Excepcionalmente y por razones fundadas en las prohibiciones establecidas en las reglas para el prenombre en general o en el uso de un prenombre con el cual el adoptado se siente identificado, el juez puede disponer la modificación del prenombre en el sentido que se le peticione.**

I) Resumen

El Código dispone como principio la obligación de respetar el pre-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

nombre (art. 63) del niño adoptado en tanto parte integrante de su derecho a la identidad, alcanzando sus dos fases, la estática y la dinámica. De este modo, el Código por aplicación del principio de especialidad deroga en forma expresa la aplicación de lo dispuesto por la ley nacional 18.248 en su artículo 13, en sintonía con un derecho de raigambre constitucional-convencional. Sólo de modo excepcional, por razones fundadas en las reglas previstas en el artículo 63 de este Código o por motivos que hacen a la realidad de ese niño, quien se identifica con un nombre distinto del registrado, se podrá peticionar al juez el cambio y éste otorgarlo acorde a lo solicitado.

II) Concordancias

Nombre (arts. 63, 68, 69, 70); adopción (art. 596); procesos de familia (arts. 707, 716); derecho internacional privado (art. 2636). Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

III) Interpretación de la norma

El Código introduce un cambio sustancial respecto al prenombre del adoptado. Las leyes de adopción anteriores a esta modificación (13.252, 19.134 y 24.779) no contenían norma alguna referida a la temática, sólo preveían disposiciones respecto al apellido del niño adoptado, dependiendo sus reglas del tipo adoptivo de que se trate.

Antes de la entrada en vigencia de este Código, la situación en análisis era resuelta por previsión del artículo 13 de la ley nacional 18.248: "Cuando se adoptare a un menor de seis años, los adoptantes podrán pedir el cambio del nombre de pila o la adición de otro. Si fuere de más edad, se le podrá agregar otro nombre después del que anteriormente tenía el adoptado, con la limitación del artículo 3°, inciso 5°". La norma no establecía distinción alguna entre la adopción simple o plena porque al momento de su sanción, año 1969, sólo existía en nuestro régimen la adopción simple. Sin embargo, doctrina y jurisprudencia fueron contestes en considerar aplicable este artículo a ambos tipos adoptivos.

De este modo, en la tensión entre la autonomía de la voluntad de los adoptantes y el orden público que resguarda el nombre en tanto atributo de la personalidad del niño adoptado, la regulación anterior otorgaba primacía a la primera.

Una vez acaecida la reforma constitucional del año 1994 con la consecuente jerarquización constitucional de los tratados de derechos humanos, entre ellos la Convención sobre los Derechos del Niño, muchas fueron las voces doctrinarias que consideraron que el artículo 13 de la Ley del Nombre estaba en franca contradicción con el derecho a la identidad del niño proclamado en el artículo 8.1 de dicho instrumento: "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas", muchas fueron también las voces que exigían una reforma legislativa acorde a su debido respeto[147].

En este sentido, la normativa en análisis viene a zanjar una larga deuda del ordenamiento jurídico, estableciendo como principio la no modificación del prenombre del adoptado en tanto manifestación de su *bios* y componente de su identidad, cualquiera sea el tipo adoptivo consagrado para el caso. Consagrando, de este modo, por aplicación del principio de especialidad, la derogación del artículo 13 de la ley 18.248.

Este principio de respeto al nombre del adoptado cederá sólo excepcionalmente a petición de parte de concurrir alguna de las siguientes situaciones, que el prenombre contraríe alguna de las reglas previstas en el artículo 63 de este Código, en especial, su inciso b, o que el niño sea reconocido y se identifique en su medio con un prenombre distinto al registrado.

Con respecto al primer supuesto, se sostuvo: "Advierto una clara situación fáctica que habilitaría la modificación del nombre de pila del adoptado: cuando el o los pretensos adoptantes ya tienen un hijo (biológico o adoptivo) y éste tiene el mismo prenombre que el niño

[147] Ver entre otros, D'ANTONIO, Daniel H., *Régimen legal de la adopción. Ley 24.779*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 168, citado en HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., t. II, p. 362; LEVY, *Régimen de adopción. Ley 24.779* cit., ps. 126 y ss.; LLOVERAS, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779* cit., ps. 243 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que ingresa a este núcleo familiar a través de la figura de la adopción"[148]. Adviértase, que el artículo 63, inciso b, contiene este supuesto de modo expreso, "no pueden inscribirse más de tres (3) prenombres, apellidos como prenombres, *primeros prenombres idénticos a primeros prenombres de hermanos vivos*[149]; tampoco pueden inscribirse prenombres extravagantes".

En cuanto al segundo supuesto, el centro de atención está puesto en el niño. Si es el mismo niño el que no se identifica con el prenombre registrado y ha construido su identidad sobre la base de un nombre de pila distinto con el que se reconoce y lo reconocen, es claro que tal modificación no es contraria a su derecho a la identidad, sino más bien su confirmación más palmaria.

Como podrá fácilmente advertirse, ambos supuestos de excepción no encuentran su asidero en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los pretensos padres adoptivos en detrimento de la identidad del niño, más bien responden a razones de orden público y al resguardo del derecho a la identidad del propio niño.

IV) Significado de la reforma

El Código ha dado respuesta a un largo reclamo doctrinario, incorporando al orden infralegal normativas de jerarquía superior como las mentadas por la Constitución y los tratados internacionales, en particular, el debido resguardo del derecho a la identidad del niño dado en adopción.

Una vez más, la constitucionalización del Derecho Privado[150] ha obligado al legislador a modificar normativas perimidas que contrariaban derechos fundamentales de las personas, en este caso, del niño en tanto sujeto de derecho más vulnerable, sin establecer distinción alguna respecto a la edad de este sujeto.

[148] HERRERA, *El derecho a la identidad en la adopción* cit., t. II, p. 371.

[149] El destacado nos pertenece.

[150] Ver LORENZETTI, Ricardo, *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en L. L. 2012-C-581; pero ya antes en: *El espíritu del Derecho Civil moderno (La tensión entre personas, economía y dogmatización)*, en L. L. 1992-C-1098.

Sea que el niño tenga 2 meses o 6 años, la excepción que permite el cambio del prenombre no estará asentada nunca en el libre albedrío de los pretensos adoptantes; por el contrario, la excepción deberá estar fundada en ser el mejor modo de preservar el derecho del niño a su identidad singular y única, no convalidando intenciones de adultos que traslucen el deseo de borrar parte de la historia y biografía de ese niño, su futuro hijo.

SECCIÓN 2ª

ADOPCIÓN PLENA

Art. 624 *Irrevocabilidad. Otros efectos.* **La adopción plena es irrevocable. La acción de filiación del adoptado contra sus progenitores o el reconocimiento son admisibles sólo a los efectos de posibilitar los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado, sin alterar los otros efectos de la adopción.**

I) Resumen

El Código mantiene la regla de las leyes 19.134 y 24.779 respecto de la irrevocabilidad de la adopción concedida en forma plena. Sin embargo, a diferencia de las previsiones legales derogadas y en sintonía con el debido resguardo del derecho a la identidad, *admite la posibilidad de que la persona adoptada inicie una acción de filiación contra sus progenitores o que éstos lo reconozcan en forma voluntaria una vez otorgada la adopción, sin que ello altere el vínculo adoptivo pleno.* La acción de filiación y el reconocimiento verán limitados sus efectos al nacimiento de derechos alimentarios y sucesorios en cabeza del adoptado con respecto al progenitor biológico.

II) Concordancias

Filiación (art. 558); determinación de la filiación extramatrimonial (arts. 570 a 573); acción de filiación (arts. 576, 579, 580, 581); acción de reclamación de filiación (arts. 582, 583, 585); adopción (arts. 595, 596, 620); alimentos (arts. 658, 659); responsabilidad parental (arts.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

700, 702, 703); procesos de familia (arts. 707, 716, 720); sucesiones (art. 2426); derecho internacional privado (arts. 2631 a 2634).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La irrevocabilidad de la adopción plena*

La adopción plena ha sido siempre en nuestro ordenamiento jurídico de carácter irrevocable. Tanto la ley 19.134 en su artículo 18, como la ley 24.779 en el artículo 323 del código derogado, disponían de forma expresa la irrevocabilidad como principal efecto de este tipo adoptivo, en contraste con lo que ambas normativas preveían para el caso de la adopción simple.

El Código mantiene tal efecto, pues es claro que si de la definición de este tipo adoptivo surge la extinción de todo vínculo con la familia de origen del adoptado, de permitirse la revocación, el adoptado no tendría vínculo filial alguno, desprotegiéndose sus derechos en todo sentido; alimentarios, sucesorios y personales.

En este punto, el Código se distancia de la propuesta legislativa del Proyecto de Código Civil de 1998, en tanto allí se establecía la posibilidad de revocación: "La adopción plena puede ser revocada por sentencia judicial, a instancia del adoptado capaz, por las causales que autorizan la privación de la patria potestad" (art. 660).

Este Código recepta la irrevocabilidad de la adopción plena en tanto constituye una ficción legal que coloca al hijo adoptivo en la misma situación de un hijo biológico o por técnicas de reproducción asistida del adoptante. Al producir las tres filiaciones –la natural, la devenida del uso de las técnicas de reproducción asistida y la adopción plena– los mismos efectos según este Código (art. 558), no es posible disponer sólo para una de ellas el carácter de revocabilidad en perjuicio y discriminación de los hijos adoptivos.

En este sentido, al igual que en las otras dos fuentes de filiación, cabrá la posibilidad, de darse alguno de los supuestos previstos en los artículos 700 o 702 de este cuerpo normativo, de decretar la privación o suspensión de la responsabilidad del o los adoptantes, pero no la revocación de la adopción.

III.2) *Acción de filiación o reconocimiento posterior*

El Código introduce una novedad respecto a las normativas anteriores que rigieron el instituto de la adopción. Abandonando la prohibición inserta en el artículo 327 del código derogado: "Después de acordada la adopción plena no es admisible el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos, ni el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación respecto de aquéllos, con la sola excepción de la que tuviese por objeto la prueba del impedimento matrimonial del artículo 323".

Teniendo en consideración el interés superior del niño, en tanto principio rector enumerado en el artículo 595, y el derecho de todo niño a conocer sus orígenes, el artículo en análisis adopta un punto de vista equilibrado, permitiendo la acción de filiación o reconocimiento del progenitor/a de origen una vez dictada la sentencia de adopción plena.

Parte de la doctrina había advertido la colisión existente entre el derecho a la identidad de orden constitucional-convencional y la prohibición de la acción de filiación o reconocimiento posterior de orden infralegal. En este sentido: "Autores como D'Antonio, Méndez Costa, Levy y Mizrahi, manifiestan que la adopción plena colisiona con el derecho a la identidad [...] En razón de ello, proponen una interpretación derogatoria de la norma que torna viable tanto el reconocimiento espontáneo como la acción de filiación –que la ley hoy prohíbe– al solo efecto de que se declare la maternidad o paternidad, sin que tal declaración afecte el mantenimiento del vínculo adoptivo"[151].

El Código sigue, en este punto, la propuesta del Proyecto de Código Civil de 1998, que en su artículo 658, último párrafo rezaba: "Después de concedida la adopción plena, se admite el reconocimiento del adoptado por sus padres biológicos y el ejercicio de la acción de reclamación de la filiación contra éstos, con las consecuencias legales en materia de impedimentos matrimoniales, derechos alimentario y sucesorio del adoptado, sin modificar ninguno de los efectos de la adopción".

De esta forma, se consagra en un mismo artículo el derecho de la persona adoptada a conocer sus orígenes y su interés superior, previ-

[151] CAPELLA, *Adopción y derecho a la identidad personal* cit., 2006, p. 101.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

niendo que el instituto de la adopción pensado y elaborado en función de la persona del adoptado se convierta en un perjuicio o detrimento de sus derechos personalísimos y patrimoniales.

III.3) *Efectos limitados de la filiación o reconocimiento posterior*

La acción de filiación otorgada al adoptado o la posibilidad de reconocimiento voluntario otorgada al progenitor de origen no modificarán los efectos previstos en este Código para la adopción concedida en forma plena.

Ante una filiación originaria desconocida al momento de dictar sentencia de adopción plena, se permite la acción o el reconocimiento posterior *sólo a fin de mejorar la situación del adoptado y de proveer a su mejor conveniencia.*

De este modo, *los efectos se encuentran limitados a los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado respecto al progenitor de origen*, en tanto es una excepción al principio de toda filiación que genera vínculos plenos para ambos integrantes del lazo filial, pues el progenitor de origen no tendrá derecho alguno sobre el patrimonio de su hijo biológico dado en adopción.

En este sentido, estableciendo un parangón con el Proyecto de 1998, el Código restringe la posibilidad de conceder derechos sucesorios y alimentarios únicamente ante un supuesto en donde la filiación de origen no estaba determinada al momento de dictar sentencia. En cambio, el artículo 658, primer párrafo del Proyecto de Código Civil de 1998, mantenía siempre estos derechos subsistentes en cabeza del adoptado en forma plena: "El adoptado deja de pertenecer a su familia anterior y se extingue el parentesco con sus integrantes y sus efectos jurídicos, con la excepción de los impedimentos matrimoniales y de los derechos alimentarios y sucesorios del adoptado".

Con respecto a los impedimentos matrimoniales subsisten tanto para el adoptado como para el progenitor biológico según lo dispuesto por la normativa general del artículo 620 de este Código.

IV) Significado de la reforma

En este campo la reforma ha significado un avance importante y

equilibrado, permitiendo que el adoptado conozca sus orígenes iniciando una acción de filiación o permitiendo el reconocimiento de su progenitor, sin que ello altere el vínculo jurídico consagrado con la adopción plena.

A lo que se le agrega una razón de orden práctico; esta apertura legislativa permite mejorar la situación patrimonial del adoptado, incluyendo la posibilidad de reclamar su derecho alimentario y sucesorio respecto a un progenitor desconocido al momento de dictarse la sentencia de adopción plena. La nueva realidad y el mejor interés del adoptado obligan a permitir esta apertura como modo de asegurar que la adopción plena no se vuelva un perjuicio para la persona adoptada.

Art. 625 ***Pautas para el otorgamiento de la adopción plena.*** **La adopción plena se debe otorgar, preferentemente, cuando se trate de niños, niñas o adolescentes huérfanos de padre y madre que no tengan filiación establecida.**

También puede otorgarse la adopción plena en los siguientes supuestos:

a) cuando se haya declarado al niño, niña o adolescente en situación de adoptabilidad;

b) cuando sean hijos de padres privados de la responsabilidad parental;

c) cuando los progenitores hayan manifestado ante el juez su decisión libre e informada de dar a su hijo en adopción.

I) Resumen

El Código establece pautas para guiar al juez en la determinación del tipo adoptivo pleno según las circunstancias y el interés del niño. Se utilizan operadores deónticos diferenciados para situaciones fácticas diferenciales. Es de destacar el paralelismo de este artículo con los supuestos que habilitan la declaración de situación de adoptabilidad previstos en los artículos 607 y 610 de este Código. En principio, el peso más fuerte está dado en la utilización del verbo "deber" para el caso de niños huérfanos de padre y madre o que no tengan filiación

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

acreditada (art. 607, inc. a). Sin embargo, ese deber ha de cumplirse preferentemente, pudiendo darse el caso de que en resguardo del mejor interés del niño lo más aconsejable sea una adopción simple. Además, el Código delinea tres supuestos que facultarán al juez a otorgar una adopción plena pero con menor grado de obligatoriedad.

II) Concordancias

Adopción (arts. 607, 610, 620, 621); responsabilidad parental (art. 700); procesos de familia (arts. 707, 716); derecho internacional privado (arts. 2635, 2636, 2638). Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

Varias son las modificaciones morfológicas que este Código introduce respecto a los supuestos fácticos que ameritan el otorgamiento de una adopción en forma plena, pero mayores son los cambios que introduce respecto al modo de entender esta enunciación en relación con la facultad judicial de otorgar la adopción plena o simple atendiendo a las circunstancias del caso (art. 621).

En este punto, el Código abandona en un doble sentido el enunciado con que iniciaba el artículo 325 del código derogado, "Sólo podrá otorgarse la adopción plena con respecto a los menores..." En primer lugar, no existe en este Código un listado taxativo que limite los casos en que se podrá otorgar una adopción plena, por el contrario, el artículo en análisis sólo constituye una pauta o guía objetiva que el juez tendrá en cuenta para ejercer su facultad de determinar el tipo adoptivo de acuerdo a las circunstancias de cada caso. En segundo lugar, las pautas no distinguen respecto a menores o adultos, la edad no será una razón que obstaculice el otorgamiento de una adopción en forma plena, téngase en cuenta que este Código permite incluso la adopción de integración en forma plena a diferencia de lo que establecía el régimen anterior.

En una lectura sistémica y por efecto residual, el Código observa

tres situaciones que implican diferentes supuestos fácticos y jurídicos que, debidamente analizados por el juez, pueden dar lugar al otorgamiento de la adopción plena.

III.2) *Los supuestos fácticos que pueden ameritar la adopción plena*

El Código dispone una gradación en la conveniencia de este tipo adoptivo según la situación familiar de cada niño. De este modo, enuncia como principio con mayor grado de obligatoriedad el supuesto de niños huérfanos de padre y madre o sin filiación acreditada, léase desconocida. Agrupando en un solo supuesto los dos primeros incisos previstos en el derogado artículo 325, "a) huérfanos de padre y madre, y b) que no tengan filiación acreditada", en tanto los niños no reconocidos por sus padres "se hallan en una situación de desprotección grave, que se asemeja a los menores 'sin padres', aunque sólo se trate de la indeterminación de la filiación"[152].

En estos casos, el juez deberá, preferentemente, ordenar una adopción plena. El fundamento del mayor grado de obligación está dado por la falta de vinculación con los progenitores de su familia de origen. En todo caso, de existir lazos afectivos con otros miembros de su familia, por ejemplo hermanos que no pudieron ser dados en adopción a una misma familia, podrá flexibilizarse el tipo de acuerdo a lo mentado en el artículo 621 de este cuerpo normativo.

Luego, el Código establece tres situaciones fácticas en las que, a priori, el grado de obligación disminuye; la autoridad judicial podrá optar por una adopción plena si el interés del niño así lo aconseja cuando se dan las circunstancias que seguidamente abordaremos.

En primer lugar, la declaración en situación de adoptabilidad. Aquí nos remitimos a lo analizado al comentar el artículo 607 de este Código, con la salvedad de que en este caso la referencia es exclusivamente al supuesto especial previsto en el inciso c, de dicho artículo –el fracaso de las medidas excepcionales de revinculación con la familia de origen del sistema de protección integral pasados los 180 días–. Esta referencia particularizada tiene razón de ser en que los otros incisos del artícu-

[152] LEVY, ob. cit., p. 227.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

lo 607 están contemplados en este artículo de modo diferencial; el inciso a, abarca la situación descripta ut supra, el inciso b, se refiere a la entrega libre e informada de los progenitores que analizaremos luego. Cabe notar aquí el cambio cualitativo que ha significado la redacción de este supuesto. Recuérdese que el artículo 325 derogado rezaba: "cuando se encuentren en un establecimiento asistencial y los padres se hubieran desentendido totalmente del mismo durante un año o cuando el desamparo moral o material resulte evidente, manifiesto y continuo, y esta situación hubiese sido comprobada por la autoridad judicial". En sintonía con lo dispuesto por el sistema de protección integral, ley 26.061, ningún niño podrá permanecer en un establecimiento asistencial o una forma familiar alternativa por más tiempo que el previsto para el cumplimiento de las medidas excepcionales –noventa días, más otros noventa días prorrogables sólo por razones fundadas–. No es óbice alguno para el límite máximo de 180 días que la medida de excepción sea consensuada por los progenitores, "cualquier consenso que pudieran manifestar los progenitores al tiempo de ser adoptada tal delicada medida en sede administrativa carece de toda entidad para enervar el posterior control judicial sobre su legalidad, en tanto no resulta viable colocar fuera del mismo tales situaciones de mayúscula desprotección"[153].

En segundo lugar, el Código menciona el supuesto en que los padres del niño hayan sido privados de la responsabilidad parental. En este sentido, para que el niño pueda ser dado en adopción plena la privación tiene que haber sido a ambos padres. Además, dentro del proceso judicial de privación de responsabilidad parental se considerará si existe algún referente afectivo o miembro de la familia extensa del niño capacitado para hacerse cargo de su cuidado, y en caso afirmativo se recurrirá a la figura de la tutela o guarda si el interés del niño así lo aconseja. Caso contrario, la privación de la responsabilidad parental de ambos progenitores equivale a la declaración judicial de situación de adoptabilidad (art. 610) y el juez podrá otorgar una adopción en forma plena si las circunstancias así lo aconsejan.

Por último, el Código menciona como supuesto factible para declarar la adopción plena la entrega en adopción libre e informada por parte de los progenitores del niño. Esta manifestación ante el juez, de acuerdo a lo previsto en el inciso b, del artículo 607, sólo será válida si se produce luego de transcurridos los primeros cuarenta y cinco días de vida del niño.

[153] SCJBA, 6-6-2012, "S. A., R. y otro. Abrigo", inédito.

IV) Significado de la reforma

La reforma introduce un cambio fundamental respecto al modo de comprender la dinámica entre un tipo adoptivo y otro. La ley 24.779 y su antecedente habían limitado en forma a priori y taxativa los supuestos en los que cabría otorgar la adopción plena. El Código, en cambio, a tono con el principio de realidad, no establece pautas fijas o inamovibles, pues fundamentalmente *serán las circunstancias y la mayor conveniencia de cada niño las que determinen qué tipo adoptivo conjuga mejor con sus derechos fundamentales.*

Asimismo, la reforma ha significado un avance respecto a situaciones irregulares que sucedían en la práctica; chicos institucionalizados por años, medidas excepcionales que trasvasaban holgadamente los límites establecidos por la ley 26.061, no respetándose el derecho de todo niño a vivir en una familia, primero la de origen y de no ser posible una familia alternativa. Disponer reglas claras, con plazos determinados, ha sido uno de los grandes aciertos de la reforma con respecto al instituto de la adopción y al resguardo de los derechos fundamentales de los niños.

Las pautas esgrimidas en este artículo serán una guía objetiva más que el juez tendrá en cuenta a la hora de establecer en el caso concreto cuál es el tipo adoptivo que mejor se adapta a la realidad del niño y su familia.

Art. 626 *Apellido.* **El apellido del hijo por adopción plena se rige por las siguientes reglas:**

a) si se trata de una adopción unipersonal, el hijo adoptivo lleva el apellido del adoptante; si el adoptante tiene doble apellido, puede solicitar que éste sea mantenido;

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

b) si se trata de una adopción conjunta, se aplican las reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales;

c) excepcionalmente, y fundado en el derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada, se puede solicitar agregar o anteponer el apellido de origen al apellido del adoptante o al de uno de ellos si la adopción es conjunta;

d) en todos los casos, si el adoptado cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, el juez debe valorar especialmente su opinión.

I) Resumen

El Código se ocupa de regular el apellido en la adopción plena. Para ello tiene en cuenta si se trata de una adopción unilateral o de una adopción bilateral o conjunta. Para el caso de la adopción de persona sola, el adoptado llevará el apellido del adoptante. En caso de ser éste compuesto se podrá solicitar su mantención. Para el caso de adopción conjunta, matrimonial o convivencial, el Código remite a lo dispuesto en el artículo 64. Es decir, el adoptado llevará el primer apellido de uno de los adoptantes y, en caso de no haber acuerdo entre los adoptantes, se determinará por sorteo. A pedido de los adoptantes o del adoptado con grado y madurez suficiente se podrá solicitar que se agregue el apellido del otro adoptante. En forma excepcional, en resguardo del derecho a la identidad del adoptado, a petición de parte interesada el juez puede disponer que se agregue o se anteponga al apellido del o los adoptantes el apellido de origen del adoptado. A tono con el principio de autonomía progresiva, el Código dispone la obligación del juez de oír y valorar en forma especial la opinión del pretenso adoptado de acuerdo a su edad y grado de madurez.

II) Concordancias

Persona menor de edad (art. 26); nombre (arts. 64, 65, 68, 70); adopción (arts. 599, 602, 603, 604, 605, 617, 620); procesos de familia (arts. 707, 716); derecho internacional privado (art. 2636).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Adopción unipersonal*

El Código mantiene con respecto a la adopción plena unipersonal la misma regla respecto al apellido del adoptado dispuesta en el artículo 326 del código derogado: "El hijo adoptivo llevará el primer apellido del adoptante, o su apellido compuesto si éste solicita su agregación". Se agrega aquí la obligación del juez de valorar la opinión del adoptado de acuerdo a su edad y grado de madurez suficiente.

Cabe recordar aquí que este Código habilita a las personas casadas o en unión convivencial a adoptar en forma unipersonal en caso de que el cónyuge o conviviente haya sido declarado incapaz o de capacidad restringida y en caso de encontrarse separados de hecho (ver art. 603, supra p. 73).

III.2) *Adopción conjunta*

En el marco de una adopción conjunta el apellido del adoptado será resuelto según las reglas generales establecidas para el caso de los hijos matrimoniales, siempre teniendo en consideración la opinión del adoptado que cuente con edad y grado de madurez suficiente. Comentaremos brevemente los cambios sobre este supuesto, pero para una mayor explicación, remitimos a lo analizado en el artículo 64.

En este punto, el Código deroga la discriminación introducida en el régimen del apellido de los hijos adoptados establecido por la ley 26.618. Recuérdese que el artículo 326 derogado establecía: "...En caso que los adoptantes sean cónyuges de distinto sexo, a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del padre adoptivo o agregar al primero de éste, el primero de la madre adoptiva...", en cambio, si eran parejas del mismo sexo, "...a pedido de éstos podrá el adoptado llevar el apellido compuesto del cónyuge del cual tuviera el primer apellido o agregar al primero de éste, el primero del otro. Si no hubiere acuerdo acerca de qué apellido llevará el adoptado, si ha de ser compuesto, o sobre cómo se integrará, los apellidos se ordenarán alfabéticamente..."

A diferencia de su antecesor, el Código dispone la misma regla

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

para la determinación del apellido de los hijos, sin distinciones basadas en la orientación sexual de sus padres. Además, establece para el caso de adoptados por parejas en unión convivencial, las mismas reglas que para los hijos adoptados por un matrimonio.

A lo que se agrega otra consideración de suma importancia, la remisión a las reglas del artículo 64 está sustentada en la igualación de los adoptados plenos respecto de los hijos biológicos o por técnicas de reproducción asistida prevista en el artículo 558 de este Código, con las particularidades que seguidamente analizaremos.

Por último, cabe hacer notar aquí que para el supuesto excepcional de que se otorgue una adopción conjunta luego de producido el fallecimiento de uno de los guardadores, rige con respecto al apellido del adoptante lo dispuesto por el artículo 605 al que remitimos.

III.3) *Apellido de la familia de origen*

El Código innova en esta materia, permitiendo agregar o anteponer el apellido de origen del adoptado al apellido del adoptante si es una adopción unilateral, o al de uno de los adoptados si es una adopción conjunta, permitiendo la petición tanto a los adoptados como al adoptante con edad y grado de madurez suficiente. Recuérdese que la ley 24.779 no incluía esta previsión, permitiendo únicamente agregar el apellido de origen a los adoptados en forma simple siempre que lo peticionaran una vez alcanzada la mayoría de edad, "La adopción simple impone al adoptado el apellido del adoptante, pero aquél podrá agregar el suyo propio a partir de los dieciocho (18) años" (art. 332).

En este sentido, la innovación es triple y está fundada en tres principios de índole constitucional-convencional que recepta el Código: el derecho a la identidad del adoptado, el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes, y el principio de igualdad y no discriminación.

El principal fundamento de posibilitar que el adoptado mantenga su apellido de origen está en el debido respeto a su derecho de identidad. En este sentido, el prenombre y el apellido, atributos de la personalidad, conforman parte integrante de este derecho. Como bien lo expresan los Fundamentos de este Código, "si bien se mantiene como principio

que el adoptado lleva el apellido del adoptante o de los adoptantes en el orden que ellos acuerden como en el caso de los hijos matrimoniales, por excepción se habilita al adoptado que cuenta con edad y madurez suficiente y a los adoptantes, a peticionar que se agregue o anteponga el apellido de origen al adoptivo fundado en el derecho a la identidad".

Con respecto a la facultad del adoptado para peticionar que se agregue o anteponga su apellido de origen al del o los adoptantes, el Código la supedita a los supuestos en que se esté en presencia de una edad o grado de madurez suficiente. En este sentido, es propicio considerar aquí como pauta lo dispuesto en el artículo 617, inciso c, de este Código en tanto considera a la persona de más de diez años capacitada para expresar su consentimiento de ser dado en adopción. Si bien no son los mismos supuestos, y el grado de madurez en un caso puede no ser el grado de madurez en otro caso, puede servir como pauta interpretativa objetiva. Esto último no obsta a que el juez considere que una persona adoptada menor de diez años esté capacitada para peticionar el mantenimiento de su apellido como forma de asegurar su derecho de identidad, y lo mismo podrá suceder en modo inverso, dependerá de las circunstancias de cada caso, pero vale advertir que la sola solicitud de parte del adoptado hace presumir su grado de madurez sobre el punto.

Respecto al principio de no discriminación se dijo que "El tipo de adopción no puede ser un obstáculo para que los adoptados sean protagonistas en la construcción de su apellido, so pena de incurrirse en un tratamiento discriminatorio, ya que si bien las situaciones fácticas son distintas, no es así en lo que respecta al ejercicio de un derecho fundamental como es el respeto por la identidad"[154]. De este modo, el Código permite tanto en la adopción simple (art. 627, inc. d) como en la adopción plena el mantenimiento del apellido de origen como parte integrante de la identidad y biografía del adoptado.

IV) Significado de la reforma

La reforma ha marcado definitivamente, en el orden infralegal, la constitucionalización del Derecho Privado que ha significado la refor-

[154] HERRERA, ob. cit., ps. 404 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ma constitucional del año 1994 (supra p. 186). En este sentido, los cambios propiciados respecto al apellido del adoptado en forma plena son un claro ejemplo.

Por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, desde que la ley 19.134 incorporó este tipo adoptivo, se reconoce el derecho del adoptado pleno a mantener su apellido de origen por razones fundadas en su derecho a la identidad.

Es claro que la norma analizada responde a la necesidad de flexibilizar los efectos de los tipos adoptivos rígidos previstos en las normativas hoy derogadas. Esta necesidad se funda en el principio de realidad; "deviene necesario plantear normativas elásticas, que permitan las excepciones y así *aggiornarse* fácilmente a estas distintas y cambiantes realidades"[155].

Asimismo, es lógico concluir que la excepción prevista en este artículo está apuntada de modo genérico para el caso de adopciones de niños "mayorcitos". En estos casos, la identidad dinámica fue construida sobre la base de su apellido de origen, con el que se reconoce y lo reconocen, no pudiendo suprimir el apellido de origen sin que esto repercuta negativamente en el desarrollo del niño.

SECCIÓN 3ª

ADOPCIÓN SIMPLE

Art. 627 *Efectos.* **La adopción simple produce los siguientes efectos:**

a) como regla, los derechos y deberes que resultan del vínculo de origen no quedan extinguidos por la adopción; sin embargo, la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental se transfieren a los adoptantes;

b) la familia de origen tiene derecho de comunicación con el adoptado, excepto que sea contrario al interés superior del niño;

c) el adoptado conserva el derecho a reclamar alimentos a su familia de origen cuando los adoptantes no puedan proveérselos;

[155] HERRERA, ob. cit., p. 405.

d) el adoptado que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente o los adoptantes, pueden solicitar se mantenga el apellido de origen, sea adicionándole o anteponiéndole el apellido del adoptante o uno de ellos; a falta de petición expresa, la adopción simple se rige por las mismas reglas de la adopción plena;

e) el derecho sucesorio se rige por lo dispuesto en el Libro Quinto.

I) Resumen

El Código dispone en un solo artículo los efectos surgidos de una adopción simple entre adoptado y su familia de origen, entre adoptado y adoptantes, y en materia de apellido. Respecto a la familia de origen, los vínculos jurídicos no quedan extinguidos como consecuencia de la adopción, existiendo en cabeza de ellos un derecho de comunicación con el adoptado siempre que no contraríe su interés superior. En cuanto a los efectos entre el adoptado y los adoptantes, el Código establece de modo principal la transferencia a los adoptantes de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental respecto del adoptado. Con relación al apellido del adoptado se faculta al adoptado y/o a los adoptantes a solicitar se mantenga el apellido de origen, en caso de falta de petición expresa el apellido se regirá por las pautas del artículo 626.

II) Concordancias

Filiación (art. 558); adopción (arts. 620, 626); responsabilidad parental (art. 641); sucesiones (arts. 2430, 2432); derecho internacional privado (art. 2636).

III) Interpretación de la norma

A diferencia de lo que acontece en la adopción plena, el Código aborda los efectos de la adopción simple en un artículo específico. La diversidad respecto a la postura legislativa se explica por la regla genérica dispuesta por el artículo 558: "La filiación por adopción plena,

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

por naturaleza o por técnicas de reproducción humana asistida, matrimonial y extramatrimonial, surten los mismos efectos, conforme a las disposiciones de este Código".

Partiendo de la definición estatuida en el artículo 620, la no generación de vínculos jurídicos con los parientes y cónyuge del adoptante en la adopción simple, el efecto principal de este tipo adoptivo es el mantenimiento de los vínculos con su familia de origen. Trasladándose a los adoptantes únicamente la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, antiguamente denominada erróneamente "patria potestad". En este punto, cabe hacer una comparación con el texto de la ley 24.779 derogada, allí se establecía: "Los derechos y deberes que resulten del vínculo biológico del adoptado no quedan extinguidos por la adopción con excepción de la patria potestad, inclusive la administración y usufructo de los bienes del menor se transfieren al adoptante" (art. 333, Cód. derogado).

Al receptar este Código la figura del niño como sujeto de derecho distinto de sus padres, deroga la figura del usufructo paterno. De este modo, no corresponde que los frutos de los bienes de los niños sean incorporados al patrimonio de sus progenitores, la condición de sujeto de derecho exige que se los conserve y reserve para cuando el niño esté en condiciones de utilizarlos. Ésta es la razón que explica la ausencia normativa sobre la transferencia de la administración y el usufructo en el caso puntual de la adopción simple. Asimismo, como dijimos, la patria potestad se resignifica en términos de responsabilidad parental, distinguiendo la titularidad del ejercicio y el cuidado. En el caso de la adopción simple, los adoptantes tendrán a su cargo la titularidad y el ejercicio, cabiendo remitirse a las reglas establecidas en el artículo 641 de este Código.

El Código, a diferencia de la ley anterior, prevé de forma expresa el derecho de la familia de origen a mantener comunicación con la persona adoptada en forma simple. Si bien este derecho no estaba inserto en el texto de la ley 24.779 fue mucha la jurisprudencia que en resguardo de una comunicación existente y afectiva con algún miembro de la familia de origen consideró como mejor opción la adopción simple, entendiendo que al no romper los vínculos con aquella la regla traía implícito el derecho a la comunicación. "La adopción simple, al

mantener los derechos y deberes que resultan del vínculo biológico con el adoptado, respeta la identidad de origen y permite –si el verdadero amor es el sentimiento que anima a adoptante y progenitora– generar una relación que respete la verdad de las cosas y conduzca a una adecuada interrelación"[156].

Por otra parte, la norma incorpora otra novedad, la posibilidad de que el adoptado reclame a su familia alimentos en caso de que sus adoptantes no se los puedan proveer. De esta manera, la obligación alimentaria de la familia de origen es de carácter subsidiario y está forjada en la consecuencia madre de este tipo adoptivo: el mantenimiento del vínculo con la familia de origen.

El Código también modifica la previsión de la ley 24.779 respecto al apellido del adoptante simple. La redacción del artículo 332 derogado hablaba en términos de "imposición" del apellido del adoptante y permitía únicamente al adoptado solicitar la agregación de su apellido de origen "a partir de los 18 años". Ambos términos de la norma estaban en franca contradicción con el respeto al derecho a la identidad del adoptado y con el principio de autonomía progresiva. En este sentido, el Código importa la consolidación de ambos principios en lo que hace a un derecho personalísimo como lo es la elección del nombre, en este caso el apellido, como parte integrante del derecho a la identidad.

En el caso de la adopción simple, por el mantenimiento de los vínculos con la familia de origen, se invierte la regla establecida para el caso de la adopción plena. Aquí el principio es que ante petición de parte, adoptado y/o adoptantes, se mantendrá el apellido de origen al que se le podrá adicionar o anteponer el apellido de los adoptantes. En caso de no existir tal petición expresa, se remite a las reglas dispuestas en el artículo 626. De esta forma, si no hay petición y nos encontramos ante una adopción unipersonal, el adoptado llevará el apellido del adoptante, y en caso de una adopción conjunta, el adoptado llevará el apellido de uno de sus adoptantes o de los dos en el orden

[156] CCCom. de Azul, sala I, 30-9-99, "R. M. A.", L. L. B. A. 2000-464, citado por BONAZANO y TAVIP, *Compendio de jurisprudencia. Adopción* cit., t. III, p. 2382.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que aquéllos lo decidan, debiéndose siempre considerar la opinión del adoptado de acuerdo a su edad y grado de madurez.

Por último, el Código estatuye una remisión expresa al Libro Quinto sobre transmisión de derechos por causa de muerte para resolver los efectos respecto de los derechos sucesorios. En ese marco, es dable destacar las previsiones de los artículos 2430 y 2432. La primera establece que el adoptado y sus descendientes tienen los mismos derechos hereditarios que el hijo y sus descendientes por naturaleza y técnicas de reproducción asistida. La segunda dispone que los progenitores de origen sólo heredarán aquellos bienes que el adoptado haya recibido a título gratuito de su familia de origen, desplazados en todos los demás bienes por los adoptantes.

IV) Significado de la reforma

El Código ha significado un avance importante no sólo respecto al contenido de los efectos ya consagrados en las leyes anteriores, sino en tanto ha traído novedades no previstas en la ley 24.779, aclarando y mejorando los efectos de este tipo adoptivo.

Introduce modificaciones respecto al apellido del adoptado en forma simple en sintonía con el derecho a su identidad y con la regla general de mantenimiento de vínculos con la familia de origen.

Revaloriza el lugar de la familia de origen en la adopción simple, incorporando la figura del derecho a la comunicación; siempre que su ejercicio no sea contrario al interés superior de la persona adoptada. Asimismo, mantiene en cabeza de la familia de origen la obligación alimentaria devenida de los vínculos de parentesco siempre que se compruebe que los mismos no pueden ser proveídos por los adoptantes.

Con respecto a los derechos sucesorios, oportunas son aquí las palabras elocuentes expresadas en los fundamentos de este Código: "Se innova respecto de la adopción simple desde que el descendiente adoptivo es tratado como cualquier descendiente, cualquiera sea el origen de la filiación. La distinción entre adopción simple y plena se reserva para la sucesión de los ascendientes".

Art. 628 ***Acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción.*** **Después de acordada la adopción simple se admite el ejercicio por el adoptado de la acción de filiación contra sus progenitores, y el reconocimiento del adoptado.**

Ninguna de estas situaciones debe alterar los efectos de la adopción establecidos en el artículo 627.

I) Resumen

El Código no innova respecto de la previsión ya existente en la ley 24.779 e incorporada en el artículo 336 del código derogado. De este modo, deja intacta la posibilidad de que una vez otorgada la adopción simple los progenitores de origen reconozcan al adoptado o éste ejerza una acción de filiación contra aquéllos. En ningún caso se alterarán los efectos previstos en el artículo 626 de este Código.

II) Concordancias

Determinación de la filiación extramatrimonial (arts. 570 a 573); acciones de filiación (arts. 576, 582, 583); Adopción (arts. 620, 626); procesos de familia (arts. 707, 716, 720); derecho internacional privado (arts. 2631 a 2634).

III) Interpretación de la norma

La posibilidad de reconocimiento o ejercicio de la acción de filiación posterior al otorgamiento de la adopción simple ha sido consagrada y mantenida en nuestro ordenamiento jurídico desde la sanción de la ley 19.134 (art. 29). Las modificaciones legislativas introducidas por las leyes 23.264 y 24.779 sólo mejoraron los términos adecuándolos al nuevo paradigma de no discriminación respecto a la situación de hijos matrimoniales y extramatrimoniales (legítimos e ilegítimos).

En esta misma dirección, este Código introduce modificaciones lingüísticas acordes a la fuente tripartita de la filiación instaurada en el artículo 558 de este cuerpo normativo. De este modo, se reemplaza el vocablo "padres biológicos" por progenitores, teniendo en

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

cuenta que la persona dada en adopción puede ser hija natural o por técnicas de reproducción asistida.

Con respecto al reconocimiento o la acción de filiación, la generación de vínculo filial entre adoptado y progenitor de origen no modificará de modo alguno los efectos analizados en el comentario del artículo anterior, 626.

IV) Significado de la reforma

Si bien la norma en comentario mantiene la posibilidad ya concedida por las leyes 19.134 y 24.779 de reconocer o accionar una filiación en forma posterior al otorgamiento de la adopción simple, de la lectura sistémica de todo el Código se observa un cambio en el peso de los fundamentos de tal autorización.

Antiguamente, esta permisión estaba sentada en el principio de mantenimiento de los vínculos con la familia de origen en el caso de la adopción simple. Éste era el argumento de porqué se negaba el mismo supuesto en el caso de la adopción plena. En cambio, el fundamento basal en que se centra el mantenimiento de esta posibilidad de reconocimiento o acción filial en este Código está en el debido respeto al derecho de identidad del adoptado.

Art. 629 *Revocación.* **La adopción simple es revocable:**

a) por haber incurrido el adoptado o el adoptante en las causales de indignidad previstas en este Código;

b) por petición justificada del adoptado mayor de edad;

c) por acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente.

La revocación extingue la adopción desde que la sentencia queda firme y para el futuro.

Revocada la adopción, el adoptado pierde el apellido de adopción. Sin embargo, con fundamento en el derecho a la identidad, puede ser autorizado por el juez a conservarlo.

I) Resumen

El Código modifica parcialmente las causales de revocación previstas en la normativa anterior, artículo 335 del código derogado, al suprimir uno de los incisos previstos en aquella norma: "b) por haberse negado alimentos sin causa justificada", dejando intacto los demás supuestos, indignidad, petición judicial justificada del adoptado mayor de edad y acuerdo entre adoptado y adoptante mayor de edad manifestado judicialmente. Ampliando en el primer caso, indignidad, su alcance[157].

La revocación no es retroactiva, extingue la adopción para el futuro contando como momento de inicio la fecha en la que la sentencia de revocación queda firme. Una vez revocada la adopción el adoptado pierde el apellido del adoptante salvo que por fundamento del debido resguardo a su derecho a la identidad el juez lo autorice a continuar con su uso.

II) Concordancias

Adopción (arts. 520, 633, 637); procesos de familia (arts. 707, 716); donación (arts. 1569, 1571, 1572); sucesiones (art. 2281); derecho internacional privado (arts. 2635 y 2636).

[157] Cabe recordar que el nuevo art. 2281 dispone que son indignos de suceder: a) los autores, cómplices o partícipes de delito doloso contra la persona, el honor, la integridad sexual, la libertad o la propiedad del causante, o de sus descendientes, ascendientes, cónyuge, conviviente o hermanos; b) los que hayan maltratado gravemente al causante, u ofendido gravemente su memoria; c) los que hayan acusado o denunciado al causante por un delito penado con prisión o reclusión, excepto que la víctima del delito sea el acusador, su cónyuge o conviviente, su descendiente, ascendiente o hermano, o haya obrado en cumplimiento de un deber legal; d) los que omiten la denuncia de la muerte dolosa del causante, dentro de un mes de ocurrida, excepto que antes de ese término la justicia proceda en razón de otra denuncia o de oficio. Esta causa de indignidad no alcanza a las personas incapaces ni con capacidad restringida, ni a los descendientes, ascendientes, cónyuge y hermanos del homicida o de su cómplice; e) *los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos*, o no lo hayan recogido en establecimiento adecuado si no podía valerse por sí mismo; f) el padre extramatrimonial que no haya reconocido voluntariamente al causante durante su menor edad; g) el padre o la madre del causante que haya sido privado de la responsabilidad parental; h) los que hayan inducido o coartado la voluntad del causante para que otorgue testamento o deje de hacerlo, o lo modifique, así como los que falsifiquen, alteren, sustraigan, oculten o sustituyan el testamento; i) *los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones (art. 1571).*

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma

Como adelantamos, el Código mantiene las mismas causales previstas en el derogado artículo 335 para solicitar la revocación de la adopción simple, a excepción de una: "por haberse negado alimentos sin causa justificada".

Sin embargo, esta falta de previsión expresa se debe a su inclusión en dos supuestos del artículo en comentario. En primer lugar, la negación de alimentos es uno de los supuestos previstos en el artículo 2281 de este Código para la declaración de indignidad, "e) los parientes o el cónyuge que no hayan suministrado al causante los alimentos debidos..." En segundo lugar, el mismo artículo 2281 introduce otra novedad respecto al alcance de los supuestos que habilitarían la revocación de la adopción, en tanto incluye como último inciso de supuestos de indignidad "los que hayan incurrido en las demás causales de ingratitud que permiten revocar las donaciones". Justamente una de las causales que permite la revocación de las donaciones es la negación de alimentos (art. 1572).

Además, el artículo 1571 de este Código prevé otros supuestos que harán posible la declaración de la revocación de la donación y que se aplicarán para el caso de la revocación de la adopción según reza el inciso a, de este artículo. "Las donaciones pueden ser revocadas por ingratitud del donatario en los siguientes casos: a) si el donatario atenta contra la vida o la persona del donante, su cónyuge, sus ascendientes o descendientes; b) si injuria gravemente a las mismas personas o las afecta en su honor; c) si las priva injustamente de bienes que integran su patrimonio; d) si rehúsa alimentos al donante. En todos los supuestos enunciados, basta la prueba de que al donatario le es imputable el hecho lesivo, sin necesidad de condena penal". La incorporación de esta causal de indignidad se produjo para evitar la doble regulación de situaciones casi idénticas, permitiendo de este modo nuclear en una causal los distintos supuestos y derogar, así, la figura de la desheredación.

Los supuestos de petición justificada del adoptado mayor de edad y acuerdo de adoptante y adoptado mayor de edad manifestado judicialmente se mantienen inalterados respecto a lo normado por la ley 24.779 derogada.

Lo mismo sucede con el efecto no retroactivo de la sentencia firme de revocación, la adopción queda extinguida desde ese momento y para el futuro.

El Código introduce como novedad la posibilidad de que por razones fundadas en el derecho de identidad se autorice al adoptado a permanecer en el uso del apellido del adoptante; de no darse este supuesto, la revocación hace que se pierda el apellido del adoptante.

IV) Significado de la reforma

La reforma ordena las causales de revocación de manera armónica con lo dispuesto en el Libro Quinto referido a las sucesiones, ampliando el campo de su contenido de acuerdo a las nuevas razones que podrían significar una declaración de indignidad, en especial, los supuestos de revocación de las donaciones.

Asimismo, y acorde con todo el Título IV referido a la adopción se prevé la incidencia de la sentencia de revocación sobre el derecho a la identidad del adoptado. De esta manera, se establece como principio la pérdida del apellido del adoptante, excepto que el juez lo autorice a conservarlo fundado su decisorio en el respeto por el derecho a la identidad.

SECCIÓN 4ª

ADOPCIÓN DE INTEGRACIÓN

Art. 630 ***Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen.*** **La adopción de integración siempre mantiene el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, cónyuge o conviviente del adoptante.**

I) Resumen

El Código inaugura la sección dedicada a la regulación de la adopción de integración dejando en claro que esta institución no involucra, perjudica ni resta efectos jurídicos entre el adoptado y su progenitor de origen. La idea de integrar, precisamente, refiere a que el adoptante se integra a la familia ya consolidada del adoptado y su progenitor de origen.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

II) Concordancias

Concepto de adopción (art. 594); personas que pueden ser adoptadas (art. 597); enumeración de los tipos de adopción (art. 619); concepto (art. 620); facultades judiciales (art. 621); adopción plena (arts. 624 a 626); adopción simple (arts. 627 a 629).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

Retomando lo expresado al comentar el último inciso del artículo 619, cabe recordar que el régimen derogado observaba varias críticas y silencios en materia de adopción de integración. En primer lugar, y tal como se expuso al analizar el artículo 619, no brindaba una regulación sistemática, integral y ordenada de la adopción de integración, la cual estaba circunscripta a la adopción del hijo del cónyuge.

En el código derogado, la adopción de integración lo era siempre de carácter simple, más allá de que varias voces doctrinarias y jurisprudenciales defendieron la idea de que pueda ser plena cuando el niño carecía de doble vínculo filial. De este modo, se le sumaba vínculos jurídicos al ser considerada plena, ya que este tipo adoptivo extiende los efectos de la adopción a los parientes del adoptante.

¿Por qué la adopción de integración era considerada simple? Porque se decía que si se entendía que era plena, justamente, extinguía lazos jurídicos con el progenitor de origen. Sin embargo, se sostuvo –con acierto– que era necesario distinguir los casos de adopción general que proviene de una situación de vulnerabilidad, de aquellos supuestos especiales de adopción de integración. Así, se ha sostenido: "Ha resultado frecuente el requerimiento de que dicha adopción sea otorgada en forma plena pero no con los efectos derivados de este tipo de adopción que la ley establece. Lo que normalmente se pretende en estos supuestos es sustituir la filiación de origen del menor, pero sólo en relación al adoptante"[158].

En este sentido, en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2007 en la cual la comisión sobre familia se dedicó al instituto

[158] MEDINA, *La adopción* cit., t. I, ps. 77 y 78.

de la adopción, se propuso *de lege ferenda* incluir "la posibilidad de solicitar la adopción plena o simple en los casos de adopción del hijo del cónyuge sin filiación paterna o materna acreditada. Subsistiendo los efectos jurídicos de la filiación jurídica familiar existente" (aprobada por mayoría).

De este modo, el dejar en claro que la adopción de integración deja intacto el vínculo con el progenitor de origen, no sólo logra aclarar que, justamente, los efectos nuevos que genera la adopción sólo lo son respecto del adoptante, sino también, que esta intangibilidad lo es con total independencia de que este tipo adoptivo sea simple o pleno.

Así, esta primera aclaración con la cual se da comienzo a la regulación integral y sistémica de la adopción de integración, comienza por precisar que esta figura no modifica el vínculo filial que ya tiene el niño, es decir, con su progenitor de origen; más allá de qué tipo de adopción de integración se trate.

Por otra parte, cabe destacar que como bien surge de su denominación, la adopción de integración tiene por finalidad integrar a un núcleo familiar ya consolidado, al menos, con uno de los progenitores. Es por ello que el Código, al conceptualizar a la adopción en el artículo 594, excluye a la adopción de integración, ya que la adopción general tiene por finalidad "proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le puedan ser proporcionados por su familia de origen". Justamente, esto no es lo que acontece en la adopción de integración, la cual no proviene de una situación de vulnerabilidad previa con toda su familia de origen o ampliada.

De esta manera, se ha dicho que "El instituto de la adopción integrativa no está orientada a amparar a un niño abandonado, sino a su incorporación a una familia en la que su padre o madre han contraído matrimonio y desean que ese hijo de uno de ellos sea un hijo común, un hijo de ambos para integrar o constituir una única familia en lo jurídico porque –seguramente– ya la constituyen en la práctica"[159].

[159] CNCiv., sala C, 1-6-2000, E. D. 188-688, citado en *Jurisprudencia temática en filiación adoptiva*, en *Colección temática Derecho de Familia*, Nº 4, Juris, Rosario, 2005, p. 277.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Por último, cabe destacar que si bien la norma no lo dice de manera expresa, por aplicación del principio de igualdad de todos los hijos, fácil se observa que la adopción de integración es una figura que también está a disposición del hijo adoptivo de la pareja –matrimonial o convivencial– del progenitor de origen. En otras palabras, cuando se alude a "progenitor de origen" es con quien el niño anteriormente a la adopción, tiene vínculo filial, ya sea por filiación biológica, derivada del uso de las técnicas de reproducción humana asistida o adoptiva[160].

IV) Significado de la reforma

El Código regula de manera autónoma la adopción de integración. Si bien ello se desliza del artículo 619 ya comentado que al enumerar los tipos de adopción menciona, entre ellos y de manera particular a la adopción de integración, con el articulado en análisis se inaugura la sección especial con la cual el Código regula este tipo adoptivo que observa varias reglas y principios propios.

Una de esas consideraciones particulares es que *la adopción de integración no rompe el vínculo con el progenitor de origen, sea que se tenga un vínculo o doble vínculo filial*. En este sentido, el que el niño cuente con uno o doble vínculo filial de origen es un elemento de peso al momento de analizar de qué carácter será la adopción de integración, si plena o simple, pero no para entender que la adopción de integración es posible ser otorgada aun cuando el niño cuente con doble vínculo filial. En todos estos casos, el vínculo filial con el progenitor de origen no se extingue.

Art. 631 *Efectos entre el adoptado y el adoptante.* **La adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante:**

a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado;

b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.

[160] Ver MIZRAHI, Mauricio L., *Adopción del hijo adoptivo del cónyuge*, en L. L. 1996-C-242.

I) Resumen

El Código reconoce, como lo vienen señalando importantes voces doctrinarias y alguna jurisprudencia, que la adopción de integración puede ser simple o plena según el pretenso adoptado tenga doble o un solo vínculo filial de origen, y también de conformidad con las circunstancias del caso. Así, si el pretenso adoptado tiene un solo vínculo filial, la adopción de integración es de carácter plena. En cambio, si tiene doble vínculo filial, a pedido de parte o el juez puede decidir otorgar la adopción simple o plena, según el lazo afectivo que se tenga con el progenitor que no es la pareja –convivencial o matrimonial– del adoptante.

II) Concordancias

Concepto de adopción (art. 594); personas que pueden ser adoptadas (art. 597); enumeración de los tipos de adopción (art. 619); concepto (art. 620); facultades judiciales (art. 621); adopción plena (arts. 624 a 626); adopción simple (arts. 627 a 629).

III) Interpretación de la norma

El Código, en total consonancia con el principio de realidad y de flexibilidad para que la mayor cantidad de situaciones fácticas y afectivas que se puedan dar en la práctica puedan tener su solución desde el texto civil de fondo a tono con el principio del interés superior del niño, reconoce que *la adopción de integración pueda ser de carácter plena, simple o una mixtura entre ambas, tal como se deriva de lo dispuesto en el artículo 621.*

Además de lo ya expresado en torno a la propuesta que por mayoría se esgrimió en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil en relación con permitir que la adopción de integración o integrativa pueda

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ser también otorgada en forma plena, cabe destacar que ya el Proyecto de Reforma de 1998 en su artículo 646 referido a la adopción plena disponía que procedía "respecto de menores que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones [...] También procede la adopción plena del hijo del cónyuge que no tiene filiación acreditada respecto del otro progenitor, o si éste ha fallecido o ha sido privado de la patria potestad".

Ya la doctrina hace tiempo viene colocando en jaque el principio defendido por el régimen derogado que establecía que la adopción de integración es de carácter simple (art. 313). Así, ya en 1995 y bajo la anterior ley de adopción (la ley 19.134), Moreno afirmaba de manera precisa que "toda vez que la adopción plena extingue los derechos y deberes que resultan del vínculo de sangre, confiriendo al adoptado una filiación que sustituye a la de origen (art. 14), su aplicación procede sólo cuando el menor se encuentre en algunos de los supuestos contemplados en los artículos 11 y 16 de la ley de adopción, ya que de lo contrario se desvincularía al adoptado de su progenitor de sangre siendo que éste hace vida familiar con el adoptante. Por ende, para esta postura, los hijos del cónyuge al convivir con su progenitor de sangre, y recibir afecto de parte de éste, no se encuentran en situación de abandono ni de desamparo material o moral, por lo que quedan excluidos del marco jurídico que alcanza la adopción plena. Si bien tal opinión ha sido receptada en distintos fallos judiciales, no deja de ser una fría interpretación de la ley, que probablemente no resulta la mejor respuesta judicial a la adopción integrativa. En principio, una persona puede adoptar plenamente al hijo de su cónyuge, sin que ello implique que el adoptado extinga su vínculo de sangre o aun legal –en el caso de la adopción del hijo adoptivo del cónyuge– con su progenitor, el que convive con el adoptado y el adoptante"[161].

Esta línea doctrinaria crítica fue teniendo cada vez mayor cabida en dicho ámbito, como así también en el campo jurisprudencial. A modo de ejemplo, cabe traer a colación un precedente del Tribunal Colegiado de Familia N° 2 de La Plata del 30 de diciembre de 2008[162].

[161] MORENO, Gustavo D., *La adopción integrativa*, en L. L. 1995-D-1344.
[162] Trib.Coleg.Fam. N° 2 de La Plata, 30-12-2008, "A. N.", AR/JUR/27071/2008.

En esta oportunidad se afirmó: "Resulta procedente conceder la adopción plena de un menor, que carece de filiación paterna acreditada, solicitada por el cónyuge de la madre de aquél, sin que ello implique la extinción del parentesco de sangre con su progenitora y familia de origen pues, en el caso concreto, el otorgamiento de la adopción con carácter simple implicaría una injusticia al reconocerle al adoptado un parentesco discriminatorio con relación a su hermana, nacida de la unión entre el adoptante y la madre del adoptado", por ende, se entendió que "Corresponde declarar de oficio la inconstitucionalidad, para el caso concreto, de los artículos 313 *in fine* y 323, 2° párrafo del Código Civil en cuanto establecen que la adopción del hijo del cónyuge será siempre simple, ya que resulta contrario al interés superior del niño que quien peticiona la adopción integradora de un menor que carece de filiación paterna acreditada, sufra dicha limitación en aras de preservar un vínculo de sangre que no pierde o una hipotética vocación hereditaria, a lo cual se suma el reproche relativo a los lazos que la adopción simple establece entre hermanos".

A realidades complejas, normativas flexibles. Éste es uno de los principios implícitos que se observan con mayor presencia en la regulación de todo el Código y que se muestra con mayor fuerza en determinada regulación; la aquí en comentario es una.

IV) Significado de la reforma

El Código recepta un clamor casi unánime por parte de diversas voces doctrinarias y jurisprudenciales.

Por aplicación del reiterado principio de realidad, y siempre teniéndose en cuenta el eje rector en esta materia como lo es el "interés superior del niño", siendo tan disímiles los supuestos fácticos que dan lugar a una adopción de integración, la legislación no podía mantener la manda legal de que todo este tipo adoptivo sea de carácter simple.

Una vez más, el Código flexibiliza su régimen jurídico en pos de abarcar una mayor cantidad de situaciones que se dan en la práctica, como ser, que no todas las adopciones de integración involucran a niños que tienen doble vínculo filial y que deba ser necesario mantener el lazo afectivo y jurídico con el progenitor que no es la pareja del

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

adoptante. Puede suceder que este progenitor se haya desentendido de su hijo o, en otros casos más claros, que el niño sólo cuente con un vínculo filial. En estos dos supuestos, como en otros, es posible que en el interés superior del niño sea loable otorgar la adopción de integración de carácter plena.

Art. 632 ***Reglas aplicables.*** **Además de lo regulado en las disposiciones generales, la adopción de integración se rige por las siguientes reglas:**

a) los progenitores de origen deben ser escuchados, excepto causas graves debidamente fundadas;

b) el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes;

c) no se aplican las prohibiciones en materia de guarda de hecho;

d) no se exige declaración judicial de la situación de adoptabilidad;

e) no se exige previa guarda con fines de adopción;

f) no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen de conformidad con lo previsto en el artículo 594.

I) Resumen

El Código centraliza en un mismo artículo todas las connotaciones especiales o específicas que se derivan de la adopción de integración, la cual es considerada un tercer tipo filial por la cantidad de diferencias que presenta con el régimen adoptivo general. En este articulado se enumeran seis reglas aplicables cuando se trata de la adopción del hijo del cónyuge o del conviviente, las cuales están signadas por una flexibilización de ciertos requisitos procesales o de forma. Así, se logran ordenar y sistematizar en un solo articulado reglas que se encontraban dispersas en varios de los articulados hoy derogados.

II) Concordancias

Concepto de adopción (art. 594); quiénes pueden adoptar (arts. 599 y 600); declaración de la situación de adoptabilidad (art. 607); guarda de hecho (art. 611); sentencia de guarda para adopción (art. 614); efectos de la sentencia de adopción (art. 618); tipos de adopción, disposiciones generales (arts. 619 a 621); procesos de familia (arts. 707, 716).

III) Interpretación de la norma

El Código dispone en el artículo en análisis seis reglas específicas a aplicar únicamente ante el supuesto de una adopción de integración, respondiendo al lugar autónomo que este cuerpo normativo le ha brindado dentro de un sistema de adopción tripartito fundado en la especialidad o particularidad que implica la adopción del hijo del cónyuge o conviviente del progenitor biológico o adoptivo de un niño. Se trata, como bien se ha adelantado, de integrar al adoptante en la familia que ya tienen el adoptado con su progenitor, lo cual obliga a exceptuar varios requisitos generales de la adopción cuando se trata de esta situación fáctica y afectiva.

Es de destacar el avance que esta norma ha significado respecto a las previsiones legales anteriores que regulaban este supuesto de manera confusa, incompleta y no sistematizada.

En primer lugar, el Código conceptualiza este tipo adoptivo de forma clara (art. 620), diferenciándolo del fin al que está destinada de forma genérica la figura de la adopción (art. 594). En segundo lugar, regula de manera puntual sus especificidades dentro de los artículos referidos a las consideraciones generales (art. 599). En tercer lugar, establece una Sección 4ª destinada únicamente a este tipo adoptivo. Es en esta sección donde se inserta el artículo en comentario, estatuyendo reglas procesales y excepciones que deben tomarse en cuenta cuando lo que se esté peticionando es una adopción de integración.

El artículo en comentario comienza con una regla que hace a la forma pero también al fondo; el deber de oír en el proceso a los progenitores de origen. Este deber rige tanto para el conviviente o cónyuge del pretenso adoptante, como para el otro progenitor. "A partir de que la adopción integrativa busca un objetivo que se aparta del régimen adoptivo general, entiendo que su operatividad debe ser ana-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

lizada cuidadosamente a los efectos de determinar si un pedido de este tenor –además de cumplir con la finalidad de integración familiar– no colisiona con otros derechos o intereses también merecedores de protección"[163]. En este sentido, muchas podrán ser las situaciones del pretenso adoptado; tener doble vínculo filial y relación fluida con el otro progenitor no conviviente, doble vínculo filial y nulo o escaso vínculo afectivo o personal con aquél luego de la separación de hecho o divorcio, tener solamente vínculo filial con el cónyuge o conviviente de quien pretende adoptar, etcétera. En todos los casos los progenitores deben ser escuchados, excepto que existan causas graves debidamente fundadas.

Luego, el Código establece cinco reglas qué podrían considerarse un decálogo de excepciones respecto a varias de las disposiciones generales introducidas a lo largo de este Título VI referido a la adopción. Todas las excepciones tienen como norte la distancia de esta figura con respecto a la definición establecida en el artículo 594. Por ello, el inciso que cierra este artículo expresa que "no rige el requisito relativo a que las necesidades afectivas y materiales no puedan ser proporcionadas por su familia de origen previsto en el artículo 594".

La regla que establece que "el adoptante no requiere estar previamente inscripto en el registro de adoptantes", es la excepción a la regla dispuesta por el artículo 600, inciso b, de este Código. Es una realidad que el niño, adolescente o adulto que se pretende adoptar conoce a su pretenso adoptante, ha convivido con él y se ha relacionado, al punto que se peticiona ante la justicia la posibilidad de consolidar esa realidad con un vínculo jurídico que la refleje. No se quiere adoptar a un niño, se pretende adoptar a "este niño" hijo de mi conviviente o cónyuge, razón por la cual carece de sentido el requisito de la inscripción en el registro.

En la misma télesis, se estipula la no aplicación de las prohibiciones previstas en el artículo 611 respecto a las guardas de hecho. Es claro que si el conviviente o cónyuge cuida diariamente del niño o incluso pasa períodos prolongados con él sin presencia de su madre o padre,

[163] SCJBA, 11-4-2007, "P., V. A.", L. L. B. A. 2007 (setiembre), p. 885, del voto del Dr. Pettigiani.

tal situación no se asemeja en nada a las situaciones que tiene en mira el artículo 611 al prohibir las guardas de hecho.

Por otra parte, el Código establece la no exigibilidad de la declaración judicial de estado de adoptabilidad, en tanto los presupuestos fácticos de la adopción de integración no encuadran en ninguno de los tres supuestos a los que se refiere el artículo 607 que regula dicho proceso.

Por último, tampoco se requiere en estos casos la guarda judicial previa dispuesta en el artículo 614, excepción ya prevista en el régimen anterior, artículo 316, último párrafo. "Lo único que hace la sentencia de adopción es convalidar jurídicamente dicha relación paterno-filial, otorgándole eficacia dentro del marco del Derecho. No hay, en la adopción integrativa, ninguna entrega o guarda del niño o del adolescente (conf. arg. art. 316 *in fine*) en tanto adoptante y adoptado ya conviven como padre (o madre) e hijo/a, habiéndose conformado una adecuada identidad filiatoria"[164].

IV) Significado de la reforma

El nuevo texto civil ha significado la consolidación de este tipo adoptivo en nuestro sistema jurídico. A diferencia de las normativas anteriores que regulaban esta institución sólo de modo parcial, este Código ha definido con claridad la finalidad distintiva de la adopción de integración y, a partir de allí, ha construido reglas precisas y sistematizadas que acompañan esa teleología.

Art. 633 *Revocación.* **La adopción de integración es revocable por las mismas causales previstas para la adopción simple, se haya otorgado con carácter de plena o simple.**

I) Resumen

En nuestro ordenamiento jurídico la adopción de integración siempre fue revocable porque, a diferencia de lo dispuesto por este Código,

[164] MORENO, *La adopción integrativa y la necesidad de una nueva reforma del régimen de adopción*, en *Summa de Familia* cit., t. III, p. 2257.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

anteriormente este tipo de adopción era otorgada sólo en forma simple. Al modificar esta limitación, permitiendo la adopción de integración también en forma plena (arts. 621 y 631), extiende, paralelamente, la posibilidad de revocación a todo tipo de adopción de integración, simple o plena, remitiendo a lo dispuesto en el artículo 629 respecto a las causales de habilitación.

II) Concordancias

Tipo de adopción, disposiciones generales (arts. 620, 621); revocación de la adopción (art. 629); efectos de la adopción de integración entre adoptado y adoptante (arts. 631 y 637); procesos de familia (arts. 707, 716); donación (arts. 1569, 1571, 1572); sucesiones (art. 2281); derecho internacional privado (arts. 2635 y 2636).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

La adopción de integración puede ser otorgada en forma simple o plena, dependiendo de las circunstancias de cada caso (remisión art. 631)[165]. Respecto a la adopción de integración simple fácil es advertir los porqué de su revocabilidad, téngase presente que en nuestro ordenamiento jurídico siempre existió esta posibilidad.

La novedad que trae este Código es la posibilidad de revocar una adopción de integración otorgada con carácter pleno, recuérdese también que en este sistema la adopción plena sigue siendo de carácter irrevocable.

Como ya dijimos, la adopción de integración tiene tantas especificidades que fue necesario instaurarla como un tercer tipo con caracteres propios. La posibilidad de revocar cualquier adopción de integración, sea simple o plena, responde a esas particularidades.

[165] Art. 631 – *Efectos entre el adoptado y el adoptante*. La adopción de integración produce los siguientes efectos entre el adoptado y el adoptante: a) si el adoptado tiene un solo vínculo filial de origen, se inserta en la familia del adoptante con los efectos de la adopción plena; las reglas relativas a la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental se aplican a las relaciones entre el progenitor de origen, el adoptante y el adoptado; b) si el adoptado tiene doble vínculo filial de origen se aplica lo dispuesto en el artículo 621.

En este sentido, es claro que los fundamentos detrás de la irrevocabilidad de la adopción plena, el no vínculo con la familia de origen y la desprotección del adoptado no cierran en este tipo adoptivo. La adopción de integración siempre mantiene los vínculos filiales entre el adoptado y su progenitor de origen, razón por la cual de darse una de las causales que habilitan plantear la revocación de la adopción, la persona del adoptado seguirá manteniendo sus lazos afectivos y jurídicos con su progenitor de origen.

III.2) *Causales de revocación*

Remisión al comentario del artículo 629.

IV) Significado de la reforma

El artículo en análisis es un ejemplo paradigmático de la autonomía que ha cobrado esta figura de adopción de integración en esta reforma.

En primer lugar, se la ha nombrado con el vocablo que tanto en jurisprudencia como en doctrina se venía sosteniendo: *integración*. Como bien se dice en los Fundamentos que acompañan este Proyecto, el lenguaje no es neutro, ya su locución evidencia la especificidad del trato.

En segundo lugar, se ha ampliado el abanico de situaciones fácticas que pueden amparar esta figura: el hijo del cónyuge y el hijo del conviviente. A lo que se agrega la posibilidad de que sea otorgada en forma plena o simple.

En tercer lugar, se le han aplicado las reglas de las disposiciones comunes a todos los tipos siempre que éstas no sean contrarias a su teleología. En este punto, hay que destacar lo dispuesto por el artículo 599 de este Código que elimina el requisito de la diferencia de edad entre adoptante y adoptado, dando por terminada una larga discusión en doctrina y jurisprudencia surgida de la falta de previsión expresa en el código derogado. Vale aquí recordar como muestra de este debate, hoy concluido, las palabras esgrimidas por el magistrado

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Hitters en una sentencia del 13 de diciembre de 2000 donde se discutía la posibilidad de la cónyuge del padre de adoptar al niño a pesar de no contar con la diferencia de edad estipulada de forma genérica por la ley anterior, en vez de 18 años, se llevaban 14 años. "Así, estimo que la diferencia que marca la ley tiene singular relevancia cuando la relación se hubiera comenzado a hacer efectiva a partir de la adopción, pero merece otra ponderación cuando, como en el *sub examine*, viene precedida por un trato familiar de larga data, avalado por el 'deseo compartido de una niña y una mujer que poseen un vínculo afectivo materno-filial verdadero y que necesitan legalizarlo para su real funcionamiento'..."[166]

Por último, se establece una sección particular, la N° 4, que cierra con el artículo en comentario, en la que se reflejan todas las excepciones y reglas propias que tiene esta figura no pensada en dar una familia alternativa a quienes no la tienen sino en integrar a un niño o adolescente, incluso adulto, a la familia conformada por su madre o padre y su conviviente o cónyuge.

CAPÍTULO 6

NULIDAD E INSCRIPCIÓN

Art. 634 *Nulidades absolutas.* **Adolece de nulidad absoluta la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a:**

a) la edad del adoptado;

b) la diferencia de edad entre adoptante y adoptado;

c) la adopción que hubiese tenido un hecho ilícito como antecedente necesario, incluido el abandono supuesto o aparente del menor proveniente de la comisión de un delito del cual hubiera sido víctima el menor o sus padres;

d) la adopción simultánea por más de una persona, excepto que los adoptantes sean cónyuges o pareja conviviente;

e) la adopción de descendientes;

f) la adopción de hermano y de hermano unilateral entre sí;

g) la declaración judicial de la situación de adoptabilidad;

[166] SCJBA, 13-12-2000, "B., P. A.", L. L. Online, AR/JUR/2888/2000.

h) la inscripción y aprobación del registro de adoptantes;

i) la falta de consentimiento del niño mayor de diez años, a petición exclusiva del adoptado.

I) Resumen

El régimen adoptivo observa varias modificaciones. Algunas de ellas son relevantes a los fines de comprender los supuestos de nulidad de la adopción. Así cabe mencionar que: a) se sistematizan tres tipos de adopción; b) se flexibilizan los tipos adoptivos, siendo el juez quien diagrama los alcances y efectos en función del interés superior del niño; c) se establecen dos etapas: la relacionada con el agotamiento de los intentos de preservar los vínculos biológicos, y la adoptiva propiamente dicha[167]; d) se disminuye la edad de las personas adoptantes, y la diferencia de edad entre adoptantes y persona a adoptar; e) se establecen reglas procesales vinculadas con la reducción de plazos, consentimiento, participación activa del niño, niña o adolescente, derecho a conocer los orígenes y deber de expresar o no el consentimiento; f) se posibilita la adopción unipersonal o conjunta, con independencia de la existencia o subsistencia de vínculo matrimonial; g) se ajusta el tema de la residencia en el país de los adoptantes; h) se amplía la

[167] GALERA, Elsa, *La guarda con fines de adopción y la declaración o comprobación del abandono en la adopción. El proceso de adopción: de la ley a la práctica. La experiencia en la Provincia de Mendoza*, en *Revista Interdisciplinaria de Derecho de Familia, Causa justa*, t. 2, Fundación Derechos, Mendoza, 2003, ps. 16 y ss., sostiene que "Cuando la Declaración de los Derechos del Niño en su Principio Sexto establece que 'el niño siempre que sea posible debe crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, y en todo caso en un ambiente de afecto y seguridad moral y ambiental...' creemos que nos está señalando en realidad dos principios: Primer Principio: todo niño tiene derecho a ser criado por sus padres siempre que sea posible. Segundo Principio: y en todos los casos –es decir cuando es criado por sus padres biológicos o no– la sociedad les debe procurar un ambiente de afecto y seguridad". Y agrega: "Durante el proceso de medidas tutelares respecto de niños víctimas o en riesgo de serlo, por parte de su propia familia, todas las garantías y esfuerzos del Estado deben estar dirigidos hacia la familia de origen a fin de que recupere la función parental a la que está signada por naturaleza. Concluida esta etapa, firme la sentencia que declare el estado de adoptabilidad, corresponde trocar idénticas garantías y esfuerzos hacia la nueva familia en la que se habrá de emplazar al niño en busca de sus nuevos lazos que respeten su desarrollo".

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

regulación en lo que atañe a las guardas de hecho y el registro de adoptantes, por destacar las principales reformas que tienen incidencia directa en el sistema de nulidad de la adopción que recepta el Código. La nulidad es una sanción dispuesta por la ley debido a la existencia de vicios al momento de constituirse el emplazamiento, que impiden los efectos de la adopción. Con la reforma se incorporaron innovaciones a las causales que provocan la ineficacia, guardando coherencia con las enmiendas vinculadas con la temática que se introdujeron en el sistema de la filiación adoptiva. Sanciona con nulidad absoluta, además de la violación a la edad máxima del adoptado, la diferencia de edad entre éste y el adoptante, el hecho ilícito antecedente de la adopción, la adopción simultánea si no se trata de una pareja, el vínculo (descendientes y colaterales), lo relativo a la falta de declaración de estado de adoptabilidad, la inscripción y aprobación en el registro de adoptantes y la falta de consentimiento de la persona adoptada mayor de diez años.

II) Concordancias

Derecho: fuentes y aplicación (art. 1°); interpretación (art. 2°); ejercicio de los derechos: orden público, fraude a la ley (art. 12); ejercicio de los derechos de la persona menor de edad (art. 26); restricciones a la capacidad: reglas generales (art. 31); persona con capacidad restringida y con incapacidad (art. 32); alcances de la sentencia (art. 38); actos posteriores a la inscripción de la sentencia (art. 44); actos anteriores a la inscripción (art. 45); representación y asistencia, tutela y curatela: regla general (art. 100); actuación del Ministerio Público (art. 103); deber de rendir cuentas, periodicidad (art. 130); rendición final (art. 131); hechos y actos jurídicos: hecho jurídico (art. 257); acto jurídico (art. 259); acto voluntario (art. 260); acto involuntario (art. 261, inc. c); manifestación de la voluntad (art. 262); uniones convivenciales: ámbito de aplicación (art. 509); adopción: concepto (art. 594); principios generales (art. 595, inc. f); personas que pueden ser adoptadas (art. 597); personas que pueden ser adoptantes (art. 599); plazo de residencia en el país e inscripción (art. 600); restricciones (art. 601); adopción por tutor (art. 606); declaración judicial de situación de adoptabilidad: supuestos (art. 607); guarda con fines de adopción: guarda de hecho, prohibición (art. 611); tipos de adopción: concepto (art. 620); facultades judiciales (art. 621); nulidad relativa (art. 635); normas supletorias (art. 636); jurisdicción (art. 2635); derecho aplicable (art. 2636). Ley 25.854.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales. La incidencia en materia de nulidades de los cambios en el régimen adoptivo*

No podría encararse razonablemente un análisis de esta preceptiva legal sin poner de resalto que el Código cuenta con un título preliminar, cuyo principal aporte es el proveimiento de reglas que confieren una significación general al compendio, y se constituye en un núcleo que sirve de marco para el análisis, la interpretación y la integración de las posibles lagunas[168].

Como señaló el presidente de la Comisión redactora, una primera cuestión a decidir fue la necesidad de incluir un Título Preliminar en el Código. Su aceptación se basó en una tradición histórica y en el presupuesto de que el Código Civil es el centro del ordenamiento jurídico referido al Derecho Privado y, por lo tanto, allí deben consignarse las reglas generales de todo el sistema. Con la mirada colocada en un compendio legal accesible a la población en general, y a que la ley es una de las fuentes del Derecho, pero no la única, los autores estimaron que "los operadores jurídicos debían contar con guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un diálogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores[169].

En tal sentido, siempre que emerja algún tipo de dificultad interpretativa, no debe perderse de vista que el artículo 1° señala la obligatoriedad de recurrir a las directrices constitucionales y los tratados en que la República es parte, lo cual comprende la jurisprudencia de

[168] LORENZETTI, Ricardo L., *Aspectos valorativos y principios preliminares del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en L. L. del 23-4-2012.

[169] LORENZETTI, Ricardo L., *Presentación del Código Civil y Comercial de la Nación*, en L. L. Supl. especial del 6-10-2014, p. 1, AR/DOC/3561/2014.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

los organismos regionales[170] y los nacionales, así como los usos, prácticas y costumbres siempre que no sean contrarias a Derecho. Pero además, por imperio del artículo 2°, se apelará a la finalidad del instituto de la adopción, siendo de utilidad en ese sentido la definición –una de las pocas que encara este Código– brindada por el artículo 594. Allí se establece que la adopción procura proteger el derecho a vivir y desarrollarse en una familia, que emprenda la satisfacción de las necesidades afectivas y materiales de la persona a adoptar, si es que no pueden ser satisfechas por la familia de origen.

La adopción emplaza en estado de familia a partir de la sentencia que la admite[171], y esa manifestación estatal constituye un acto jurídico, que es precedido por otros de idéntica naturaleza. La definición legal de acto jurídico dice que es "el acto voluntario lícito, que tiene por fin inmediato la adquisición, modificación o extinción de las relaciones o situaciones jurídicas"[172]. Para que el acto jurídico sea reputado tal, requiere de tres elementos: el sujeto, el objeto y la forma; la ausencia de alguno de ellos importa la inexistencia del acto. En cambio, la nulidad se configura cuando en esos elementos aparece algún vicio originario, y ello obedece a que la ley ha de garantizar su propia existencia, sancionando el incumplimiento que importa su violación[173].

[170] Cobra especial relevancia la jurisprudencia emanada de la CorteIDH contra nuestro país en el fallo "Fornerón e Hija vs. Argentina" (fondo, reparaciones y costas) del 27-4-2012, Serie C N° 242, que mereció análisis de autores como BARREIROS, Lucas E. y UMAN, Nadia, *Algunos apuntes sobre la adopción desde la perspectiva del Derecho Internacional de los derechos humanos*, en RDF 58-17; OLIVA, Graciela A., *Análisis del fallo "F., L. CIDH". Un caso único y puntual*, en elDial DC1B6B; JUNYENT DE DUTARI, Patricia, *Derechos humanos y familia. Una respuesta a las adopciones irregulares por la CIDH*, en L. L. 2013-A-161; IBARLUCÍA, Emilio A., *Guarda de niños con fines de adopción. Lecciones del fallo "Fornerón" de la CIDH*, en L. L. del 5-6-2014, entre muchos otros.

[171] LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBUDILLA, Francisco de Asís, *Derecho de Familia*, Bosch, Barcelona, 1982, p. 672, citados por KANESFCK, Mariana y MEDINA, Graciela, en L. L. C. 2000-1301, comentando un fallo de la Cámara de Familia de la 1ª Nominación de Córdoba, del 9-12-99, "M. J. L. y J.", sostuvieron que "La adopción es el acto jurídico de Derecho de Familia en cuya virtud se establece entre adoptante y adoptado, una relación jurídica semejante a la paterno-filial".

[172] Art. 259 del Código Civil y Comercial de la República Argentina.

[173] CARNEIRO, José J., *Régimen de las nulidades en la reforma del Código Civil*, en *Revista del Notariado*, 702, del 1-1-68, p. 1406.

En ese contexto, la sentencia de adopción y los actos que la preceden son pasibles de nulidad, y por ello el Código mantiene la clasificación de las nulidades en absolutas y relativas de la adopción, con la remisión (art. 636) a las normas generales, conforme lo introdujera la ley 24.779 en el artículo 377 anterior.

Sin perjuicio de los comentarios de los textos correspondientes, señalamos brevemente que en la nulidad absoluta el vicio es patente, ostentoso, rígido, esencial y permanente. Está descripto por la ley, y la judicatura se limita a su declaración previa comprobación de su existencia. En las nulidades relativas, en cambio, el vicio está oculto, agazapado, es flexible y se requiere una investigación de hecho para dar con él, están destinados a desaparecer, y pueden ser convalidados.

En el primer caso, en razón de que con el vicio se compromete el orden público y el interés general, la nulidad es inconfirmable e imprescriptible, declarable oficiosamente o a requerimiento del Ministerio Público. Si el acto sólo daña a un interés individual, podrá declararse la nulidad pero siempre y cuando la hayan invocado las partes, o al menos aquella que no ha sido culpable del vicio[174].

Existen también las nulidades implícitas, derivadas de decisiones incompatibles con los preceptos legales, aun cuando en los textos no se exprese la nulidad como sanción. Por ejemplo: dado el caso de incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 600 respecto de la residencia efectiva en el país por un período superior a los 5 años para los extranjeros no naturalizados, no está prevista de manera expresa la sanción de nulidad de la adopción dictada sin que ese recaudo se halle cumplido. En un fallo dictado por la Corte federal, se revocó la decisión del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos que había decretado la nulidad de una adopción *post mortem* fundada, entre otras cosas, en el vicio esencial dado por haberse conferido legitimación a

[174] En el mensaje de elevación, la Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, designada por el decreto presidencial 191/2011 para elaborar el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", respecto de este tema señaló que "solamente se regula la nulidad absoluta o relativa, clasificación que se funda en el interés predominantemente protegido, según sea general, dado por el orden público, la moral o las buenas costumbres, o particular, es decir en protección del interés de ciertas personas".

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

la Defensoría de Menores para promover por medida autosatisfactiva, la adopción de un menor de edad que se hallaba en guarda preadoptiva unipersonal, al momento de fallecimiento de la causante[175]. En ese supuesto, se invocaron nulidades implícitas como la relacionada con la legitimación del Ministerio Público, y vicios formales y sustanciales, tales como la extinción de la guarda preadoptiva por fallecimiento de la guardadora, improcedencia del trámite de medida autosatisfactiva e incompetencia del juez de familia al haberse iniciado la sucesión. Otros supuestos podrían ser la falta de aprobación de las cuentas de la tutela, la acción interpuesta por un apoderado de quien tenga restringida su capacidad civil para ese tipo de actos, etcétera.

De todos modos, la pauta decisiva en materia de vigencia de la adopción, y como derivación, para evaluar la respectiva anulación, lo que se tendrá en cuenta en todo momento, es el interés superior de la persona menor de edad[176].

Como consecuencia de orden práctico, y a modo de prevención de una nulidad insalvable, el artículo en análisis impone a la persona que debe dictar la sentencia el repaso, durante el procedimiento y aun hasta el momento del llamado de autos para expedirse, del cumplimiento de los siguientes recaudos:

III.2) *Edad*

El precepto general, motivado en la función social de la adopción, es que la persona a adoptar sea menor de edad no emancipada y, respecto de su familia biológica, que se hallen agotadas las instancias jurisdiccionales tendientes a gozar del derecho a vivir en ella (art. 597). En-

[175] CSJN, 26-9-2012, M.73.XLVII, Recurso de hecho, "M. D. S., R. y otra s/Ordinario s/Nulidad de sentencia e impugnación declaratoria de herederos".

[176] Dictamen de la Procuración General, en el fallo citado precedentemente, que además señala: "...los tribunales han de implementar el principio del mejor interés del niño analizando sistemáticamente cómo los derechos y las conveniencias de éste se ven o se verán afectados por las decisiones que habrán de asumir (Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5, *Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño* [arts. 4° y 42 y parág. 6 del art. 44], 2003, HRI/GEN/1/Rev. 7, parág. 12, p. 365). Aquella regla no atiende exclusivamente a los beneficios en el plano económico, social o moral, sino que impone ponderar las implicancias que la sentencia pueda tener sobre la personalidad en desarrollo..."

tonces, y bajo pena de nulidad, sólo podrá ser adoptada una persona que no haya cumplido 18 años (art. 25), estableciéndose dos excepciones en las condiciones fijadas: hijos del cónyuge o conviviente mayores de esa edad y posesión de estado durante la minoría de edad.

El sentido del texto estriba en que a la sociedad le interesa el mantenimiento de los vínculos originados en la biología, armonizado con la función específica de la adopción, que sustituye la filiación primigenia. Las excepciones se fundan en la especialidad de la adopción de integración, que cuenta en el nuevo texto con reglas propias (arts. 630 a 633) y en el principio de realidad que informa el Código, que en el supuesto de la posesión de estado reconoce expresamente –comprobados que fueran– los hechos acontecidos en la familia.

III.3) *Los emancipados*

Sólo es admisible la adopción de personas menores no emancipadas en razón del matrimonio celebrado sin tener la edad núbil y con dispensa judicial (art. 404) bajo ciertos y excepcionales supuestos. A partir de la sanción de la ley 26.579 la reducción de la mayoría de edad de los 21 a los 18 años abrogó la figura de la emancipación por habilitación de edad que contemplaba el artículo 131, tercer párrafo del texto reformado. En el texto en comentario no está prevista específicamente la nulidad de la adopción de una persona emancipada por matrimonio, limitándose a sancionar aquella relativa a "la edad del adoptado". Del juego armónico de los artículos 27, 404, 597 y 645, inciso a, se extrae que la persona menor de 18 años que contrae matrimonio con autorización de sus representantes legales (ambos progenitores si tiene doble vínculo, sólo uno si el vínculo es único, o tutor para la franja etaria de entre 16 y 18 años) o con dispensa judicial (las personas que carecen de edad núbil) queda emancipada por matrimonio aun cuando el acto posteriormente se declare nulo, y no pueden ser adoptadas.

Como se adelantó, la nulidad a la que se refiere el texto legal es aquella relativa a la edad del adoptado que deberá ser menor de 18 años, pues con posterioridad a ello adquiere el ejercicio pleno de la capacidad. Nótese que la misma definición del instituto, contenida en

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

el artículo 594, hace referencia a niños, niñas y adolescentes, que por aplicación del artículo 25, son los individuos que no alcanzaron esa edad.

Al determinar el artículo 597 que pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas, y sancionarse con nulidad sólo la infracción al requisito de la edad, la especificidad de los regímenes de las nulidades impediría hacer extensiva la sanción a los emancipados por matrimonio. Nos hallaríamos, no obstante, frente a un supuesto de demanda improponible por carencia de legitimación en los términos del Derecho vigente ya que la persona menor de 18 años que contrajo matrimonio y pretende ser adoptada carece de aptitud para serlo por efecto de la emancipación.

Ahora bien, la digresión deviene abstracta en términos prácticos, pues la legislación contempla como excepción a no llenar el recaudo legal de la minoría de edad o a la emancipación por matrimonio, aquellos supuestos en que se procure la adopción de integración o que pueda ser comprobada la posesión de estado de hijo adoptivo. En el supuesto, entonces, de los emancipados por matrimonio respecto de los cuales se pretenda su adopción, deberá tratarse del hijo del cónyuge o conviviente del adoptante o durante el proceso de adopción acreditará que, con antelación a la celebración del matrimonio por el cual se emancipó, recibió del o los adoptantes el trato social y público de hijo.

El sistema diagramado resulta coherente teniendo en cuenta el fin del instituto y las realidades familiares, no vedando el inicio del procedimiento adoptivo de emancipados por matrimonio, pero sujeto a la alegación y prueba del estatus público de hijo durante la minoría de edad, antes de la emancipación matrimonial, o que se trate del descendiente del cónyuge de la persona adoptante.

III.4) *Diferencia mínima de edad*

La novedad que se introdujo consistió en disminuir la distancia que debía separar a adoptado y adoptante fijándola en 16 años, en vez de los 18 que estaba prevista. De ese modo, si bien se apela al criterio rígido de una edad determinada, se flexibiliza y acerca la discrepancia respecto de la adopción de integración, donde tal diferencia no es exigida (art. 599).

El acto adoptivo importa, básicamente, el ejercicio de la autonomía de la voluntad de los adultos que se postulan como padres o madres. Ese ejercicio de la libertad individual, que a cada uno corresponde y que debe ser salvaguardado de los avances del Estado, puede ser entendido como un conjunto de principios basados en derechos subjetivos morales que presuponen dos propiedades relevantes: la voluntariedad y la competencia. La voluntariedad importa que el sujeto actúe con intencionalidad, con conocimiento, libre de todo tipo de limitación o control interno o externo y que su expresión sea auténtica. La competencia se despliega en el ámbito del ejercicio de los derechos personalísimos, implica que una persona puede participar en las decisiones en la medida que es informado conforme las circunstancias y goza de posibilidad real de comprender el alcance y las consecuencias del acto de que se trate[177].

La relación entre la competencia para tomar decisiones trascendentales para el propio individuo, como la que se reconoce en el artículo 26 para todo lo vinculado con el derecho a la salud, importa una madurez similar a la que puede implicar la crianza de un niño, niña y adolescente, o al menos, no puede advertirse una distinción razonable en lo que hace a capacidad para uno u otro cometido. Esa similitud demostraría una conexidad suficiente a la luz de la coherencia legislativa que se espera en temas como el que nos ocupa, por lo que la reducción de la edad que habrá de separar a las partes del binomio adoptivo aparece razonable. En otras palabras, si muchos adolescentes (personas entre 13 y 18 años, según reza el art. 25) pueden ejercer la responsabilidad parental cuando la misma es producto de la filiación biológica, la diferencia de edad ahora reducida mantiene un número fijo de años, pero se flexibiliza emparejándose con los otros tipos filiales.

Tratándose de la adopción dual (por un matrimonio o pareja conviviente), ambas personas deben ser 16 años mayores que el sujeto a adoptar, bajo pena de nulidad de la adopción.

[177] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Dignidad y autonomía progresiva de los niños*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 2010-3, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 123. y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.5) *Las personas casadas y las personas en uniones convivenciales*

El sentido de la prohibición de adopción simultánea es distinto al que procuraban las leyes anteriores, en las que interesaba privilegiar las uniones matrimoniales como marco preferencial de filiación adoptiva. A partir de los avances jurisprudenciales por los cuales se permitió la adopción dual a parejas (heterosexuales) con convivencia estable[178], y posteriormente con la sanción de la ley 26.618 de matrimonio igualitario, se incidió sostenida y profundamente hacia un cambio de paradigma que ahora se plasma en el texto legal: el diseño del concepto de familia acorde a la idea social vigente en la hora. Diseño que implica correr del centro de la escena –sin por eso dejar de lado– a "la" familia nuclear tradicionalmente visualizada por el Derecho, compuesta por un hombre y una mujer, legítima y biológica, para permitir nuevas formas que también deben ser reguladas, pues conservan del modelo monódico la función primordial: el cuidado mutuo de sus integrantes[179].

Consecuencia de ello, es que también se produce un impacto en la adopción, instituto dirigido a las personas menores de edad, que protege su derecho a vivir en familia, y no que procura "dar familia" a las parejas que naturalmente no tienen hijos. Y en ese sentido actualmente es posible que los adoptantes sean una sola persona, un matrimonio (homo o heterosexual) o una pareja en unión convivencial

[178] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María V. y HERRERA, Marisa, *Matrimonio igualitario y Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2010, del cual se sugiere la lectura del Capítulo V, *Adopción, guarda preadoptiva y otras formas de convivencia familiar*, donde se citan fallos que admitieron la adopción conjunta de convivientes, y también HERRERA, Marisa, *La noción de socioafectividad como elemento "rupturista" del Derecho de Familia contemporáneo*, en *Derecho de Familia*, N° 66, número aniversario, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 75 y ss.

[179] CÁRDENAS, Eduardo J., *La familia en el Proyecto de Código Civil*, en L. L. del 15-8-2012 sostiene que el nuevo esquema es producto no tanto de la pérdida de prestigio social del matrimonio por reducción de sus virtudes morales, sino que la familia basada en él no es necesaria como organización social, entendida como única forma de proveimiento de "bien común" para sus componentes. Añade que la reforma concreta este aspecto en su punto justo, cercano a la desaparición del matrimonio, y eso genera lógicas reacciones.

(homo o heterosexual) tal como se regula en el Título III del Libro Segundo; por lo que la adopción simultánea que se veda es la de dos personas sin vínculo familiar entre sí, respecto del mismo adoptado.

III.6) *El hecho ilícito antecedente*

La gravedad de esta causal, en especial en el contexto histórico de nuestro país y la implicancia en el derecho de identidad de muchos niños apropiados bajo la figura de la adopción, sostuvieron la inclusión de este motivo en el texto anterior, y su mantenimiento en el presente.

Resulta interesante la referencia al trámite legislativo de esta limitación, pues en el proyecto originario se establecía que el juez o tribunal podía, no obstante el hecho ilícito, valorar el interés superior del menor de edad y sostener la adopción. Sin embargo, merced al trabajo llevado a cabo en el Senado de la Nación, se logró hacer emigrar el principio constitucional del "interés superior del niño" a la parte general de la adopción, alejándolo del tratamiento de las nulidades donde primigeniamente había sido legislado, pues claramente en los supuestos contemplados en esta norma, se estaba ante insalvables ofensas al orden público, como lo es la comisión de delitos[180]. No será entonces el interés superior del niño el que "indulte" una adopción nula, sino que la adopción sólo será otorgada si no tiene como antecedente un hecho ilícito, pues el legislador entiende que la obtenida merced a un delito conculca, desde el inicio, el interés superior del niño.

Debe señalarse que el hecho ilícito implicado puede revestir más de una expresión: comprende los ilícitos penales vinculados con la identidad (como el abandono supuesto, el aparente, la sustitución de estado, la sustracción, etc.) reglados en el compendio penal bajo la común denominación de *Delitos contra el estado civil* y específicamente como *Supresión y suposición del estado civil y la identidad*[181].

[180] Para ampliar, se sugiere la lectura de *Antecedentes parlamentarios*, en L. L. 1997-A-901/908 y ss.

[181] Art. 138: Se aplicará prisión de 1 a 4 años al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare o suprimiere el estado civil de otro (artículo sustituido por art. 5° de la ley 24.410, B. O. del 2-1-95). Art. 139: Se impondrá prisión de 2 a 6 años: 1. A la mujer que fingiere preñez o parto para dar a su supuesto hijo derechos que no le correspondan. 2. Al que, por un acto cualquiera, hiciere incierto, alterare

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

La prohibición se enlaza con el respeto de normas de raigambre constitucional tales como los artículos 9° y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño en tanto imponen a los Estados el deber de garantizar la vida familiar de los niños con sus padres y el consentimiento prestado con el debido asesoramiento, y prevenir el traslado ilícito, respectivamente. Tampoco debe perderse de vista en este tema el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores (Convenio de La Haya de 1980, aprobado por ley 23.857), la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 1994), ratificada por ley 25.179 el 28 de febrero de 2000, y la CIDIP IV que rige por ley 25.358 del 15 de febrero de 2001 (norma que ratificó la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores de Montevideo, de 1989), todos ellos –aun en los distintos ámbitos de competencia– son el resultado del consenso internacional para prevenir ilícitos civiles o penales que pueden impactar en las adopciones que se tramiten en la República.

No es necesario, entonces, el dictado de la sentencia en sede penal, bastando la comprobación de la situación ilícita en cualquiera de las formas que pueda adoptar.

En el estado actual del sistema de filiación adoptiva, es posible considerar dentro de la casuística, el caso en que se procure por la mujer o el hombre (supuesto de matrimonio igualitario) la adopción del hijo del cónyuge o conviviente, previamente reconocido por el esposo o conviviente, sin contar con vínculo biológico. En ese supuesto, la acción promovida por la esposa, el esposo o la pareja conviviente podría estar basada en un hecho ilícito, el cual sería la sustitución de estado civil mediante un reconocimiento complaciente o acordado previamente con la progenitora, que posteriormente presta su consenti-

o suprimiere la identidad de un menor de 10 años, y el que lo retuviere u ocultare (artículo sustituido por art. 6° de la ley 24.410, B. O. del 2-1-95). Art. 139 bis: Será reprimido con reclusión o prisión de 3 a 10 años, el que facilitare, promoviere o de cualquier modo intermediare en la perpetración de los delitos comprendidos en este Capítulo, haya mediado o no precio o promesa remuneratoria o ejercido amenaza o abuso de autoridad. Incurrirán en las penas establecidas en el párrafo anterior y sufrirán, además, inhabilitación especial por doble tiempo que el de la condena, el funcionario público o profesional de la salud que cometa alguna de las conductas previstas en este Capítulo (artículo incorporado por art. 7° de la ley 24.410, B. O. del 2-1-95).

miento para la adopción de integración. Este supuesto, por tratarse de un ilícito penal, puede ser invocado por el Ministerio Público, o aún investigado de oficio, pues nada obsta a que, sospechada la comisión de la infracción, se procure conocer la verdad.

III.7) *Adopción de ascendientes a descendientes y colaterales entre sí*

Se mantiene la prohibición que figuraba en la normativa anterior –que, no obstante, dio lugar a un precedente con comentarios laudatorios[182]– ahora reforzada por las reformas introducidas al régimen de la tutela.

Las reglas constitucionales, en especial los artículos 7°, 8° y 9° de la Convención sobre los Derechos del Niño, imponen otorgar primacía a los derechos de la persona menor de edad a preservar su identidad, a ser criado por su familia de origen. Desde esa óptica, la judicatura deberá siempre determinar si existen otras alternativas en el caso concreto que aseguren la crianza del niño y no impliquen su separación definitiva del grupo familiar. Siguiendo esos lineamientos, si el adoptable carece de progenitores, o ellos han sido privados de la responsabilidad parental, pero existen parientes en condiciones de ejercer la tutela, es ésa la figura legal que mejor resguarda el interés superior del sujeto vulnerable. Un sector de la doctrina había sostenido la conveniencia de derogar esta prohibición, pero otro se resistía porque la situación no presenta los caracteres que atañen a la necesidad de modificar el vínculo de parentesco que los une, en especial por considerar que se procura llenar el interés superior del niño dotándolo de la familia que no tiene, lo cual no sería el caso justamente por la existencia de vínculos previos[183].

El Código regula la tutela asimilándola a la responsabilidad parental en su titularidad y ejercicio, y en ambos casos los adultos habrán de ejercerla conforme su principal deber: el cuidado, respeto y cumpli-

[182] CCCom. de Santa Fe, sala III, 21-12-95, "T., J. A. y otra", L. L. 1997-F-145. Mereció comentario favorable del constitucionalista BIDART CAMPOS, Germán, *La "ley" no es el techo del ordenamiento jurídico (Una muy buena sentencia de adopción)*, en L. L. 1997-F-145. Puede verse también FERRER, F., *Derogación tácita de la prohibición de adoptar a los nietos*, en J. A. 1996-I-36.

[183] LLOVERAS, *Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779* cit., p. 135.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

miento del cúmulo de derechos de los que son titulares las personas menores de edad (conf. arts. 104 y 105 y remisión al Título VII del Libro Segundo, *Responsabilidad parental*).

Dándose el supuesto de orfandad o privación de la responsabilidad parental, los abuelos o los hermanos, según sea el caso, accederán al cuidado de la persona menor de edad bajo la figura de la tutela y con idénticas responsabilidades que las de los progenitores, por expresa remisión del segundo párrafo del artículo 104.

No corresponde sustituir los vínculos existentes pues eso implicará una franca violación a las pautas convencionales internacionales; tampoco tendría sustento la pretensión de adopción desde el punto de vista del principio de realidad, que el Código recepta y abraza fervorosamente, de modo que la adopción de los descendientes o los colaterales no tiene asidero legal.

III.8) *Situación de adoptabilidad*[184]

Resulta una novedad introducida por el legislador, en función de la homogenización de las normas sustanciales y las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, la ley 26.061, y sus homólogas provinciales vinculadas con el sistema integral de protección de derechos de la infancia[185].

[184] HERRERA, Marisa, en *El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: Más sobre la trilogía: Blanc* cit., señala que desde el punto de vista de la praxis judicial, la declaración en situación (o algunos dicen, estado) de adoptabilidad constituye una figura silenciada en la legislación actual pero es sabido que a pesar de ello está presente en la práctica.

[185] Así, Mendoza (1995, Ley 6354 de Protección Integral del Niño y del Adolescente), Chubut (1997, ley III N° 21, antes 4347 de Protección Integral de la Niñez, la Adolescencia y la Familia), Chaco (1997, ley 4369 sanciona el Estatuto Jurídico del Menor de Edad y la Familia), Río Negro (Ley 3097 de Protección y Promoción de los Derechos del Niño y del Adolescente), Buenos Aires (1998, Ley 114 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), Neuquén (1999, Ley 2302 de Protección Integral del Niño y del Adolescente), Salta (también 1999, Ley 7039 de Protección Integral de los Derechos del Niño y el Adolescente), Tierra del Fuego (año 2000, Ley 521 de Protección Integral y Promoción de los Derechos del Niño y del Adolescente), Misiones (2001, Ley 3820 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes), Jujuy (2001, Ley 5288 de Protección Integral de la Niñez, Adolescencia y Familia), San Juan (2002, Ley 7338 de Protección Integral de los Derechos de los Niños y Adolescentes de San Juan), La Rioja (2003, Ley de Protección Integral del Niño/a y Adolescente, posteriormente vetada aunque adhirió a la ley 26.061), Buenos Aires (2005, Ley 13.298 de Protección y Promoción Integral de los Derechos de los Niños de la Provincia), Chaco (2006, ley 5681, adhirió a la ley nacional 26.061), Córdoba (año 2007, ley 9396), Corrientes (2007, ley 5773, siguió con su adhesión a la ley nacional). Tucumán vetó en dos ocasiones su Ley provincial de Protección Integral para Niños, Niñas y Adolescentes.

Entre las denominaciones posibles, no se optó por la de "estado" de adoptabilidad, preadoptabilidad, u otra similar, dado que el Código regula en este acápite el procedimiento que investiga si entre determinada persona y su familia biológica, se agotaron todas las medidas posibles para la continuidad del desarrollo conjunto de la vida familiar[186].

El estado se vincula con el lugar que cada uno ocupa dentro de la familia, respecto de los otros integrantes: "es el conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos que corresponden a las personas en virtud de su emplazamiento familiar, los que, por estar a ellas atribuidos, procuran la tutela de su individualidad familiar (como personas) ante el orden jurídico"[187].

Toda legislación y proceso judicial respetuoso de los derechos humanos de las personas menores de edad, debe partir de la premisa de reconocer que el niño tiene derecho a crecer con su familia de origen y el Estado la obligación de asistir a la familia para que pueda cumplir su cometido[188]. La denominación de "estado de preadoptabilidad" in-

[186] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y HERRERA, Marisa, *Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción*, en L. L. Supl. Const. 2011 (noviembre), p. 20; L. L. 2011-F-225 sostienen: "La temática se conecta a numerosas cuestiones, entre otras: la pertinencia o no de la adopción; el rol de la familia biológica; las políticas públicas de fortalecimiento familiar; el derecho del niño a vivir en una familia que lo contenga, proteja y cuide; la intervención del Estado a través del poder administrador y del judicial; la necesidad de poner fin a una situación de 'indefinición' y 'provisoriedad' que la mayoría de las veces se mantiene en el tiempo, perjudicando al niño, principal sujeto de protección por manda constitucional-internacional".

[187] ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, t. 1, p. 72.

[188] La Convención sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 8° que "Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

dicaría un prejuzgamiento inadmisible, además que dificultaría aún más el desarraigo de las prácticas que se mantienen, pese a la inserción de los derechos humanos dentro de la legislación, impidiendo la real consideración de las personas menores de edad como sujetos titulares de derechos con el plus de reconocimiento justificado en su condición de persona en especial estado de desarrollo.

La situación de adoptabilidad, en definitiva, puede dar lugar a un estado de familia distinto al que se tiene, pero no necesariamente será de esa manera, de allí que es oportuna la denominación adoptada.

La nulidad absoluta se postula respecto de la resolución que se dicte, pero debe interpretarse que lo que se sanciona es la omisión de cumplimiento de todos los actos que importan el tránsito por esa etapa. Ello obedece a que es de interés público el derecho a vivir en una familia, preferentemente la biológica (nuclear o ampliada), el ejercicio del derecho de defensa de todos los involucrados, muy especialmente los padres que tienen cuestionado el ejercicio de su responsabilidad parental, el niño, niña o adolescente, y los organismos estatales, por lo que no satisfacer esos derechos importaría consentir vicios esenciales e insalvables. Lo importante es que el legislador optó por establecer que la nulidad es absoluta, si se vulneró el procedimiento que establecen los artículos 607 y siguientes, o se pretende admitir la guarda de hecho en violación a lo establecido en el artículo 611, sin perjuicio de las nulidades implícitas y genéricas que pueden plantearse.

III.9) *Inscripción en el Registro de Adoptantes. Aprobación*

También aparece consagrada la omisión de este presupuesto como causa de nulidad absoluta de la sentencia (o la adopción) dictada incumpliéndolo. La razón de esta elección, contraria a algunas sentencias que precedieron a la reforma[189] se funda en la revalorización de una

ley sin injerencias ilícitas"; en el artículo 9° que "Los Estados Partes velarán por que los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria por el interés superior del niño..." En sintonía, dispone el artículo 7° que los niños tienen no sólo el derecho a conocer a sus padres sino también a ser criados por ellos.

[189] La jurisprudencia había admitido la selección de los adoptantes por la progenitora, entre otros, con este argumento: "a los fines del otorgamiento de una guarda con fines de adopción, el requisito de la inscripción en el Registro Único de Aspirantes no puede constituirse en un requerimiento a tener en cuenta con rigor estrictamente ritual, pues, al tratarse de la construcción de un sistema de protección civil y protección social en beneficio de la sociedad y de la niñez, debe ser interpretado y aplicado con arreglo al principio rector, a la piedra fundamental en la que reposa la protección integral de los derechos del niño, cual es el interés superior de éste, que orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias". CSJN, 16-9-2008, "G., M. G.", L. L. 2008-F-59, y también con nota de Silvia E. Fernández, AR/JUR/7453/2008, o CApel. de Santiago del Estero, 9-3-2010, "B., S. B. y otro", L. L. NOA 2010-669, AR/JUR/27353/2010. En igual sentido CApel. de Santiago del Estero, 19-2-2010, "C., N. J. y B., C. H. s/Guarda con fines de adopción de la menor A., L. A.", L. L. Online, AR/JUR/18623/2010.

herramienta que, de funcionar correctamente, tiene a su cargo la compleja tarea de evaluar cualidades y calidades para ser adoptantes.

Una especialista en la materia se ha preguntado si todas las personas para adoptar deben estar inscriptas, aseverando que la respuesta positiva se impone, aun en aquellos supuestos excepcionales que en razón del vínculo de parentesco se admite la guarda de hecho. Sostuvo la prestigiosa académica que el fundamento es que el Estado es el garante último de los derechos de las personas, y recae en los jueces la gran responsabilidad de elegir la mejor familia adoptiva para una persona menor de edad de una nómina que suele ser extensa. Esta tarea requiere de un trabajo interdisciplinario y la existencia del Registro tiene, entre otras finalidades, el poner a disposición de los jueces una herramienta para llevar adelante tan compleja tarea de la mejor manera posible y a fin de evitar conflictos de extrema gravedad como son los casos de "devoluciones"[190].

III.10) *Consentimiento de la persona adoptada*

Esta causal de nulidad es novedosa respecto de los antecedentes que precedieron a la legislación adoptiva y se introduce en consonancia con la postura que asumió el legislador en torno a la autonomía progresiva de la persona humana para el ejercicio de sus derechos.

Si bien el tema se explica en extenso en el comentario a los artículos 595, inciso f, y 617, inciso c, se debe destacar que la preceptiva

[190] HERRERA, *El régimen adoptivo en el Anteproyecto de Reforma del Código Civil: Más sobre la trilogía: Blanc* cit.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que sanciona con nulidad la omisión del consentimiento del adoptado es coherente con la economía de la reforma, en especial en lo que hace al principio de "democratización" de las relaciones familiares[191], y las disposiciones constitucionales (art. 21, Convención sobre los Derechos del Niño). Visualizándose especialmente a partir de una mayor participación en el proceso adoptivo del principal interesado, a quien se coloca en el centro de la escena y se le brinda un total e irrestricto acceso a la justicia.

Establece el artículo 25 que son personas menores de edad las que no alcanzaron los dieciocho años, y en la norma siguiente dispone que para el ejercicio de sus derechos contará con sus representantes legales. Sin embargo, enseguida se aborda la cuestión vinculada con el ejercicio personal de los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico (tal el caso del consentimiento de su propia adopción), debiendo contar con edad y grado de madurez suficiente. El artículo 26 aclara, además, que todas las personas menores de 18 años tienen derecho a ser oídas en los procesos judiciales que le conciernen, distinguiéndolo del de participar en las decisiones vinculadas con su persona.

La nulidad de la sentencia obtenida en violación al deber de contar con el consentimiento de la persona mayor de diez años, se enlaza, además, con los principios generales del artículo 595, inciso f, que específicamente regula el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio su consentimiento a partir de los diez años[192].

Esa disposición contempla dos imperativos a respetar por la judicatura a la hora de asumir una decisión en materia adoptiva: en primer lugar, el derecho de la persona menor de edad –sin límite etario– a

[191] *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, V) Libro Segundo: *Relaciones de familia*, en *Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 480.

[192] La doctrina del consentimiento informado ingresa en el campo del Derecho gracias al avance de la bioética, que nace para contrarrestar los efectos del "paternalismo" médico, y sin lugar a dudas, puede ser de absoluta aplicación en lo que atañe a la infancia y sus derechos (HERRERA, Marisa, *La voz del niño en su proceso de adopción*, en Supl. J. A. del 12-12-2007, J. A. 2007-IV-1095).

ser oída, y expresar su opinión, la que debe tomarse en cuenta conforme la edad y madurez, y en lo posible atender, salvo que la misma sea contraria a su mejor interés. Su omisión deriva en la nulidad relativa de la adopción, de conformidad con lo dispuesto en el artículo siguiente.

Además, constituye un requisito esencial para el emplazamiento adoptivo el *consentimiento* expreso del niño mayor de diez años –independientemente del de los adoptantes–, pues se considera que a partir de dicha edad cuenta con madurez suficiente *con relación al acto adoptivo*[193].

De esta afirmación se desprenden, también, dos cuestiones: a) el límite etario es la pauta mínima, es decir, que puede suceder que un niño menor de esa edad, pero con madurez suficiente para tener por acreditada su competencia para decidir, exprese su consentimiento antes de esa edad, a su requerimiento y ejerciendo su carácter de parte; b) en términos procesales, la sentencia no podría dictarse sin cumplirse con el recaudo legal, pues resulta un requisito esencial que hace a la validez del acto jurídico que emplaza adoptivamente, conformando un presupuesto de la filiación adoptiva.

Suponiendo que no obstante la omisión de obtener el consentimiento, la sentencia sea dictada, su nulidad es absoluta, inconfirmable, imprescriptible, por lo que resulta aconsejable que en el cuerpo de la resolución que se dicte se consigne un apartado específico donde este tema sea analizado, tanto como lo son los restantes vinculados con la filiación adoptiva (requisitos formales, morales, económicos, etc.).

El texto señala que la falta de consentimiento del niño acarrea la nulidad "a petición exclusiva del adoptado", lo que debe interpretarse teniendo en consideración que para el niño, expresar sus opiniones es una opción, no una obligación[194], y que cuando espontánea y libremente

[193] HERRERA, en *La voz del niño en su proceso de adopción* cit., y sus citas. El consentimiento informado implica una declaración de voluntad efectuada por una persona, por la cual, luego de brindársele una suficiente información referida al procedimiento o intervención que se le propone, y respecto de la cual emite una declaración de voluntad de manera conciente, con conocimiento de las consecuencias que derivan de su expresión, y en el marco de la mayor libertad posible.

[194] Observación General N° 12 (2009), *El derecho del niño a ser escuchado*, Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/GC/12, 51° período de sesiones, ap. 16, análisis jurídico.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

se expresa respecto de un tema de su inherencia personal, como será ser o no miembro de una familia, es en exclusividad el o la protagonista de su historia.

En definitiva, debe requerirse a la persona mayor de 10 años el consentimiento para su propia adopción; si lo negase y la sentencia de igual modo hiciese lugar a la petición, devendría nula, pero sólo a pedido del adoptado, cuya participación en ese caso será ineludiblemente con la asistencia del abogado del niño.

La persona menor de edad no deberá explicitar las razones de su negativa, en todo caso, corresponderá al juzgador justificar su proceder, y al niño, niña o adolescente le quedará la posibilidad de recurrir, planteando entonces la nulidad de la sentencia dictada en contraposición con la norma.

Debido a esto, con independencia de la edad, es de buena práctica la ponderación de la madurez del adoptado[195], y en aquellos casos donde aparezca nítidamente que se encuentra en condiciones de dar instrucciones a un letrado, proveer dicha cobertura legal o designarse un tutor *ad litem* o en su caso[196].

[195] Además de una garantía de observación por parte de los Estados que han firmado la Convención sobre los Derechos del Niño, que respetarán obligadamente la participación del niño, niña o adolescente en el proceso.

[196] Para profundizar sobre esta figura recomendamos compulsar entre otros, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina*, en KIELMANOVICH, Jorge y BENAVIDES, Diego (comps.), *Derecho Procesal de Familia*, Editorial Jurídica Continental, San José de Costa Rica, 2008, ps. 179 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El derecho constitucional del menor a ser oído*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, *Derecho Privado en la reforma constitucional*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1994, ps. 157 y ss.; PINTO, Gimol, *La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y México*, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, Buenos Aires, 2001, ps. 127 y ss.; MIZRAHI, Mauricio L., *La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la ley 26.061*, en GARCÍA MÉNDEZ, Emilio (comp.), *Protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Del Puerto-Fundación Sur, Buenos Aires, 2006, p. 82, y *Los derechos del niño y la ley 26.061*, en L. L. 2006-A-858; MORENO, Gustavo D., *La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 35, LexisNexis, Buenos Aires, 2007; PÉREZ MANRIQUE, Ricardo, *La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia*, en *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 4, Buenos Aires, 2002, ps. 203 y ss.; KIELMANOVICH, Jorge, *Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)*, en L. L. 2005-F-987, y GOZAÍNI, Osvaldo A., *La representación procesal de los menores*, en L. L. 2009-B-709.

Podría darse el caso del menor de diez años que manifieste su negativa a ser adoptado; o el de esa edad o más que exprese su desacuerdo en la filiación adoptiva, supuestos en los cuales la ley los habilita expresamente a requerir la nulidad. Ante tal posibilidad, lo aconsejable es que se procure que a las puertas del proceso se brinde ocasión para el ejercicio del derecho a ser oído, se indague acerca de la información con que cuenta el niño respecto de la pretensión de su adopción, y eventualmente se trabaje interdisciplinariamente la cuestión vinculada con el consentimiento como expresión de voluntad libre. De ese modo se previene la frustración de la adopción.

III.11) *Juez competente. Normas de Derecho Internacional Privado*

En lo que hace al tema de la nulidad de la adopción, el artículo 2635 remite a los jueces del lugar del otorgamiento del acto cuya nulidad se invoca, o los del domicilio del adoptado. La redacción originaria de la comisión redactora contemplaba el deber de colaboración de las autoridades locales respecto de los aspirantes a adopción domiciliados en el país, cuando hayan tramitado una adopción en el extranjero, pero el Poder Ejecutivo modificó el texto, suprimiendo dicha referencia y manteniendo el resto[197]. Es el derecho del domicilio del adoptado al momento del otorgamiento el que rige la validez de la adopción

[197] Art. 2635: *Jurisdicción*. En caso de niños con domicilio en la República, los únicos competentes para la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción son los jueces argentinos. Para la anulación o revocación de una adopción son competentes los jueces del lugar del otorgamiento o los del domicilio del adoptado [Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio en la Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o de seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero].

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

(ver comentario al art. 2636), de modo que un juez argentino no sería competente en el pedido de nulidad de adopción conferida en el extranjero, invocando para la invalidez las normas locales.

IV) Significado de la reforma

A fin de mantener la coherencia entre la norma en comentario y las modificaciones que se introdujeron en todo el régimen de la adopción, además de las causales ya previstas para la declaración de nulidad se incorpora: a) la falta de declaración de situación de adoptabilidad; b) la inscripción y aprobación del Registro de Adoptantes correspondiente, y c) la falta de consentimiento del pretenso adoptado mayor de diez años, a petición exclusiva de éste.

Al establecer un procedimiento con reglas propias para demarcar correctamente el rol de la familia de origen y de la pretensa adoptante en todo el proceso que transcurre hasta la adopción de un niño, se otorga a la familia biológica un rol fundamental, respetándose de ese modo el derecho a preservar el vínculo. Sólo ante el consentimiento –prestado como proceso consciente y libre–, o el agotamiento de las medidas dispuestas respecto de la familia biológica (nuclear o ampliada), es procedente la declaración de situación de adoptabilidad. Al estar interesado el orden público, la sanción ante el incumplimiento de las formalidades establecidas no puede ser otra que la invalidez.

En particular, también se pone de resalto el enfoque que *transversalmente* atraviesa a la nueva legislación, y que consiste en la inclusión jurídica y legitimación personal de la persona menor de edad, en función de su condición de sujeto de derecho diferenciable de sus padres o representantes legales.

Este sistema se desarrolla a través de dos vías: a) el establecimiento de edades determinadas en el artículo 25, por debajo de la cual se es menor de edad (18 años), niño/a (0 a 12 años), haciendo nacer la categoría de adolescentes (13 a 18 años); b) la consideración de la autonomía progresiva de la persona menor de edad para ejercer sus derechos, que se puntualiza a lo largo de varias normas (arts. 24, 26, 64, 66, 109, inc. a, 112, 113, 404, 425, 596, 608, 678, 679, entre otras).

De este modo, cuando de menores de edad se trata, hallamos a lo

largo de todo el articulado normas que indican que deberán considerarse su edad (pauta rígida) y su madurez (pauta más dúctil) en todo asunto que le competa, sin dejar de ponderar la competencia para tomar las propias decisiones en función del derecho comprometido y la realidad que lo circunda. En algunos supuestos como los analizados en esta ocasión, vinculados con el consentimiento respecto de actos personalísimos[198], el legislador optó por el establecimiento de "mayorías de edad anticipadas", por ejemplo, respecto a los actos médicos (16 años, art. 26), o el consentimiento para la propia adopción (10 años, art. 617, inc. c).

El supuesto de la edad requerida para prestar consentimiento y generar el vínculo adoptivo (10 años)[199] tiene como sustento el respeto por

[198] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *El derecho del niño a su propio cuerpo*, en BERGEL, Salvador Darío y MINYERSKY, Nelly (comp.) *Bioética y Derecho*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 114, nos enseña que la autodeterminación se encuentra intrínsecamente vinculada a la noción de consentimiento informado, que requiere respeto por el derecho de toda persona a recibir la información necesaria para decidir autónomamente las cuestiones que la afectan. El principio requiere información, comprensión, libertad y competencia para la toma de decisión, y por eso implica la suficiencia de comprensión para asimilar la información brindada.

[199] FAMÁ y HERRERA, *Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia...* cit., señalan que: "Algunos autores han delineado parámetros etáreos para delimitar el derecho del niño a ser oído. Por ejemplo, para Françoise Dolto 'a partir de los 8 años todo niño debería poder comunicarse con el juez tantas veces como quisiera' (ver Dolto, Françoise, *Cuando los padres se separan*, Paidós, Barcelona, 1989, p. 121). Según Matilde Risolía, la obligación comienza desde los 14 años de edad, momento a partir del cual la ley –mediante una presunción *juris et de jure*– atribuye al niño pleno discernimiento (conf. art. 921, Cód. Civ.). Sin perjuicio de ello, la autora sostiene que –aún antes de arribarse a tal edad– a medida que el niño crece y adquiere el pensamiento abstracto, su grado de discernimiento permite –dentro de lo posible– su participación gradual con la ayuda de profesionales capacitados para interpretar adecuadamente lo que el niño expresa (ver Risolía de Alcaro, María Matilde, *La opinión del niño y la defensa de sus derechos*, en *Los derechos del niño en la familia...* cit., ps. 263 y ss.). Por su parte, María Victoria Pellegrini, con referencia a los anteriores arts. 1076 y 1114 del Código Civil –en cuanto establecían la responsabilidad por daños y perjuicios de los niños a partir de los 10 años–, afirmó que por lo menos desde tal edad deberían ser escuchados en los procesos que los afectan. Sin perjuicio de ello, la autora sostuvo que deberá apreciarse en cada caso en concreto si se cumple con el requisito básico de que el niño 'esté en condiciones de formarse un juicio propio' (ver Pellegrini, María Victoria, *Derecho constitucional del menor a ser oído*, en L. L. 1998-B-1336)".

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

el derecho a la identidad, pues implica la consideración de esa persona con su particular historia vital. También se admite la sugerencia del Comité de los Derechos del Niño en cuanto a la efectiva participación del principal involucrado, el ejercicio de sus derechos y la consideración que pueda hacer en forma razonable e independiente de los adultos, sobre todo dados los efectos del resultado del proceso en la vida del niño, niña o adolescente. La recomendación del organismo ha sido que la persona menor de edad sea escuchada directamente, pero sin desechar a que lo sea por representante, en cuyo caso lo será exclusivamente de los intereses del niño, niña o adolescente, debiendo ser legitimado para requerir la nulidad de la adopción en su nombre[200].

De este modo, se consagra en el campo de la niñez, el desarrollo de normas orientadas a plasmar una "ética de los vulnerables" que persigue la igualdad real de oportunidades, apareciendo el niño como categoría con derechos autónomos de los que detentan los adultos[201].

El interés público está puesto en los derechos del niño, niña o adolescente, y además de garantizar con su participación ejerciendo el derecho a ser oídos, se sanciona con nulidad absoluta la ausencia de consentimiento, en consonancia con lo que establece el artículo 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto dispone que los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea la consideración primordial y: "a) ...que las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario". Esta pauta coloca al adoptado en igualdad de condiciones que los adultos, puesto que también los padres biológicos pueden prestar su consentimiento informado con el objeto de prevenir que las situaciones de vulnerabilidad estructural que pudiesen afectarlos sean las motivadoras del desprendimiento de su función de crianza.

La nueva legislación introduce también las orientaciones y reglas para reforzar la consideración del Registro de Adoptantes como herramienta útil en el proceso adoptivo, necesaria para la selección adecuada de la familia, con la idea de reducir al mínimo las posibilidades de arrepentimiento de la inclusión de la persona menor de edad en el sistema familiar.

[200] OC N° 12 (2009), 35, análisis del párrafo 2° del artículo 12.
[201] LORENZETTI, *Aspectos valorativos...* cit.

Al otorgarse posibilidad de adoptar a las personas con independencia del modelo familiar al que adhieran (monoparental, matrimonial, en unión convivencial), se plasman las soluciones jurisprudenciales que, acogiendo las directrices de derechos humanos, impusieron las normas convencionales por sobre las internas que resentían derechos fundamentales, especialmente las vinculadas con la garantía de igualdad y no discriminación.

Art. 635 *Nulidad relativa.* **Adolece de nulidad relativa la adopción obtenida en violación a las disposiciones referidas a:**

a) la edad mínima del adoptante;

b) vicios del consentimiento;

c) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído, a petición exclusiva del adoptado.

I) Resumen

El Código enumera los supuestos que traen aparejada la nulidad relativa de la adopción. Ello acontece si se transgreden las normas que disponen que el adoptante –o al menos uno de ellos si se trata de una pareja casada o en unión convivencial– deberá contar con 25 años de edad (art. 601); se acciona invocando vicios en el consentimiento (error, dolo o violencia) o se omite la citación de la persona menor de edad para ejercer el derecho a ser oído.

Es decir, sólo caerá la filiación adoptiva ante el requerimiento de un legitimado y la admisión por sentencia judicial, de la nulidad alegada.

II) Concordancias

Error como vicio de la voluntad: error de hecho (art. 265); error reconocible (art. 266); supuestos de error esencial (art. 267); error de cálculo (art. 268); subsistencia del acto (art. 269); error en la declaración (art. 269); dolo como vicio de la voluntad: acción y omisión

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

dolosa (art. 271); dolo esencial (art. 272); dolo incidental (art. 273); sujetos (art. 274); responsabilidad por los daños causados (art. 275); violencia como vicio de la voluntad: fuerza e intimidación (art. 276); sujetos (art. 277); responsabilidad por los daños causados (art. 278); adopción, principios generales (art. 595, inc. f); pluralidad de adoptados (art. 598); restricciones (art. 601); declaración de la situación de adoptabilidad: sujetos del procedimiento (art. 608); reglas del procedimiento (art. 609); juicio de adopción: reglas del procedimiento (art. 617); participación en el proceso de niños, niñas y adolescentes (art. 707).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

Los vicios que dan lugar a la nulidad relativa están destinados a desaparecer o pueden ser convalidados, de allí que sólo son viables a requerimiento de alguna de las partes afectadas.

Debe interponerse la correspondiente acción judicial, pues la nulidad de la adopción incide sobre un título de estado (en función de lo dispuesto por el art. 594, 2° párr.). Corresponde siempre al adoptado, con intervención del Ministerio Público si es menor de edad, al que padeció el vicio de consentimiento y a los terceros a los que la sentencia dictada pudiese afectar, como por ejemplo, los herederos. En los casos en que la acción corresponde únicamente a su titular (por ejemplo, sería el propio adoptado, cuando se omitió el ejercicio del derecho a ser oído), la nulidad caduca en el supuesto de fallecimiento del titular de la acción; igualmente en los de vicios del consentimiento ante el fallecimiento del que lo sufrió.

Se trata de circunstancias que son superables, como sería el caso de haberse alcanzado la edad o haberse satisfecho la obligación de rendir cuentas en la tutela, de modo que, también a requerimiento de parte, se produce la convalidación de la nulidad. Legitimados para solicitar la confirmación serán las personas que intervinieron como parte y se vieron afectadas por la declaración de nulidad (como los progenitores, adoptado, adoptantes, el tutor), pero no los funcionarios administrativos.

III.2) *Edad mínima*

La norma sanciona el incumplimiento de lo dispuesto por el artículo 601, que establece la edad mínima del adoptante unipersonal en 25 años, excepto que se trate de adopción conjunta, en cuyo caso al menos uno de los cónyuges o convivientes deberá contar con esa edad. El vicio que provoca la nulidad es la falta de la edad en el adoptante unipersonal, o en alguno de los integrantes de la pareja si la adopción es conjunta.

Se requiere tenerlos cumplidos a la fecha en que le fue otorgada la guarda, ya que el artículo 618 retrotrae los efectos de la sentencia de adopción a ese momento. Por imperio del principio de reserva del artículo 19 de la Constitución Nacional, cabe interpretar que la persona de 24 años puede promover la guarda preadoptiva, siempre y cuando se pueda prever que, al momento de que la adopción sea otorgada, contará con la edad legal exigida. Caso contrario, la adopción adolecerá de nulidad relativa y al mismo tiempo la sentencia otorgada en violación a la preceptiva podrá ser anulada.

Si se tratase del supuesto previsto en el artículo 603, y quien contase con la edad mínima fuese el cónyuge o conviviente y no quien pretende adoptar, se interpreta que carece del recaudo legal ya que el artículo 601 establece la excepción para el supuesto de adopción conjunta. Será, entonces, nula la adopción conferida al cónyuge o conviviente de quien carece de capacidad para el acto restringida por la sentencia judicial, si el adoptante unipersonal no tiene la edad mínima de 25 años, aunque su pareja –con capacidad restringida– la supere. Se aplica idéntico criterio para el supuesto de adoptante unipersonal separado de hecho.

A contrario sensu, para los supuestos contemplados en los artículos 604 y 605, no será nula la adopción requerida si uno de los miembros de la pareja matrimonial o conviviente cuenta con 25 años al momento de la guarda preadoptiva, con independencia de que la unión de los adultos haya cesado al momento de la adopción.

III.3) *Vicios de la voluntad*

Sin perjuicio de la remisión a los artículos pertinentes citados en las concordancias, y el reenvío a las pautas generales que se realiza

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

en el artículo siguiente, respecto del error de hecho, el dolo y la violencia, su alegación como vicio deberá ajustarse para su tratamiento a las particularidades de este proceso.

El emplazamiento adoptivo es de corte netamente jurisdiccional, de modo que, a excepción de las medidas de protección de derechos de naturaleza administrativa que puedan servir de antecedentes, el sistema debería reducir al máximo la posibilidad de que se configuren los vicios de error, dolo o violencia. Especialmente si se considera que los principales involucrados deberán prestar su consentimiento informado ante la autoridad judicial, revistiendo calidad de parte –contando con patrocinio jurídico–, lo que reduce el riesgo de error (art. 265).

En el supuesto de la adopción, el error y el dolo se vinculan estrechamente con la naturaleza del acto, las circunstancias de la persona y el tiempo, todo lo cual se encuentra perfectamente pautado en la nueva redacción respecto de los padres biológicos, el niño, niña y adolescente y los pretensos adoptantes. No obstante, podría darse el caso de que, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 607, inciso b, alguno de los padres o ambos, hayan sido objeto de presiones o inducidos a creer, por ejemplo, que conferían una guarda judicial. Aunque, como señaláramos, en ese caso necesariamente contarán con patrocinio letrado, por lo que la posibilidad práctica de ocurrencia del vicio se reduce sensiblemente.

Lo mismo es sostenible respecto de la violencia, aunque ha de brindarse particular importancia a las condiciones de vulnerabilidad estructural[202] de los progenitores en la etapa del proceso de declaración de la situación de adoptabilidad (arts. 607, 608, 609 y ss.)[203].

[202] KEMELMAJER DE CARLUCCI y HERRERA, *Familia de origen vs. familia adoptiva: De las difíciles disyuntivas que involucra la adopción* cit., p. 20, sostuvieron: "En países como el nuestro, donde la pobreza se ha transformado en un fenómeno estructural en importantes capas de nuestra sociedad, no hay que olvidar que la falta de recursos económicos viene acompañada de carencias educacionales, que también hacen a la posibilidad o no de asumir el rol de padre o madre de manera idónea y, por consiguiente, a la necesidad de un acompañamiento de parte del Estado para efectivizar este derecho".

[203] En tal sentido, no puede desentenderse el intérprete, del párrafo 76 de la Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre Condición Jurídica del Niño que expresa: "La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención..."; agregando en el párrafo 77: "El niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal". De este modo, será sujeta a comprobación judicial la invocación de vicio en el consentimiento que pudieron haber prestado los progenitores, condicionados económicamente por circunstancias apremiantes, si fue ésa la única razón que los indujo al desprendimiento.

La adopción conferida adoleciendo de vicio de consentimiento de la persona adoptada, los padres biológicos o los adoptantes, será declarada nula a requerimiento de quien sufriera el error, el dolo o la violencia. Es extensiva a los tres tipos de adopción (simple, plena e integrativa).

Supongamos ahora que el vicio de la voluntad lo produjo la actividad de un tercero ajeno al adoptante o al adoptado (art. 274). ¿Quién podrá pedir la nulidad del acto jurídico familiar de adopción? Tratándose de una nulidad relativa (art. 635), según el sistema del código derogado, sólo lo podía hacer la persona en cuyo beneficio fue establecida la invalidez (arts. 1047 y 1048 del código derogado). El nuevo Código, en cambio, adopta una solución extremadamente novedosa, consagrando un remedio efectivo de tutela para aquellas partes del acto que, según el criterio tradicional del código anterior, no se hallaban legitimadas para la invocación de la invalidez no obstante que, por razón del vicio de la voluntad, experimentaran un perjuicio importante. En ese orden, establece *el nuevo artículo 388* (ver t. II, p, 522) que excepcionalmente puede invocarla (la nulidad relativa) la otra parte, si es de buena fe y ha experimentado un perjuicio importante. Indudablemente que el interés superior del niño y la base ética que gobierna la relación adoptiva justifican plenamente el requisito exigido.

III.4) *Derecho a ser oído*

Conforme con las pautas internacionales, el Código en toda ocasión respeta la calidad de sujeto de derechos de los niños, las niñas y adolescentes, no sólo en lo referente a su titularidad, sino también desde la promoción del ejercicio personal de sus derechos. El fundamento de tal decisión legislativa reposa, fundamentalmente, en lo dis-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

puesto por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y en la capacidad progresiva reconocida por el ordenamiento en función de las distintas etapas evolutivas del desarrollo humano[204]. En ese sentido, la reforma se hizo eco de la postura que sostuvo que las diferentes etapas por las que atraviesa el niño en su evolución psicofísica determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder en el ejercicio de sus derechos fundamentales, obligando al legislador al reiterado abandono de la rígida dicotomía entre "capacidad/incapacidad" propuesta por el código derogado[205].

Dentro de ese campo, en lo que hace al tema en comentario, debe resaltarse que en procura de la consideración primordial del niño como sujeto, habrá de ponerse a su disposición el irrestricto derecho a ser oído, con independencia del reconocimiento en carácter de parte en el proceso de adopción, vinculado estrechamente a su participación efectiva, ya en el primer estadio del proceso.

El artículo 608 menciona entre los *Sujetos del procedimiento*: "...a) con carácter de parte, del niño, niña o adolescente, si tiene edad y grado de madurez suficiente, quien comparece con asistencia letrada...", y entre las reglas de procedimiento que se establecen, se consigna como obligatoria la entrevista personal del juez con los padres y con el niño/a o adolescente cuya situación de adoptabilidad se tramita (art. 609). También para la selección de los pretensos adoptantes inscriptos en el Registro "...El juez debe citar al niño, niña o adolescente cuya opinión debe ser tenida en cuenta según su edad y grado de madurez" (art. 613 *in fine*).

En la instancia ulterior (proceso de adopción) también se admite como parte a el pretenso adoptado que cuenta con edad y grado de madurez (art. 617, inc. a). Esa calidad de parte no impide que todo pretenso adoptado deba ser oído personalmente por el juez, quien tendrá en cuenta su opinión según su edad y grado de madurez (art. 617, inc. b).

Consecuencia del diseño legal, entonces, en el proceso de adopción

[204] El tema se desarrolla con amplitud en GIL DOMÍNGUEZ, FAMÁ y HERRERA, *Derecho Constitucional de Familia* cit., t. I, ps. 520 y ss.

[205] FAMÁ y HERRERA, *Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en Argentina* cit., cuya lectura recomendamos por el cúmulo de antecedentes internacionales consignados en el texto.

habrá de distinguirse: a) la participación personal a través de su derecho a expresar opinión –a valorar en función de su edad y madurez–; b) el carácter de parte cuando cuente con edad y grado de madurez suficiente, y c) la exigencia de su consentimiento expreso cuando es mayor de diez años.

Mizrahi señaló que el deber de escuchar al niño es tan esencial en la protección de sus derechos que "la ley ritual debería fulminar con la nulidad toda actuación jurisdiccional que afecte a un niño y en la cual éste no haya tenido la debida participación"[206]. Ya a partir de la ley 26.061 se había eliminado cualquier discrecionalidad judicial o administrativa respecto de la conveniencia de oír al niño, pues ello hace a una modalidad de acceso a la justicia a la que tiene derecho por su condición de sujeto, tal como se previó tratándose de personas vulnerables, entre las que corresponde incluir a niños y adolescentes, en las 100 Reglas de Brasilia[207].

La causal de nulidad se configura a partir de la omisión de la puesta a disposición del ejercicio por parte del sentenciante, y no como consecuencia de la negativa del niño, niña o adolescente de expresar su opinión. También podrá acaecer cuando se omite generar las condiciones adecuadas para que la persona exprese su opinión, pues es deber del Estado asegurar que existan mecanismos para recabar su opinión y

[206] MIZRAHI, Mauricio L., *El niño: educación para una autonomía responsable*, en L. L. 1993-E-1269.

[207] Conf. 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, elaboradas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, Regla 2. Se considera *niño, niña y adolescente* a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo. Y también Sección 2ª, Promoción de la asistencia técnico jurídica de la persona en condición de vulnerabilidad [...] Se destaca la conveniencia de promover la política pública destinada a garantizar la asistencia técnico-jurídica de la persona vulnerable para la defensa de sus derechos en todos los órdenes jurisdiccionales: ya sea a través de la ampliación de funciones de la Defensoría Pública, no solamente en el orden penal sino también en otros órdenes jurisdiccionales; ya sea a través de la creación de mecanismos de asistencia letrada: consultorías jurídicas con la participación de las universidades, casas de justicia, intervención de colegios o barras de abogados...

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

tenerla debidamente en consideración por quien habrá de decidir acerca de sus derechos, partiendo del presupuesto de que tiene capacidad para formarse su propio juicio, y no a la inversa. Es ineludible para el cometido brindar a la persona menor de edad la información pertinente (que no equivale a exhaustiva) que le permita formar su juicio autónomo.

El Comité de los Derechos del Niño hizo hincapié en que el artículo 12 de la Convención no impone ningún límite de edad al derecho a expresar la opinión, y desaconsejó a los Estados Parte que introduzcan por ley o en la práctica límites de edad que restrinjan el derecho del niño a ser escuchado en todos los asuntos que lo afectan[208].

El texto en comentario se alinea tras esas premisas, de modo tal que en ningún supuesto habrá de omitirse la puesta a disposición del ejercicio del derecho a ser oído, y será nula la sentencia que se dicte sin que se produzca esa escucha. Esta regla se independiza de la decisión judicial, en tanto el juzgador puede apartarse de la opinión del niño, pero al hacerlo, y también bajo pena de nulidad, deberá justificarse razonadamente ese corrimiento[209].

Esta disposición exige el reconocimiento de formas no verbales de comunicación, como el juego, la expresión corporal, el dibujo, las expresiones artísticas, con las cuales el ser humano puede demostrar la comprensión, preferencia y elección respecto de su filiación. Igualmente la consideración especial de la madurez, término ligado no necesariamente a la edad, sino más bien a condiciones de información, experiencia, entorno, factores sociales, expectativas, culturales, apoyos, etcétera, lo que implica el análisis particular de cada caso.

[208] OC N° 12 (2009), análisis literal del artículo 12.i.

[209] PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes*, Informe presentado en el Segundo Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, *Los derechos humanos en la familia. Hacia una armonización de las legislaciones en el Mercosur*, 24 y 25-8-2006, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires sostuvo: [la opinión del niño] "debe ser tenida en cuenta, considerada, e integrar ineludiblemente la motivación de la decisión, sin perjuicio de que puede o no seguirse. Debe acreditarse del punto de vista argumental y de la prueba rendida en la causa, que la opinión o posición del niño resulta dañosa para sus derechos. La sentencia no motivada en este sentido deviene un acto de autoridad del mundo adulto. La evolución de las facultades a partir del crecimiento y la posibilidad o aptitud de formarse un juicio propio, constituye el criterio de ponderación a la hora de decisión".

Esta norma se aplica también en el supuesto del artículo 598, cuando existen otros hijos biológicos o adoptivos. Es decir: es posible decretar la nulidad a solicitud de parte cuando se omite la consideración de la opinión de los otros niños interesados, debido a que por esa misma norma, se crea a su respecto un vínculo filial y su opinión ha de ser tenida en cuenta.

IV) Significado de la reforma

El Código regula en un articulado autónomo los supuestos de nulidad relativa de la adopción. Así, se separan las hipótesis de nulidad absoluta y relativa en dos articulados diferentes. Incorpora, en lo que hace a la segunda, un nuevo supuesto: el relativo a la sanción de invalidez ante la falta de escucha del adoptado.

Se modifica, para adecuarla a las pautas generales, la nulidad en función de la nueva edad mínima para ser adoptante. En ese sentido, si bien se reduce de 30 a 25 años para la adopción unipersonal, en el supuesto de la dual se requiere que al menos uno de los integrantes de la pareja cuente con ella, y se elimina la vinculación que la normativa anterior establecía entre la edad y la imposibilidad de procrear de los miembros de la pareja matrimonial.

Esta modificación respeta el derecho a la intimidad de la pareja, pero además se alinea con la inclusión del matrimonio igualitario a la legislación argentina, y la imposibilidad estructural de procreación biológica de ese tipo de familias deja de ser una pauta de análisis. ¿Cuál es el sentido? Nada menos que la consideración del instituto como una respuesta al derecho a la vida familiar para los niños privados de un entorno adecuado, con independencia de la inclinación sexual de los adultos.

Algunos de los lineamientos generales del Código relacionados con el ejercicio de los derechos por parte de los grupos vulnerables (ver art. 707), entre los que específicamente y en cada instituto se regularon los de los niños, niñas y adolescentes, se plasman en este apartado, al proponerse la nulidad de la adopción por violación al derecho a ser oído.

Este enfoque importa dejar en claro que resulta un derecho para

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

el niño y un deber para el interlocutor, cualquiera sea su edad, el ejercicio del derecho a ser oído. En un siguiente nivel de progresividad de ejercicio de autonomía se encuentra la participación activa del menor de edad en el proceso o el derecho a revestir la calidad de parte –con las consecuencias procesales que ello implica–, que resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, evaluados con prudencia por quien deba resolver la contienda en la que se encuentre involucrado el niño[210].

Cuando se sanciona la omisión de facilitar el ejercicio del derecho a ser oído, el Código se coloca en el primer nivel, desde que el segundo resulta una consecuencia lógica de haber dado cumplimiento con la primera obligación legal, sumado a la circunstancia de que el niño cuente con la madurez suficiente para asumir su calidad de parte.

Ambas facetas se distinguen, finalmente, del consentimiento para la adopción, figura de la que especialmente nos ocupamos en el artículo anterior, dada la nulidad absoluta que importa su omisión.

Art. 636 *Normas supletorias.* **En lo no reglado por este Capítulo, las nulidades se rigen por lo previsto en el Capítulo 9 del Título IV del Libro Primero.**

I) Resumen

La nulidad de la adopción reconoce un régimen específico, pero no por ello cerrado a la posibilidad de aplicación del régimen general. Por eso se afirma que la nulidad de la adopción reconoce un doble sistema: las reglas generales de la nulidad para los actos jurídicos que se establecen en los artículos 382 a 400, y las específicas de la adopción contenidas en esta sección.

[210] La Opinión Consultiva N° 17 (2002), Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre la Condición Jurídica del Niño, párrafo 102 indica: "el aplicador del Derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso".

II) Concordancias

Ineficacia de los actos jurídicos: categorías (art. 382); nulidad absoluta y relativa: criterio de distinción (art. 386); nulidad absoluta, consecuencias (art. 387); nulidad relativa, consecuencias (art. 388); nulidad total y parcial: principio, integración (art. 389); confirmación: requisitos (art. 393); forma (art. 394); efecto retroactivo (art. 395); adopción: nulidades absolutas (art. 634); nulidad relativa (art. 635).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Clasificaciones de las nulidades*

La norma no prescinde de las nulidades generales, y de ese modo, por expresa disposición legal, en la adopción pueden surgir causales de ineficacia distintas de las absolutas y relativas plasmadas en los artículos anteriores.

Esta modalidad de remisión a las reglas generales fue mantenida en la ley 24.779, que incorporó por vez primera el régimen de la adopción al Código Civil. Antes de ello la filiación adoptiva permaneció regulada por leyes especiales, que remitían en este tema al sistema general de nulidades del Derecho Civil.

La nulidad de un acto jurídico es la sanción de invalidez prescripta por la ley que lo priva de sus efectos, y prospera cuando se presenta un vicio que consiste en la falta de algún requisito que debía estar presente[211].

La protección de la ley frente al interés comprometido, que puede ser de orden público o de carácter particular, consiste en la ineficacia del acto, la que se establece en el sistema como nulidad absoluta o de

[211] LLOVERAS, Nora, con cita de LLOVERAS DE RESK, M. E., en *Nuevo régimen de adopción: ley 24.779*, Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 314 y ss., debe ser tenida en cuenta, considerada, e integrar ineludiblemente la motivación de la decisión, sin perjuicio de qué puede o no seguirse. Debe acreditarse del punto de vista argumental y de la prueba rendida en la causa, que la opinión o posición del niño resulta dañosa para sus derechos. La sentencia no motivada en este sentido deviene un acto de autoridad del mundo adulto. La evolución de las facultades a partir del crecimiento y la posibilidad o aptitud de formarse un juicio propio, constituye el criterio de ponderación a la hora de decisión.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

nulidad relativa (art. 386), al mismo tiempo que se admite la clasificación de los actos en total o parcialmente nulos (art. 389). Se dispuso la eliminación de la clasificación de actos nulos y anulables y, por tratarse de una defensa de fondo, sólo será invocable al contestar la demanda; no se resolverá como de previo y especial pronunciamiento sino en la sentencia, luego de producida la prueba ofrecida.

La clasificación en total o parcialmente nulo de los actos jurídicos no podría ser aplicada a la sentencia de adopción, pues es imposible establecer un estado "parcial" de filiación adoptiva, pero sí es procedente para los actos jurídicos previos a la sentencia, o respecto de algún efecto. Por ejemplo: sería nula la sentencia de adopción del hijo del cónyuge que decretara que la misma tiene efectos a partir de las nupcias, pero sólo respecto de ese efecto, puesto que el artículo 618 establece que emplazará adoptivamente a partir de la promoción de la acción, y ese error no puede incidir en lo fundamental: el nuevo estado que nace con la sentencia.

Resumiendo, las adopciones podrán ser nulas de nulidad absoluta o relativa, y cabe la posibilidad de ocurrencia de nulidades durante el proceso, sometidas a las reglas generales[212]. Será nula e inconfirmable

[212] Conforme los fundamentos de elevación del Proyecto, "El acto es nulo si el vicio es patente, ostensible o manifiesto y anulable si es larvado u oculto y requiere una investigación de hecho; b) apuntando más a la consistencia que a la visibilidad; en el nulo la falla es rígida, determinada, invariable e idéntica en los casos de la misma especie y anulable si se presenta fluido, indefinido, susceptible de grados, variable en los actos de la misma especie, siendo por lo tanto, intrínsecamente dependiente de la investigación judicial; c) desde el criterio de la visibilidad, se sostiene que ella no es la que se presenta ab initio, sino que se evidencia al juez al momento de dictar sentencia, sea de la lectura del instrumento o de éste y de una prueba extrínseca a él; d) lo manifiesto del acto nulo no alude a la 'ostensibilidad visual del vicio' sino a la posibilidad de subsumirlo en una hipótesis normativa sin sujeción a una previa e imprescindible valoración de circunstancias contingentes para determinarlo; e) el acto es nulo cuando el vicio se halla manifiesto, patente en el acto mismo, siendo el papel del juez el de limitarse a constatar la existencia de una invalidez declarada de puro derecho en la ley, es preciso, rígido e insusceptible de estimación y apreciación por el juez; en el anulable, en cambio, es necesaria una labor de investigación que depende de circunstancias de hecho siendo la falla flexible variable y de valoración judicial (este enfoque parece englobar en la caracterización tanto la 'visibilidad' del vicio como su 'rigidez')".

la adopción del pupilo por su tutor si no se aprobaron las cuentas de la tutela, o la conferida a un abuelo, respecto de su nieto; nula, pero confirmable, aquella en la que el adoptante tuviese disminuida su capacidad civil o que se dictase antes de fenecer el plazo del artículo 613; es totalmente nula la adopción que se dicte sin obtener el consentimiento del adoptado mayor de diez años, y nula pero confirmable la que se dicta sin dar participación al Ministerio Público una vez decretado el estado de adoptabilidad, o la que omite requerir a los adoptantes el compromiso de hacer conocer la realidad biológica.

Las adopciones pueden, entonces, estar afectadas por vicios que provoquen su nulidad, y al mismo tiempo la sentencia dictada en contravención de las normas podría resultar un acto jurídico nulo. También cabe el supuesto en que el procedimiento contenga actos ineficaces, en cuyo caso la nulidad será subsanable y no podrá expandirse a todos los actos, como sería el caso de adopción sin citación a ser oídos de los hijos adoptivos o biológicos del adoptante (art. 598).

Con esta disposición queda comprendido todo vicio que se produzca durante el procedimiento que culmina con la declaración de estado de adoptabilidad, como ya lo sugiriera D'Antonio para la guarda preadoptiva[213], pero ahora por así disponerlo expresamente el nuevo Código (art. 634, inc. g).

III.2) *Efectos de la sentencia*

La acción de nulidad que prospera concluye con una sentencia declarativa, que desplaza del estado de familia logrado con la adopción, privándola entonces de los efectos nacidos a partir del emplazamiento.

En el supuesto de adopción plena, el adoptado queda en situación de adoptabilidad o vigente su vínculo biológico, en el supuesto en que la nulidad afecte al procedimiento previo a la declaración. En el supuesto de la adopción simple, renace su filiación biológica en plenitud, al igual que en la adopción de integración.

[213] D'ANTONIO, *Régimen legal de la adopción. Ley 24.779* cit., p. 127.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

IV) Significado de la reforma

Subsiste, expresamente, la aplicación supletoria del sistema de nulidades de la parte general, admitiéndose entonces otras nulidades distintas de las normadas como absolutas y relativas para el instituto.

Las variables siguen, en ese sentido, las acaecidas en lo pertinente respecto de los vicios del consentimiento y lo específicamente tratado respecto del instituto de la adopción.

Art. 637 *Inscripción.* **La adopción, su revocación, conversión y nulidad, deben inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas.**

I) Resumen

La sentencia que resuelve otorgar la adopción, la que dispone la revocación de la adopción simple o la revocación de la adopción plena, la conversión de la adopción simple en plena, o la que resuelve la nulidad, emplazan o desplazan en el estado de familia, y de allí la importancia de su registración. Con ella se garantiza la universalidad de tratamiento del derecho a la filiación adoptiva en igualdad de condiciones que las otras fuentes filiatorias.

II) Concordancias

Fuentes de la filiación, igualdad de efectos (art. 558); certificado de nacimiento (art. 559); adopción: concepto (art. 594); conversión (art. 622); revocación (arts. 629 y 633). Ley 26.413 (arts. 1°, 2°, 15, 47 y concs.).

III) Interpretación de la norma

La adopción emplaza en estado filial a partir de la sentencia que se dicta, y para producir efectos jurídicos requiere de la inscripción en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, que a partir de recibir la comunicación correspondiente deberá expedir los certificados de nacimiento sin que en los mismos se mencione el origen del emplazamiento.

El artículo 1° de la ley 26.413 dispone que todos los actos o hechos que den origen, alteren o modifiquen el estado civil y la capacidad de las personas deberán inscribirse en los correspondientes registros de las provincias, de la Nación y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el 25 remite al del asiento de origen, mientras que el artículo 47 se refiere específicamente a las adopciones simples, sus anulaciones y revocaciones, disponiendo que se inscribirán por nota de referencia con relación a inscripciones de nacimiento, transcribiéndose la parte dispositiva de la sentencia, lugar, fecha, juzgado interviniente y carátula del expediente. Finalmente, el artículo 50 establece los recaudos que deberá contener el testimonio de la sentencia para proceder a la inscripción en el Registro.

IV) Significado de la reforma

Esta norma permanece inalterada, a excepción de que se agrega la obligatoriedad de inscripción de la conversión (art. 622) y que también se extienden los casos de revocación a la adopción plena cuando involucra a una adopción de integración. En el caso de la conversación, como es una figura nueva, la previsión de su correspondiente inscripción es coherente con esta novedad y los efectos que se derivan de ella.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

TÍTULO VII

RESPONSABILIDAD PARENTAL

CAPÍTULO 1

PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Art. 638 ***Responsabilidad parental. Concepto.*** **La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado.**

I) Resumen

Como el lenguaje no es neutro, el Código reemplaza el término "patria potestad" por el de "responsabilidad parental", de conformidad con varios principios constitucionales-internacionales, como ser: el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, el consecuente principio del interés superior del niño y la autonomía progresiva de niños y adolescentes, todos ellos, en el marco de la obligada "democratización de las relaciones familiares", entre ellas, el vínculo entre padres e hijos que ya no gira en torno de la noción de "potestad" o "poder", sino de "responsabilidad". No se trata sólo de un remplazo terminológico, sino que implica un replanteo de la relación paterno-filial a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos. A esta institución ya no se la observa como un poder de los padres sobre los hijos, sino que la noción de *responsabilidad parental* permite visualizar a esta figura como una función de colaboración, orientación, acompañamiento e, incluso, contención, instaurada en beneficio de la persona menor de edad en desarrollo para su formación y protección integral.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

II) Concordancias

Adopción, facultades judiciales (art. 621); adopción simple, efectos (art. 627); efectos entre el adoptado y el adoptante (art. 631); titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 641 a 645); ley 26.061, responsabilidades paternas comunes (art. 7°); decreto 415/2006, derechos y obligaciones emergentes de las relaciones familiares (art. 7°); ley 26.529, derechos del paciente; ley 26.579, régimen de mayoría de edad; ley 26.657, derecho a la protección de la salud mental; disposiciones de Derecho Internacional Privado (art. 2594); derecho aplicable a la responsabilidad parental (art. 2639).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Precisiones terminológicas*

En las últimas décadas, y auspiciado por la obligada perspectiva constitucional-internacional, se ha ido produciendo un cambio de nomenclaturas que, a la par, traen consigo modificaciones sustanciales de contenido. La figura de la "patria potestad" no ha quedado afuera de esta mirada revisionista. En este sentido, voces doctrinarias cada vez más fuertes pregonan el reemplazo de la vetusta noción de "patria potestad" por la de "responsabilidad parental", de conformidad con el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que alude, en primer término, a las "responsabilidades" de los padres, y el artículo 7° de la ley 26.061, que se refiere a la "responsabilidad familiar".

Tomándose como ejemplo lo que acontece en el Derecho Comparado, cabe traer a colación el Reglamento del Consejo Europeo 2201/03, del 27 de marzo de 2003 (comúnmente conocido como *Nuevo Bruselas II*), referente a la "Competencia, el Reconocimiento y la Ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental" y el Código de la Infancia y la Adolescencia de Colombia del año 2006 (conf. art. 14), que aluden, ambos, a la "responsabilidad parental".

Ya lo había adelantado Cecilia Grosman[1], quien advertía: "detenernos en los vocablos es cooperar en la transformación de las creencias y como resultado influir en las actitudes y comportamientos. Por lo tanto, es preciso bregar por la incorporación de designaciones más apropiadas a su real significación histórica y vital, ya que las que aún subsisten no resultan ser sus intérpretes legítimos".

[1] GROSMAN, Cecilia, *El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., *Nuevos perfiles del Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 182.

Como lo hemos adelantado, este cambio terminológico no implica un simple reemplazo nominal, sino una transformación de fondo en la relación entre padres e hijos y, consigo, los fines y alcances de la institución en análisis.

El obsoleto concepto de *patria potestad* llevaba ínsita la idea de los hijos como *objeto de protección* y no como *sujetos de derecho* en desarrollo. Ello, sin dejar de tener en cuenta el vínculo verticalista o de poder de los padres sobre los hijos en el marco de aquella "patria potestad". Amén de Grosman, otras voces doctrinarias[2] denunciaban que el término *patria potestad*[3] se encontraba perimido, pues aludía a un tipo de relación entre padres e hijos bien alejado de la actual, que se sustenta en el principio de democratización de la familia y de la concepción de los niños como sujetos plenos de derechos.

En definitiva, el Código introduce una modificación terminológica y de fondo que se imponía a la luz de los derechos humanos que también han impactado de manera directa en el vínculo paterno-filial.

A fortiori, en los Fundamentos de este Código se indica –acertadamente, por cierto– que "el lenguaje tiene un fuerte valor pedagógico y simbólico; por esta razón, se considera necesario reemplazar la expresión 'patria potestad' por la de 'responsabilidad parental', denominación que da cuenta de los cambios que se han producido en la relación entre padres e hijos..."

[2] FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Crónica de una ley anunciada y ansiada*, en ADLA 2005-E-5809.

[3] Etimológicamente, la palabra *potestad* proviene del latín *potestas*, que significa dominio, poder, jurisdicción que se tiene sobre algo. Actualmente la esencia de este instituto no es el poder sobre los hijos, sino la función de acompañamiento en su crecimiento.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.2) *Conceptualización. Contenido. Nuevos alcances*

La responsabilidad parental es entendida como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para "el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad" y para "estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad" (Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño). Aquélla no sólo incluye las funciones nutricias (alimento, sostén y vivienda), sino también las funciones normativas, esto es, aquellas tendientes a la educación, diferenciación y socialización.

El Código mantiene el orden que establecía el texto derogado después de la ley 23.264 que se refiere al "conjunto de deberes y derechos". De este modo, se mantiene la obligación de los padres por sobre los derechos de éstos sobre sus hijos. Al respecto, es dable recordar que el código derogado disponía: "La patria potestad es el conjunto de los derechos que las leyes conceden a los padres desde la concepción de los hijos legítimos, en las personas y bienes de dichos hijos, mientras sean menores de edad y no estén emancipados". Como se observa, sólo se mencionaban los derechos de los padres sobre sus hijos. La derogada ley 10.903 modificó ese texto por el siguiente: "La patria potestad es el conjunto de derechos y obligaciones que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de sus hijos". Se agrega, en segundo término, las obligaciones de los padres sobre sus hijos. Recién en 1985, la ley 23.264 dispuso: "La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su protección y formación integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado". Se modifica el término obligación por el de deber y se invierte el orden, se colocan en primer lugar los deberes y después los derechos. Este orden es mantenido por el Código.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación[4] ha destacado, oportunamente, que la responsabilidad parental (entonces, patria potestad) es una verdadera función social que los padres deben desempeñar en orden a la humanización de los hijos, con la pertinente garantía del

[4] Del dictamen de la Procuración General de la Nación que la Corte por mayoría hace suyo, sent. del 29-4-2008, L. L. 2008-C-540.

Estado. El niño es una persona en continuo desarrollo que poco a poco va forjando su propia identidad[5].

A tal fin, la responsabilidad parental constituye una función en cabeza de *ambos* progenitores destinada a satisfacer las necesidades del hijo, teniendo como preocupación esencial su interés superior.

El ejercicio unilateral que preveía el código derogado adhería a una ideología del poder familiar que sobredimensionaba al progenitor conviviente y desdibujaba al no conviviente frente a su hijo. El problema es que, con aquella fórmula, se creaba la sensación de que la separación se resuelve en "vencedores y vencidos", siendo uno de los padres el dueño del hijo, restándole al otro ciertas obligaciones como ser el pago de la cuota alimentaria, un derecho de "visitas" y control o supervisión sobre los actos que lleva adelante el progenitor conviviente[6].

Actualmente, el artículo *sub examine* debe ser integrado con la CDN (en especial, el art. 18) y con lo previsto en el artículo 7° de la ley 26.061, en tanto dispone que *el padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de sus hijos*, tal como se analizará con mayor profundidad al comentar los artículos 650 y 651.

IV) Significado de la reforma

El Código recepta el cambio de paradigma que impuso la Convención sobre los Derechos del Niño de jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22). Este cambio implicó, entre tantas otras cosas, abandonar el encorsetamiento de nociones perimidas, imponiéndose así la necesidad de redefinir el término y el contenido de la relación entre padres e hijos. Así, la responsabilidad parental trae consigo esenciales modificaciones que se observan en toda la regulación del Título VII, el que se inaugura con el artículo en análisis.

Se reemplaza la terminología obsoleta de "patria potestad" por una nueva que refleja fielmente y hace hincapié en la finalidad de la ins-

[5] RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dikynson, Madrid, 2000, p. 111.

[6] GARCÍA PASTOR, Milagros, *La situación jurídica de los hijos cuyos padres no conviven*, McGraw-Hill, Madrid, 1997, p. 271.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

titución que regula: la responsabilidad de los padres sobre sus hijos, teniéndose en cuenta la noción de desarrollo y el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes.

Paralelamente, el Código adaptó la institución a las exigencias sociales y a la tendencia dominante en el Derecho Comparado, al remplazarse el sistema vertical creado por el Codificador por un sistema que plantea en términos horizontales la relación entre todos los miembros de la familia, y fundado en principios de libertad, igualdad y solidaridad. De este modo, se afianza la "democratización de las relaciones de familia", siendo una de ellas la que involucra el lazo entre padres e hijos.

Los niños y adolescentes son sujetos de derecho, diferentes a sus padres, participan de manera activa e interactúan con los adultos de un modo democrático y no autoritario, fundado en el miedo y la sanción.

Paralelamente, y también en beneficio de los hijos y de su interés superior, el Código iguala la jerarquía de los progenitores en el involucramiento sobre la vida de sus hijos, revalorizando el *principio de coparentalidad*, pues en el sistema anterior se defendía la idea de un padre principal –aquel que tenía la "tenencia"– por sobre el otro progenitor secundario o "visitante".

En suma, el Código al reemplazar la noción de "patria potestad" por la de "responsabilidad parental" trae consigo un replanteo general de esta figura jurídica que regula el vínculo entre padres e hijos a la luz la llamada "constitucionalización del Derecho Privado", *aggiornando* en el plano infraconstitucional los principales cambios que se proponen desde la doctrina supralegal de *protección integral* de derechos de niños y adolescentes.

Art. 639 ***Principios generales. Enumeración.*** **La responsabilidad parental se rige por los siguientes principios:**

a) el interés superior del niño;

b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos;

c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

I) Resumen

El Código explicita cuáles son los principios constitucionales-internacionales sobre los cuales se ha edificado toda la regulación relativa a la responsabilidad parental. Se enumeran cuáles son aquellos principios de derechos humanos fundantes del contenido de la responsabilidad parental y, a la vez, de todas las principales modificaciones que introduce la reforma. Esto se vincula, de manera directa, con el concepto mismo de la "responsabilidad parental", es decir, con la idea de ser una función de contención y acompañamiento que los progenitores ejercen en interés de los hijos, actuando los principios como límites en el actuar de éstos. A más de incorporar en este cuerpo legal distintos principios que proceden del bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22, Const. Nac.), el gran acierto y reforma que introduce el Código gira en torno a la revalorización del principio de *autonomía progresiva* del hijo. Así, se pone de manifiesto el sistema inversamente proporcional: a mayor madurez del hijo, menor es la "representación" (figura de sustitución) por parte de los padres en el ejercicio de derechos que titularizan los primeros.

II) Concordancias

Personas incapaces de ejercicio (art. 24, inc. b); ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26, 3er párr.); ejercicio de la tutela (art. 117); derecho a ser oído en los procesos de adopción (art. 595, inc. f); nulidad relativa de la adopción por incumplimiento del derecho a ser oído (art. 635, inc. c); derecho a ser oído de los descendientes del adoptante (art. 598); derecho de los menores de edad a ser oídos como un deber de sus progenitores (art. 646, inc. c); actuación de los menores de edad en procesos judiciales (arts. 677 a 680); principios generales de los procesos de familia (art. 706); participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes (art. 707); principios aplicables a la restitución internacional de niños (art. 2642). Ley 26.061 (arts. 3°, 7°, 19, inc. c). Ley 26.485, opinión del niño y su derecho a ser oído en casos de violencia (art. 26, inc. b.6). OG N° 12/2009 del Comité de los Derechos del Niño, derecho del niño a ser escuchado.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma

III.1) *Sobre los principios que rigen la responsabilidad parental. Consideración general*

Aquí, como en varios otros institutos que regula este Código, se explicitan los principios generales sobre los cuales se edifica el régimen jurídico de la responsabilidad parental.

Así, luego de definir qué es o cuál es el objetivo de la responsabilidad parental en el artículo anterior, el Código regula los distintos parámetros que actúan como una suerte de límites en el accionar de los progenitores y, la vez, sirven de pautas de interpretación para los operadores jurídicos. De esta manera, se plantea la sujeción de esta institución al interés superior del niño, la autonomía progresiva y el derecho de aquél a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta. A continuación se sintetizan cada uno de ellos.

III.2) *El interés superior del niño*

Amén de lo que ya se ha manifestado en torno al principio rector del "interés superior del niño" que guía todas las medidas relativas a las personas menores de edad, merecen destacarse algunas consideraciones generales más a fin de profundizar el análisis sobre este principio de gran envergadura en todo lo relativo a los derechos humanos de niños y adolescentes.

El principio del interés superior del niño es consecuencia directa del reemplazo de la *situación irregular*, que observaba a los niños como objetos de protección, por la doctrina convencional de la *protección integral*, que conlleva su consideración como sujetos de derecho en pleno desarrollo. Esto se deriva del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño y se refuerza en el artículo 3° de la ley 26.061, en el que se intenta ahondar o materializar qué es este concepto jurídico indeterminado del "interés superior del niño". En este sentido, este artículo expresa que "A los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley. Debiéndose respetar: a) Su condición de sujeto

de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia. Este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustarán el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse. Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros". En el ámbito de la responsabilidad parental, es decir, del vínculo entre padres e hijos, todas estas variables que encierra el "interés superior del niño" se observan con mayor intensidad, tal como se verá al analizar cada uno de los artículos que integran este Título VII.

La Corte federal[7] tiene dicho que este precepto apunta a dos finalidades básicas, cuales son la de constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y la de ser un criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. Se intenta que este principio proporcione un parámetro objetivo que permita resolver los problemas de los niños[8] en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos. De esta manera, frente a un presunto interés del adulto, se prioriza el del niño.

En palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en

[7] CSJN, 2-8-2005, S.1801.XXXVIII, "S., C. s/Adopción", especialmente consid. 5°.

[8] En igual sentido, cabe recordar una conclusión a la que se arribó en el X Congreso Internacional de Derecho de Familia, llevado a cabo en la ciudad de Mendoza en septiembre de 1998. Allí en el marco de la Comisión 2 se afirmó que el interés superior del niño es el reconocimiento pleno de sus derechos, destacándose por unanimidad su carácter de principio general de Derecho (ver X Congreso Internacional de Derecho de Familia: *El Derecho de Familia y los nuevos paradigmas*, Mendoza, 20 al 24-9-98, J. A. 1999-I-1025).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

la Opinión Consultiva 17 del 28 de agosto de 2002, que integra el llamado "bloque de la constitucionalidad federal": "...la expresión 'interés superior del niño', consagrada en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de las normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño".

Este concepto jurídico indeterminado ha recibido, con acierto, sendas críticas. De este modo, se ha expresado: "El interés superior del niño fue definido por la doctrina de muchas maneras diferentes. Esta vaguedad permite el ejercicio discrecional del poder estatal que puede debilitar la tutela de los derechos que la propia CDN consagra, lo cual ha provocado que sea asimilado a un 'cheque en blanco'. Es por ello que se ha procurado precisar su significado. En este sentido, el ISN puede ser definido como un mandato estatal de privilegiar determinados derechos de los niños frente a situaciones conflictivas en las que se deben restringir o limitar derechos individuales o intereses colectivos. De este modo, ostenta un contenido normativo específico que supone que determinados derechos de los niños sean un 'interés superior' al contraponerse con otros derechos individuales e intereses colectivos"[9].

III.3) *La autonomía progresiva*

III.3.A) *El largo camino hacia la autonomía progresiva*

Tal como se adelantó al comentar el artículo 26, el código derogado, redactado por Vélez Sársfield, disponía –como principio– la capacidad de los menores adultos a quienes se los consideraba "incapaces respecto de ciertos actos o del modo de ejercerlos".

Sin embargo, luego de la reforma de la ley 17.711 la regla fue la incapacidad, ya que las personas menores de edad sólo podían ejercer por sí los derechos que expresamente se permitieran; es decir, se invierte el régimen. Este sistema rígido a la luz de la obligada perspectiva constitucional-internacional ha sufrido varias modificaciones interpretativas, las cuales se han visto reforzadas tras la sanción de la ley 26.061 en el año 2005.

[9] BELLOF, Mary; DEYMONNAZ, Virginia; FREEDMAN, Diego; HERRERA, Marisa y TERRAGNI, Martiniano, *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 37 y 38.

El principio de autonomía progresiva campea toda la legislación civil de fondo con una presencia fuerte como ya se ha destacado al analizar varias instituciones relativas a las "Relaciones de familia" como así, en menor medida, en otras figuras del Derecho Privado en general. Acá también se pretende reforzar el análisis de este principio siendo que la autonomía progresiva observa ciertas particularidades y mayor protagonismo en el régimen jurídico de la responsabilidad parental.

Como se ha afirmado, se observa fácilmente cómo, en los últimos tiempos, aquella dupla capacidad-incapacidad –y consecuente representación, previstas en el anterior *corpus iuris*– no se condecía con la idea de autonomía subyacente en la CDN, y el paradigma de la *protección integral* que ella ha instaurado.

Así, en el plano internacional se flexibiliza o reconoce al adolescente la plena autonomía para el ejercicio de determinados derechos en función a su edad y grado de madurez como lo ha sido en una gran cantidad de actos o hechos relativos al derecho al cuidado del propio cuerpo, pero el ordenamiento jurídico infraconstitucional no era permeable a la noción de autonomía[10]. La sanción de la ley 26.061 evidenció aún más la contradicción existente entre el anterior régimen normativo y la doctrina internacional de los derechos humanos[11].

El Código vigente deja de lado la anterior postura dicotómica de capacidad-incapacidad, y la ha substituido por un mecanismo superador, dinámico y, por cierto, mucho más flexible. Recuérdese que el artículo 24, inciso b, plantea que las *personas incapaces de ejercicio* son aquellas que *no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente*; mientras que el artículo 26 prevé que la persona que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.

[10] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Buenos Aires, 2006, t. I, p. 561.

[11] Ver FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Crónica de una ley anunciada y ansiada*, en ADLA 2005-E-5809.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.3.B) *Algunas precisiones de fondo*

El mentado principio implica la participación del niño en la realización de sus derechos, siempre de acuerdo con el grado madurativo y discernimiento alcanzado. Ahora bien, su inclusión significa la disminución de la distancia existente entre Derecho y realidad, al revelar que las necesidades de los niños y adolescentes *son diferentes* a las de los adultos, y que por ello merecen los primeros un plus de derechos y de protección. Ahora bien, ¿los niños y adolescentes, a su vez, tienen los mismos derechos o les caben las mismas consideraciones? La respuesta se impone. El reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derechos implica, internamente, distinguir el grado de participación que el ordenamiento jurídico puede concederle o limitarle a los niños y a los adolescentes.

En este sentido, es sabido que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo. Dicho de otro modo, todos los niños tienen los mismos derechos al nacer, por el sólo hecho de ser personas, pero su ejercicio depende de la evolución de sus facultades. A los padres u otras personas encargadas de su cuidado les corresponde impartir "orientación y dirección" apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en el bloque de constitucionalidad federal.

Así, al entender que el niño tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio autónomo de sus derechos, se supera el vetusto argumento que consideraba a los padres detentadores de una *cuasi propiedad* sobre sus hijos.

Los estudios sobre psicología evolutiva nos enseñan que el arribo a la adultez implica un proceso en el cual el niño pasa por distintas etapas de desarrollo físico, mental y espiritual. A partir de los últimos años de la niñez, el niño está preparado para buscar una identidad y una existencia independientes de las de sus progenitores. Y así es que las diferentes etapas por las que atraviesa el niño determinan una gradación en el nivel de decisión al que puede acceder[12].

[12] Ver MINYERSKI, Nelly, *Derecho de Familia y aplicación de las convenciones internacionales sobre niños y mujeres*, p. 103; GROSMAN, Cecilia P., *Significado de la Convención de los Derechos del Niño en las relaciones de familia*, en L. L. 1993-B-1095; MIZRAHI, Mauricio L., *El niño: Educación para una autonomía responsable*, en L. L. 1993-E-1277; REARTES, Julia, *Infancia y derechos: algunas cuestiones a debatir*, en J. A. 1994-IV-904; GETO, María del Carmen, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de las personas*, Civitas, Madrid, p. 26; BELOFF, Mary, *Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia a la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina*; CILLERO BRUÑOL, Miguel, *Infancia, autonomía y derecho: una cuestión de principios*, en *Derecho a tener derecho*, UNICEF/IIN, Montevideo, 1998, t. 4, ps. 34 y ss., entre otros.

A medida que el niño crece, adquiere discernimiento para comprender el sentido de sus acciones, y, al mismo tiempo, ello implica darle la posibilidad de ejercer y defender sus derechos, siendo así partícipe directo de su propio proceso de desarrollo y madurez.

En suma, la noción de autonomía progresiva no está sujeta a una edad cronológica determinada, sino que habrá que verificar en cada caso el discernimiento del niño, su madurez intelectual, psicológica y el suficiente entendimiento. A la vez, se debe tener en cuenta el tipo de acto o hecho de que se trate para analizar, en cada caso, la edad y grado de madurez que se necesita para la efectiva comprensión de la situación planteada, y así si se cuenta con la autonomía adecuada para ejercer por sí determinados derechos.

De ahí que la autonomía progresiva no debe interpretarse como un proceso gradual de aumento de la intensidad de los derechos sólo teniéndose en cuenta la edad. Como expresa Alessandro Baratta, no hay edad del niño y no hay ámbito institucional o informal de las relaciones niños-adultos en el cual la vigencia del principio normativo sea menos intensa[13].

Así, el Código reconoce que es tan dañino o violatorio al principio del interés superior del niño impedir el ejercicio de derechos de manera autónoma por parte de los hijos cuando ellos están en condiciones de hacerlo como, la inversa, habilitarlos a decidir por sí cuando no se encuentran preparados para ello. Lograr el equilibrio es uno de los desafíos más complejos que debió afrontar el Código por aplicación del principio de autonomía progresiva.

[13] BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, en *Derecho a tener derecho* cit., t. 4, p. 228.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.3.C) *La autonomía del hijo como parámetro de actuación de sus progenitores*

Esta noción que incluye las aptitudes que todo niño adquiere durante su crecimiento y desarrollo como así también la gradación del nivel de decisión al que puede acceder –derecho a la *autodeterminación*– constituyen ideas flexibles que no se ajustan a un momento determinado, sino que se definen en función del desarrollo y madurez de la persona menor de edad. De hecho, se ha dicho[14] que la autonomía progresiva es un concepto que pretende explicitar una evolución escalonada y paulatina en la esfera de autonomía de los sujetos y asimilar la evolución legal a la evolución psíquica-biológica.

Así, este precepto opera como parámetro de actuación –y a la vez, un límite– a los progenitores en todo aquello que se refiere a la persona y los bienes de los hijos[15]. En miras al interés de los hijos, la responsabilidad de los padres debe evolucionar partiendo de tener un total protagonismo en la decisión sobre los hijos a una mera facultad de supervisión[16], toda vez que aquéllas tienen como objetivo último facilitarle a los hijos el pasaje hacia una completa autodeterminación.

La representación, asistencia y cooperación constituyen tres figuras graduales en función del desarrollo del niño. La representación sustituye la voluntad del niño, la asistencia acompaña su voluntad, prestando una conformidad o asentimiento y, finalmente, en la última figura, la decisión la toma el niño, asentado en la contención y apoyo de sus representantes.

[14] LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional*, Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 417.

[15] FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina*, en KIELMANOVICH, Jorge y BENAVIDES, Diego (comps.), *Derecho Procesal de Familia*, Continental, San José de Costa Rica, 2008, ps. 179 y ss.

[16] La autonomía de la niñez no puede ser conseguida de un día para el otro. Se hará indispensable, pues, proceder a un recorte de los poderes parentales durante la llamada minoridad de los hijos. MIZRAHI, Mauricio L., *El niño: educación para una autonomía responsable*, en L. L. 1993-E-1269.

III.4) *El derecho del niño a ser oído*[17]

Éste es otro de los derechos que recepta expresamente la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12) y reafirma la ley 26.061 (arts. 3°, 24 y 27) que es mencionado en varios artículos del Código y que también observa un rol primordial en el régimen de la responsabilidad parental.

Se trata de un derecho personalísimo, que constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto y no mero objeto de derecho, y, en consecuencia, la voz del niño[18] no puede ser reemplazada por la de sus representantes legales o promiscuos.

A fin de profundizar sobre este derecho humano especial que titularizan niños y adolescentes, se debe diferenciar el derecho a ser oído como sinónimo de escucha o participación del niño en todo acto que lo involucre como lo relativo a la asistencia técnica y la posibilidad de intervenir en el carácter de parte con su debida asistencia letrada. En el régimen de la responsabilidad parental, el Código admite ambas vertientes, observando diferentes modos de dar cumplimiento a ambas facetas, logrando una normativa equilibrada con todos los derechos en tensión y en el marco del mencionado punto medio entre "dar de más" –cuando los niños no están capacitados para poder comprender la situación que los involucra– y "dar de menos" –restringiéndoles la posibilidad de participar–.

IV) Significado de la reforma

La incorporación de los tratados de derechos humanos en el bloque de constitucionalidad federal ha tenido un fuerte impacto en el vínculo paterno-filial y, en definitiva, en la democratización de las relaciones familiares.

Así, el Código recoge distintos principios convencionales y los plasma explícitamente en el derecho infraconstitucional, como guía para los niños y adolescentes en el ejercicio de sus derechos, de modo que puedan

[17] Se remite al lector a lo analizado en el comentario al art. 707.

[18] Véase, por todos, CÁRDENAS, Eduardo; CIMADORO, Mirta; HERSCOVICI, Pedro y MONTES, Irene B., *La escucha del niño en el proceso judicial de familia*, en L. L. 2007-B-1132.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

estar preparados para una vida independiente en sociedad y como límite a la actuación de sus progenitores en el proceso de socialización.

A su vez, mediante la enumeración concreta de determinados principios constitucionales-internacionales que impactan directamente en la relación entre padres e hijos, el legislador pretende brindar ciertas herramientas de interpretación básicas para la resolución de todos los conflictos que no tengan una solución precisa en el Código siendo la realidad social cada vez compleja y, por ende, más difícil pretender que un texto legal prevea todas las situaciones que se puedan plantear.

Art. 640 ***Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental.*** **Este Código regula:**

a) la titularidad y el ejercicio de la responsabilidad parental;

b) el cuidado personal del hijo por los progenitores;

c) la guarda otorgada por el juez a un tercero.

I) Resumen

Este artículo enumera las distintas figuras legales que compromete la responsabilidad parental. Paralelamente, se distingue el ejercicio de aquella responsabilidad del *cuidado personal* de los hijos, que es considerado como uno de los deberes y derechos de los progenitores, que se refiere a la vida cotidiana del niño o adolescente. Además, el Código incorpora dos figuras silenciadas hasta ahora en la legislación civil: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y la guarda, siendo que ambas figuras implican que un hijo permanezca transitoriamente en medios familiares alternativos, para lo cual se debe tener en cuenta lo que dispone la ley de protección integral de derechos de niños y adolescentes con relación a las llamadas "medidas excepcionales" (arts. 39 y ss., ley 26.061).

II) Concordancias

Personas incapaces de ejercicio (art. 24); ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26); concepto y principios generales de la responsabilidad parental (arts. 638 y 639); ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641); desacuerdo (art. 642); delegación del ejercicio (art. 643); actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores (art. 645); deberes de los progenitores (art. 646); cuidado personal (art. 648); otorgamiento de la guarda a un tercero (art. 657); deberes del progenitor afín (art. 673); cesación de la responsabilidad paterna (art. 1755); otras personas encargadas (art. 1756); medidas urgentes de protección (art. 2641). Ley 26.061: responsabilidad familiar (art. 7°), medidas excepcionales (arts. 39 a 41). Ley 26.485, otorgamiento de guarda de víctimas de violencia menores de edad (art. 26, inc. b.6).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental*

En primer lugar, se menciona tanto la titularidad como el ejercicio de la responsabilidad parental. Pero mientras la titularidad se refiere al conjunto de deberes y derechos que los progenitores tienen en su carácter de representantes legales, el ejercicio se traduce en la puesta en práctica de aquel conjunto.

De esta norma se desprende, claramente, que ambos progenitores son los titulares de un cúmulo de deberes que la ley les impone, y de derechos que ella les reconoce, para la consecución de los fines de la responsabilidad parental, esto es, la formación, desarrollo y protección integral de los hijos. Cuando el niño tiene doble vínculo filial y ambos progenitores conviven, titularidad y ejercicio están en cabeza de ambos. Cuando se produce la ruptura de la convivencia –como se analizará en el articulado siguiente– se puede llegar a desmembrar la titularidad del ejercicio, quedando siempre en cabeza de ambos la titularidad, salvo fallecimiento de alguno o causas graves que traigan consigo la privación de la responsabilidad parental, o sea, la titularidad. En este supuesto de desmembramiento, la titularidad se observa en la obligatoriedad de que ambos progenitores presten el consentimiento para los actos de mayor gravedad o importancia como lo son los que se enumeran en el artículo 645.

Por su parte, el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores *conjuntamente convivan o no*, presumiendo el

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Código que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro. Como se analizará en el próximo artículo, ésta es una de las tantas novedades que trae consigo el nuevo texto, ya que se extiende el sistema que el código derogado imponía para los casos de convivencia a los supuestos también de cese de dicha convivencia.

Así, se ha dicho que el divorcio pone fin a la relación conyugal, ya no serán esposos, pero siguen siendo los progenitores de sus hijos y esto es así porque *el divorcio pone fin a un matrimonio, pero no a una familia*. Cada niño o adolescente tendrá dos hogares y dos familias, una con cada uno de sus padres. No hay progenitor *tenedor* y otro *visitante*. Son dos hogares reales que se deben construir con seguridad y continuidad, sin duda una meta heroica, pero indispensable para que ellos puedan terminar lo que algún día empezaron juntos: la crianza de los hijos, de los hijos de los dos[19].

III.2) *El cuidado personal de los hijos*

III.2.A) *Terminología aplicada*

El Código define al *cuidado personal* como el conjunto de deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo (art. 648).

Como se ha destacado en varias oportunidades siguiendo a Eva Giberti, quien ha afirmado que *el lenguaje no es neutral*, también se introduce una modificación terminológica que implica, además, cambios sustanciales en el contenido o fondo. De este modo, se reemplaza el término "tenencia" por el de "cuidado personal".

Como también se profundizará al analizar el Capítulo 4 de este Título VII, dedicado a los *Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos*, se consideró necesario reemplazar la noción de *tenencia*, propia de los derechos reales, por otra coherente con la doctrina internacional de los derechos humanos y, en lo que aquí interesa, con el paradigma de la *protección integral* de los sujetos menores de edad, que facilitara la tarea de transmitir su significado actual en un lenguaje llano y coloquial.

[19] WAGMAISTER, Adriana, *Acceso a ambos progenitores como un derecho humano de los niños*, en L. L. 2003-C-1212.

Con suma claridad, Cecilia Grosman[20] sostuvo que el uso del "término tenencia, que significa 'ocupación y posesión actual y corporal de una cosa', lesiona la consideración del niño como una persona"[21]. En ese orden de ideas, se advirtió que evidenciaba una relación *cosificante*, impropia del vínculo paterno-filial y su proyección jurídica[22].

Por esta razón, las legislaciones modernas, en concordancia con la nueva mirada, utilizan otra terminología, como *convivencia con el hijo, cuidado personal del hijo o residencia habitual del hijo*. Igualmente, hablar del "derecho de visitas" desmerece el vínculo que debe existir entre padres e hijos.

III.2.B) *Conceptualización y contenido*

Amén de lo que se profundice al comentar el mencionado Capítulo 4, cabe destacar que el Código considera al *cuidado personal* de los hijos como uno de los deberes y derechos que dimanan de la responsabilidad parental, y se refiere puntualmente a la vida cotidiana del niño o adolescente.

La regla general establece como primera alternativa el cuidado personal compartido del hijo con la modalidad indistinta, salvo que ello no sea posible o que resulte perjudicial (conf. art. 651). Así, en el caso de que los progenitores no convivan, el cuidado puede ser asumido por uno o ambos, y en esta última modalidad ofrece dos variantes: el cuidado compartido alternado o indistinto.

En el primero, el hijo vive períodos de tiempo con cada uno de sus progenitores, de acuerdo a la organización y posibilidades particulares de cada familia; mientras que en el segundo, el hijo reside de

[20] GROSMAN, Cecilia, *El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?*, en KEMELMAJER DE CARLUCCI y PÉREZ GALLARDO, *Nuevos perfiles del Derecho de Familia* cit., p. 182.

[21] En igual sentido, ver BÍSCARO, Beatriz, *Algunas reflexiones sobre la reforma del Código Civil con relación a la patria potestad*, en *Derecho de Familia*, N° 52, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 133.

[22] HOLLWECK, Mariana y MEDINA, Graciela, *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como una alternativa frente a determinados conflictos familiares*, en L. L. B. A. 2001-1425.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

manera estable con uno de sus progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las funciones inherentes a su cuidado personal.

III.3) *Delegación de la responsabilidad parental*

Una de las notas clásicas de la obsoleta patria potestad era su indelegabilidad en tanto se afirmaba el carácter personalísimo de la función, por lo cual no era lícito delegarla, aunque sí algunos deberes-derechos puntuales[23].

Actualmente, el Código contempla de manera novedosa la posibilidad de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente, cuando el interés del niño o adolescente así lo exige, mediante un convenio celebrado entre los progenitores y el pariente, y que debe ser homologado judicialmente, previo cumplimiento del deber del juez de escuchar a la persona menor de edad.

Esta delegación se puede extender por el plazo de un año, que podrá renovarse por igual período una sola vez, siempre y cuando esté debidamente justificado. Durante este lapso, los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental y tienen la facultad de supervisar la crianza y educación de los hijos en la medida de sus posibilidades.

Esta figura es también aplicable a los hijos que sólo cuenten con un vínculo filial establecido (art. 643), y puede darse con relación al progenitor afín, esto es, el cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente. Así, el artículo 674 permite que el progenitor a cargo del hijo pueda delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena. Esta posibilidad requiere también la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

III.4) *La guarda otorgada a un tercero*

La práctica judicial da cuenta del uso frecuente de la figura de la

[23] JÁUREGUI, Rodolfo J., *La responsabilidad parental en el Anteproyecto del 2012*, en D. F. y P. 2012 (julio), p. 227.

guarda, la cual hasta ahora había carecido de una regulación integral y precisa en el texto civil. El Código incorpora la guarda como una tercera figura legal dentro del amplio campo de la responsabilidad parental.

La guarda a un tercero –pariente– en supuestos de especial gravedad es una figura que ordena, dispone y otorga el juez, con total independencia de que los padres estén o no de acuerdo.

La guarda está expresamente prevista en el artículo 657, que habilita al juez a separar al niño de su familia nuclear de manera excepcional y temporal, cuando se verifica que su permanencia en este medio resulta contraria a su interés superior, facultando al guardador, durante este periodo, a tomar las decisiones relativas a la vida cotidiana, sin perjuicio de los derechos y obligaciones emergente de la titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental, en cabeza de los progenitores.

De esta manera, el Código plasma en la ley civil de fondo aquellas situaciones frecuentes que no se correspondían con las soluciones rígidas previstas en el Derecho derogado (adopción o tutela) y, a la vez, armoniza el texto civil con la ley 26.061.

Como se expresa en los Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, estas situaciones *no han sido previstas expresamente por el ordenamiento jurídico que sólo aporta soluciones drásticas para aquellos supuestos en que la separación del niño de su familia nuclear tiene visos de permanencia.*

IV) Significado de la reforma

El Código regula con acierto las distintas figuras legales que dimanan de la responsabilidad parental. Inicia con la previsión de figuras conocidas, pero reinterpretadas a la luz de la doctrina internacional de los derechos humanos, las cuales son redefinidas con una terminología superadora de la anterior, que claramente cosificaba a las personas menores de edad.

En total consonancia con la mayor flexibilidad y amplitud que recepta el Código al incorporar nuevas instituciones que se observan en la práctica judicial, y, consigo, en la realidad social, se introducen dos figuras que hasta ahora carecían de una regulación autónoma: la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental y el otorga-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

miento judicial del cuidado personal a un tercero, cuando circunstancias de extrema gravedad para el niño o adolescente así lo justifiquen, sin que, por cierto, sus progenitores puedan desligarse de los deberes que la ley les ha asignado.

CAPÍTULO 2

TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Art. 641 *Ejercicio de la responsabilidad parental.* **El ejercicio de la responsabilidad parental corresponde:**

a) en caso de convivencia con ambos progenitores, a éstos. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con excepción de los supuestos contemplados en el artículo 645, o que medie expresa oposición;

b) en caso de cese de la convivencia, divorcio o nulidad de matrimonio, a ambos progenitores. Se presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a sólo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades;

c) en caso de muerte, ausencia con presunción de fallecimiento, privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio de un progenitor, al otro;

d) en caso de hijo extramatrimonial con un solo vínculo filial, al único progenitor;

e) en caso de hijo extramatrimonial con doble vínculo filial, si uno se estableció por declaración judicial, al otro progenitor. En interés del hijo, los progenitores de común acuerdo o el juez pueden decidir el ejercicio conjunto o establecer distintas modalidades.

I) Resumen

El Código –manteniendo la postura legislativa del texto anterior– enumera diferentes situaciones fáctico-jurídicas que se pueden presentar en el vínculo entre padres e hijos que definen quién o quiénes

ejercen la responsabilidad parental sobre el hijo. Se mantiene a la convivencia como uno de los elementos esenciales que fijan el régimen legal sobre el ejercicio de la responsabilidad parental cuando los niños tienen doble vínculo filial, con total independencia de la orientación sexual de los adultos o si éstos se encuentran o no casados. Se introduce una modificación sustancial en el ejercicio de la responsabilidad parental cuando cesa la convivencia por separación de hecho, divorcio y nulidad del matrimonio, derogándose el sistema uniparental –en el que un padre tenía la "tenencia" de su hijo y al otro progenitor le restaba un rol secundario de comunicación y control– y su reemplazo por un sistema biparental, denominado de "coparentalidad" que la ley regula con mayor profundidad más adelante. También se introducen modificaciones en los supuestos en los que el segundo vínculo filial se establece por sentencia judicial, flexibilizándose el régimen anterior al permitir, si es en el interés del hijo, la posibilidad de que el ejercicio de la responsabilidad sea conjunta a pesar de tratarse de un vínculo paterno-filial establecido judicialmente.

Todo ello sin perjuicio tanto de la facultad –trascendente en las vicisitudes inesperadas de la vida cotidiana– que el Código le reconoce al progenitor *afín* (ver art. 672) para que *adopte decisiones en casos de urgencia* (ver art. 673) como de la posibilidad que contempla el nuevo ordenamiento de *delegar en el cónyuge o conviviente* el ejercicio de la responsabilidad parental cuando el progenitor a cargo del hijo no estuviere en condiciones de cumplir su función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria (ver comentario al art. 674) o bien, llegado el caso, del *ejercicio conjunto con el progenitor afín* (art. 675).

Al margen de ello, y como luego se verá, conforme al artículo 643 el Código contempla también la delegación de la responsabilidad parental en un pariente o un tercero idóneo.

II) Concordancias

Deber de resolver (art. 3°); eficacia temporal (art. 7°); abuso de posición dominante (art. 11). Ley 26.061, Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

El Código mantiene la estructura del texto anterior según las modificaciones que en su momento introdujo la ley 23.264, pero introduce varias modificaciones acordes con el desarrollo teórico y práctico derivado de la obligada perspectiva constitucional-internacional. En otras palabras, los principios de derechos humanos que enumera el Código son los que inspiran la regulación de la responsabilidad parental; en este contexto, todo lo relativo a su ejercicio también ha sufrido variós y sustanciales cambios fundados en estos cimientos.

Es sabido que la política legislativa y social destinada a la regulación de las relaciones entre padres e hijos menores de edad durante, pero, en especial, después, el cese de la convivencia, o en el caso de los padres extramatrimoniales, cuando nunca han convivido con alguno de ellos, tiene una gran trascendencia jurídica y social por el impacto que provoca en la crianza y vida cotidiana de muchos niños y adolescentes. Quiénes ejercer la responsabilidad parental sobre los hijos según la situación fáctica y jurídica que se presente es materia de interés en toda regulación relativa al vínculo entre padres e hijos debiéndose implementar, por imperativo constitucional-internacional, un adecuado sistema de protección que garantice a niños y adolescentes las condiciones necesarias para su desarrollo, como así también para alcanzar un trato amplio y fluido con ambos padres, no obstante la falta de vida en común, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 5° y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño y los artículos 3°, 7° y 11 de la ley 26.061.

III.2) *El ejercicio cuando los progenitores conviven*

El Código mantiene el sistema por el cual el eje central sobre el que se edifica la regulación referida al ejercicio de la responsabilidad parental cuando un niño tiene doble vínculo filial –con total independencia de la orientación sexual de los adultos– es la convivencia. De este modo, existiendo doble vínculo filial y convivencia, se aplica el principio que ya establecía la ley 23.264: el ejercicio de la responsabilidad está en cabeza de ambos progenitores y los actos que realiza uno, se

presume que cuentan con la conformidad del otro, salvo para los actos de mayor importancia, gravedad o envergadura, que necesitan la voluntad de ambos y están expresamente enumerados en el artículo 645[24].

Como agrega el primer inciso del artículo en análisis, la presunción de conformidad que se recepta también observa otra limitación o excepción: que no haya expresa oposición.

El sistema de presunción que mantiene el Código ha tenido muy buena acogida por ser el que mejor responde al devenir o día a día del desarrollo familiar. Por el contrario, si debiera contarse con el consentimiento expreso para cada acto de la vida cotidiana de los hijos por parte del otro progenitor cuando todos conviven, sería un sistema engorroso contrario al interés del niño, y a la propia dinámica y tiempos de las familias.

El nuevo texto no recepta la palabra "conjuntamente" a la que aludía el inciso 1° del artículo 264, según la ley 23.264, al haber presentado algunos problemas interpretativos. Esta alusión obligó a varios autores a defender la idea de la actuación conjunta por parte de los progenitores que conviven "ya que la iniciativa corresponde, en los hechos, a un progenitor pero en el plano jurídico el acto es realizado por ambos ya que se presume el consentimiento del otro progenitor..."[25] El Código directamente sienta *el principio de presunción de que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro*, salvo expresa oposición o cuando se trata de los actos de mayor envergadura que enumera el artículo 645.

[24] Art. 645 – *Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores.* Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos: a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio; b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad; c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero; d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí; e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo. En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar. Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

[25] ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, t. 2, p. 704.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

En otras palabras, la reforma no introduce ninguna modificación en el régimen de asignación del ejercicio de la responsabilidad parental cuando ambos padres conviven con los niños, haya o no matrimonio, sean de diverso o igual sexo. De este modo, y por aplicación del principio de igualdad y no discriminación, no interesa el estado civil de casados de los padres, como así tampoco su orientación. Todos los hijos, cualquiera sea el estado civil de sus padres y su orientación sexual, tienen derecho a que el régimen en materia de ejercicio de la responsabilidad parental sobre ellos sea el mismo.

III.3) *El ejercicio cuando los progenitores no conviven*

Aquí la reforma introduce una modificación sustancial, fundada en varios principios constitucionales-internacionales.

En el régimen anterior, según la ley 23.264, ante la ruptura de la pareja (matrimonial o no) de los padres, el sistema priorizaba a uno por sobre el otro, asignándole el ejercicio de la responsabilidad parental (en ese entonces, patria potestad). De este modo, la ley receptaba un régimen uniparental, quedando en cabeza de uno de los padres el ejercicio de la responsabilidad parental, y dejándole al otro un lugar secundario mediante el correspondiente derecho de comunicación y deber de control del ejercicio que desarrollaba el progenitor "principal".

El interrogante central gira en torno a desentrañar cuál es el régimen legal más acorde con el interés superior del niño y con el principio de igualdad de los padres en todo lo concerniente a los hijos. Al respecto, cabe recordar que el artículo 16.1 de la Convención de Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida por sus siglas en inglés de CEDAW) dispone que "Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres [...] c) Los mismos derechos y responsabilidades durante el matrimonio y con ocasión de su disolución; d) Los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en

materias relacionadas con sus hijos; en todos los casos, los intereses de los hijos serán la consideración primordial..."

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 18.1 reconoce el derecho de niños y adolescentes a mantener vínculo con ambos progenitores, sin priorizar uno sobre el otro. En este sentido, afirma que "Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño". Precisamente, esta normativa supralegal ha sido el fundamento determinante utilizado por la Corte Federal el 29 de abril de 2008[26], en un caso en el que se debatía la aplicación de la entonces preferencia materna de la "tenencia" de los hijos menores de 5 años, siendo que la niña se encontraba de facto viviendo con el padre hacía bastante tiempo. En la Alzada se había otorgado la tenencia a la madre por aplicación de este principio. La Corte Federal revoca y mantiene la convivencia de la niña con el padre. Para así decidir, Zaffaroni en su voto recuerda que "En la sentencia impugnada, los jueces expresaron: 'hace pocos días que C. ha cumplido los 5 años, por lo que no resulta desdeñable considerar los alcances del artículo 206, inciso 2°, primera parte, del Código Civil, ya que teniendo en cuenta la edad y el sexo de la niña se supone que la madre posee las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas de aquélla". Al respecto, afirma: "...para la Alzada los datos de orden natural, como la edad y el sexo, bastan para elegir a la madre como custodia inmediata de su desarrollo, sin consideración a las particularidades del caso concreto. Dicho lo anterior, se advierte que el razonamiento empleado por la Cámara implicó un punto de partida equivocado. Era la conveniencia de C. lo que debía justificar cambiar su status quo y no, la invocación apriorística de motivos de orden «natural»". La puesta en crisis de esta preferencia que la reforma deroga se funda, como lo señala este magistrado, en "...que no existe en la Convención sobre

[26] CSJN, 29-4-2008, "M. D. H. c/M. B. M. F.", *Fallos*: 331:941.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

los Derechos del Niño preeminencia alguna a favor de uno de los padres. Tanto es así que su artículo 18 dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo".

El sistema que propone el nuevo Código, centrado en las ideas de "biparentalidad" o "coparentalidad", significa que si durante la convivencia los padres ejercían de manera indistinta los diferentes actos de la vida cotidiana de los hijos, éste continúe siendo el régimen legal que opere también después de la ruptura. En otros términos, que el cese de la convivencia, en relación con los hijos, tenga la menor incidencia jurídica posible. Este fundamento lo exhibe expresamente la ley catalana 25/2010 del 29 de julio en vigencia desde el 1° de enero de 2011, que reformó el libro segundo dedicado a las relaciones familiares de su Código Civil de Familia, al disponer en el artículo 233-8 referido a la *Responsabilidad parental* que "La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente". Este régimen legal a tono con el principio de igualdad que imponen varios instrumentos internacionales de derechos humanos es seguido por varias legislaciones extranjeras, en los cuales citamos el Código Civil Francés (art. 372.2), el Código Civil italiano (art. 155) y, en la región, el Código Civil brasilero (arts. 1583 y 1584 según ley 11.698 de 2008), el Código de Familia de El Salvador (art. 207) y el Código Civil de Paraguay (art. 70), entre otros.

Sistema que, además de tener un claro fundamento constitucional-internacional, es aceptado con mayor beneplácito en la doctrina[27] y en la jurisprudencial nacional[28]. Por lo tanto, el Código sólo viene a

[27] Tantísimas son las voces doctrinarias a favor de la mal llamada "tenencia compartida", como síntesis de ellas citamos a Cecilia Grosman por haber sido la primera autora que ha instalado y profundizado el tema a través de varios estudios, pero el que destacamos por ser uno de los más completos. GROSMAN, *El cuidado compartido de los hijos después del divorcio o separación de los padres: ¿utopía o realidad posible?* cit., ps. 179 y ss.

[28] Para tener un panorama sobre el desarrollo jurisprudencial sobre el tema ver

receptar un régimen legal que cuenta con un gran consenso general proveniente de diversas voces y fuentes normativas.

El Código en este inciso adelanta una cuestión que será retomada y regulada con mayor profundidad en el Capítulo 4, dedicado a los *Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos*. En este inciso se deja en claro que *tras la ruptura de la pareja continúa rigiendo el sistema de presunción del inciso anterior para los supuestos de convivencia, siendo tal régimen sostenido por voluntad de ambos progenitores o por decisión judicial, siempre en el interés del hijo.*

Asimismo, cabe destacar que si bien el inciso en análisis se refiere a las situaciones de matrimonio como son la separación de hecho, el divorcio o la nulidad, lo cierto es que se extiende a toda situación de ruptura o cese de la convivencia, *sean los progenitores casados o no.* Por lo tanto, si una pareja conviviente ha dejado de convivir y el niño tiene doble vínculo filial, se aplica el mismo sistema biparental o coparental por aplicación del principio de no discriminación entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales, sean de igual o diverso sexo.

En suma, el Código mantiene el ejercicio compartido de la responsabilidad parental y agrega, de manera sustancial, el ejercicio compartido del ejercicio de la responsabilidad parental. Es decir, no sólo se comparte la titularidad, sino también, por principio, el ejercicio.

III.4) *Fallecimiento, ausencia, privación de la responsabilidad parental o suspensión*

Al igual que disponía el texto anterior, cuando se produce el fallecimiento, ausencia, privación o suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, dicho ejercicio corresponde, en principio, al otro progenitor.

Se trata de una prioridad *iuris tantum* –como acontece en la gran

GUILISASTI, Jorgelina, *Los jueces frente a la tenencia compartida*, Microjuris, 23-7-2008, MJ-DOC-4102-AR/MJD4102, y fallos más recientes como: Trib.Coleg.Fam. N° 5 de Rosario, 13-5-2009, "B., D. G. c/V., J. R.", L. L. Litoral 2009 (agosto), p. 813; CCCom. de Azul, sala II, 16-6-2009, "A., S. c/T., M. C. y su acumulado", L. L. B. A. 2009 (julio), p. 652; CNCiv., sala H, 31-5-2010, "V. Q., M. E. c/K. N. A.", L. L. Online, AR/JUR/28227/2010; SCJBA, 9-12-2010, "A. S. c/T. M. C. s/Tenencia y su acumulada", MJ-JU-M-63552-AR/MJJ63552.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

mayoría de las cuestiones de familia– ya que como se prevé en el Capítulo 7, relativo a los *Deberes y derechos de los progenitores e hijos afines*, tal ejercicio podría ser asumido por el progenitor afín y no en el progenitor vivo, no ausente o sobre el cual no se ha declarado la privación de la responsabilidad parental o suspensión del ejercicio (conf. arts. 674 y 675).

A la luz del principio de realidad, es sabido que tras la ruptura de una pareja –matrimonial o no– uno o ambos progenitores vuelven a formar una nueva unión –matrimonial o no–, por lo tanto, los hijos de la primera relación pueden generar un fuerte vínculo afectivo con la nueva pareja de su progenitor. En este marco, puede acontecer que cuando muere el progenitor biológico o éste estuviera ausente con presunción de fallecimiento, o haya sido privado o suspendido en el ejercicio de la responsabilidad parental, la pareja de éste con quien los niños convivían cumpliendo una función relevante en su crianza y educación fortaleciéndose lazos afectivos, incluso, en algunos casos, ante la existencia de hermanos nacidos del nuevo vínculo. En estos supuestos, podría plantearse –y la reforma lo habilita expresamente– que quien ejerza la responsabilidad parental sobre estos niños o adolescentes sea la segunda pareja –matrimonial o no– del progenitor que le sucede alguno de los hechos o actos que menciona el tercer inciso en análisis. Ésta es la interpretación sistémica que cabe del juego de lo dispuesto aquí y en los artículos 674 y 675.

Más allá de esta situación especial, lo cierto es que el principio general es que ante el fallecimiento, ausencia, privación de la responsabilidad o suspensión del ejercicio, el ejercicio de la responsabilidad parental está en cabeza del otro progenitor, siendo quien, además, ostenta de manera unilateral o única la titularidad de la responsabilidad parental.

III.5) *Supuestos especiales de hijos extramatrimoniales*

Además del supuesto de hijos extramatrimoniales con doble vínculo filial, cuya determinación filial con uno de ellos deriva de la voluntad (por el reconocimiento en el caso de filiación biológica, o por el consentimiento con ciertos requisitos en los casos de filiación por técnicas

de reproducción humana asistida), el Código –al igual que su par anterior– regula otros dos supuestos especiales: 1) el niño que tiene un solo vínculo filial, y 2) el niño que tiene dos vínculos filiales, pero con uno de ellos se ha establecido de manera imperativa, por una sentencia de emplazamiento dictada en un proceso judicial.

a) Con relación al primer supuesto, niños sólo con una filiación, no hay modificación alguna, ya que se mantiene el sistema por el cual tiene el ejercicio de la responsabilidad aquel que también posee la titularidad de manera única. Si bien éste es el principio general, también cabe aquí llevar adelante una necesaria interpretación sistémica a la luz de lo dispuesto en los artículos 674 y 675. El primero, relativo a la facultad de un progenitor de delegar en determinados supuestos el ejercicio de la responsabilidad parental sobre su hijo en su pareja –matrimonial o no– con quien el niño convive y tiene un fuerte lazo afectivo. El segundo, el ejercicio de la responsabilidad parental conjunta entre el único progenitor y su pareja, también con las previsiones y limitaciones que establece el artículo 675.

b) El otro supuesto especial de hijos extramatrimoniales –cuyo segundo vínculo filial es determinado judicialmente– observa algunas modificaciones con respecto al texto anterior.

El principio general es que cuando un niño tiene un vínculo filial por decisión judicial, el ejercicio de la responsabilidad parental quede en cabeza de quien ya tenía lazo filial. Esta afirmación no surge así de clara del texto anterior, tan así es que Zannoni expresa: "el problema aparece cuando la madre ha reconocido voluntariamente al hijo y posteriormente se dicta sentencia que establece la paternidad. En tal caso, ¿concurren ambos al ejercicio de la patria potestad o sólo la tiene la madre?"[29] Se esgrimieron dos posturas. La que considera que el ejercicio que otorgaba el anterior inciso 6° del artículo 264 era a la madre o padre por decisión judicial en el supuesto de que ninguno lo hubiera reconocido voluntariamente, o la que entendía que no obstante el vínculo con el padre sea por sentencia judicial ante la falta de reconocimiento –voluntario, claro está– ambos debían tener el ejercicio de la patria potestad. El nuevo texto recepta como principio la primera in-

[29] ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. 2, p. 721.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

terpretación, pero habilita, en el interés del hijo, la segunda postura. Por lo tanto, recepta un sistema más flexible y amplio, acorde con los diferentes supuestos que puedan darse en la realidad social, cada vez más compleja.

Sucede que por el principio de realidad, la mayoría de las veces cuando el emplazamiento filial se deriva de una sentencia judicial, después de un largo proceso en el que el presunto padre era reticente a hacerse cargo de su hijo y por eso no procedió a reconocerlo, en el interés del niño, es más beneficioso que el ejercicio de la responsabilidad parental quede en quien ya lo venía ejerciendo: la madre con quien ya el niño tenía vínculo filial. Sin embargo, y en atención a la complejidad y amplitud de situaciones fácticas que pueden darse, el Código flexibiliza este principio al permitir que, en determinados casos, los progenitores acuerden, o el juez decida, el ejercicio conjunto y las modalidades en que éste puede desarrollarse. Por ejemplo, puede darse el supuesto en el que el presunto padre no tenía ni idea de que podría serlo y, ante ello, decida someterse a la prueba genética para verificar la certeza del vínculo biológico; prueba que no puede llevarse adelante por fuera de un proceso judicial y en forma privada por carecer de recursos materiales para solventar los gastos que insume. Realizada la prueba, se dicta sentencia de emplazamiento. En el ínterin, el hombre comenzó a tener un cierto acercamiento con el niño, empezando a forjar un vínculo afectivo que se va fortaleciendo con el tiempo y se consolida tras el dictado de la sentencia. ¿No sería acorde con el principio del interés superior del niño que la ley admita que este tipo de circunstancias puedan darse en la realidad, siendo extensible también la aplicación del principio de coparentalidad que prioriza como régimen legal y general el mismo Código? Esto es lo que se recepta.

Una vez más, el nuevo Código introduce modificaciones que tienden a ampliar el ámbito de previsión de la norma. Si bien sienta un principio, éste no es rígido, sino, por el contrario, puede darse la excepción, la cual también está expresamente prevista.

IV) Significado de la reforma

De conformidad con la diferencia e interacción entre titularidad y

ejercicio de la responsabilidad parental, el Código regula los diferentes supuestos en los cuales ambas facetas se encuentran emparentadas –en los casos de doble vínculo filial y convivencia de los progenitores– como así también cuando se produce un desmembramiento por diversas razones.

El Código mejora y amplía sustancialmente el sistema anterior auspiciado por la ley 23.264, que si bien era pionero o de avanzada para esa época, 1985, ha pasado más de un cuarto de siglo y necesitaba ser actualizado.

En todos estos años se ha desarrollado con mucha fuerza en la doctrina y jurisprudencia nacional, como así en la legislación comparada con países que cada vez en mayor medida receptan el sistema biparental o de "coparentalidad" tras la ruptura o cese de la convivencia, sea matrimonial o extramatrimonial, de igual o de diverso sexo. Elocuentes principios constitucionales-internacionales permiten afirmar que el mejor sistema acorde con ellos, y, en especial, en cumplimiento del interés superior del niño, es el que intenta mantener intacto el vínculo paterno-filial tras la ruptura de la pareja. Es decir que no repercuta en la relación padres e hijos la extinción de la pareja entre los adultos, y ello se puede lograr si se mantiene el principio de que ambos progenitores mantienen el ejercicio de la responsabilidad parental y que también persiste el régimen de presunción que prevé la ley para el supuesto de convivencia.

Otro de los cambios sustanciales que recepta la reforma se refiere a la mayor flexibilidad que se observa en el supuesto de hijos extramatrimoniales con doble vínculo, pero que uno de ellos lo fue por imperativo judicial. En este caso, y según las circunstancias fundado en el interés del hijo, también podría ser viable la aplicación del régimen de coparentalidad que prevé el artículo en sus dos primeros incisos.

De este modo, la reforma introduce cambios, no sólo en total consonancia con la obligada perspectiva constitucional-internacional, sino coherente con toda la regulación en materia de responsabilidad parental y también en otras instituciones directamente relacionadas con esta temática, como lo es el divorcio. Sucede que si el divorcio incausado es hábil para pacificar las relaciones familiares, precisamente, es en

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

el campo de la relación entre padres e hijos en el que las virtudes de este sistema adquieren clara virtualidad.

Art. 642 ***Desacuerdo.*** **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.**

Si los desacuerdos son reiterados o concurre cualquier otra causa que entorpece gravemente el ejercicio de la responsabilidad parental, el juez puede atribuirlo total o parcialmente a uno de los progenitores, o distribuir entre ellos sus funciones, por un plazo que no puede exceder de dos años. El juez también puede ordenar medidas de intervención interdisciplinaria y someter las discrepancias a mediación.

I) Resumen

El principio de coparentalidad o ejercicio conjunto de la responsabilidad parental como régimen legal prioritario o principal no es óbice para que los progenitores puedan tener desacuerdos derivados de dicha actuación para los actos de la vida cotidiana de los hijos. El Código reconoce que esto puede suceder y por ello procede a regular –al igual que el texto anterior– qué se debe hacer ante estas desavenencias de los adultos por ciertos actos –o todos– en los que se materializa el ejercicio de la responsabilidad parental. El Código coloca en cabeza de la justicia la labor de dirimir estos desacuerdos, estableciendo algunas pautas o reglas a tal fin.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 638 a 641); procesos de familia (arts. 706, 707 y 716).

III) Interpretación de la norma

El Código sigue los lineamientos generales del texto anterior, que

el artículo 264 ter disponía: "En caso de desacuerdo entre los padres, cualquiera de ellos podrá acudir al juez competente, quien resolverá lo más conveniente para el interés del hijo, por el procedimiento más breve previsto por la ley local, previa audiencia de los padres con intervención del Ministerio Pupilar. El juez podrá, aun de oficio, requerir toda la información que considere necesaria, y oír al menor, si éste tuviese suficiente juicio, y las circunstancias lo aconsejaren. Si los desacuerdos fueren reiterados o concurriere cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirlo total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones, por el plazo que fije, el que no podrá exceder de dos (2) años".

El texto actual mantiene la intervención judicial para los conflictos que se derivan del devenir del ejercicio de la responsabilidad parental, siendo la atribución unilateral una excepción, ya que se prevé –al igual que en el código anterior– la existencia de: 1) desacuerdos reiterados, o 2) la concurrencia de causas graves que entorpezcan el ejercicio de la responsabilidad parental y, por ende, que afecten el normal desarrollo de la vida de los hijos.

Contrariamente, el nuevo texto no alude a la facultad de los jueces a requerir, de oficio, información sobre la conflictiva parental que se presenta o disponer de manera expresa la escucha del niño. Ello se debe a que ambas cuestiones se derivan de los principios generales que el propio Código establece en el Título VIII de este Libro Segundo, referido a *Procesos de familia.* Hablamos de los artículos 704 y 709. El primero regula la participación del niño y adolescente en el proceso, teniéndose en cuenta la edad y grado de madurez para la valoración de la opinión que éstos emitan, y el segundo, referido al principio de oficiosidad, es decir, del impulso procesal a cargo del juez a quien se lo faculta a ordenar todas las pruebas que sean conducentes para la resolución del conflicto de manera oficiosa.

IV) Significado de la reforma

La reforma mantiene el sistema que introdujo la ley 23.264, por el cual debe intervenir el juez competente bajo determinadas pautas,

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ante reiterados y graves desacuerdos entre los progenitores que afectan, en definitiva, el superior interés de los hijos.

De conformidad con la mirada sistémica que todo texto legal debe tener, se quitan de la redacción ciertos principios generales que rigen en los procesos de familia como se establece en el Título VIII.

Además, de esta manera se evita caer en reiteraciones con las consecuencias negativas que este tipo de técnica legislativa puede acarrear: si el legislador omite aludir a ciertos principios generales al regular determinado proceso, podría generar debate si, efectivamente, se aplican las normas generales o si, por el contrario, alguna razón habrá por la cual el legislador omitió mencionarlas al regular un determinado proceso. Para evitar estos problemas de interpretación, directamente se opta por no aludir a principios generales al regular cada institución o proceso, excepto que el legislador quiera reafirmar algunos principios en determinados casos por el valor pedagógico que ostenta y la necesidad de modificar ciertas prácticas.

Art. 643 ***Delegación del ejercicio.*** **En el interés del hijo y por razones suficientemente justificadas, los progenitores pueden convenir que el ejercicio de la responsabilidad parental sea otorgado a un pariente, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 674. El acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Tiene un plazo máximo de un año, pudiendo renovarse judicialmente por razones debidamente fundadas, por un período más con participación de las partes involucradas. Los progenitores conservan la titularidad de la responsabilidad parental, y mantienen el derecho a supervisar la crianza y educación del hijo en función de sus posibilidades.**

Igual régimen es aplicable al hijo que sólo tiene un vínculo filial establecido.

I) Resumen

El Código reconoce de manera expresa la facultad de los progenitores de delegar el ejercicio de la responsabilidad parental por razones debidamente fundadas y siempre en el interés del hijo. Esta facultad

se deriva, principalmente, de dos principios: el de autonomía de la voluntad y el de realidad. La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental es una facultad que está prevista para todos los supuestos, es decir, para hijos que ostentan doble o único vínculo filial. El acuerdo de delegación debe cumplir ciertos requisitos: 1) duración máxima de un año, renovable por un período igual, y 2) homologación judicial. Se trata de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, siendo que la titularidad queda en cabeza de los o el progenitor, según el caso, por lo cual, éstos mantienen el derecho de mantener vínculo con el hijo y por ello se establece, de mínimo, el derecho a supervisar la crianza y educación. En la práctica social, por diversas razones, los progenitores dejan a sus hijos bajo el cuidado de terceros, no encontrando esta situación fáctica, hasta ahora, una respuesta precisa por parte de la ley, lo cual ha dado lugar a diversas interpretaciones doctrinarias y jurisprudenciales.

II) Concordancias

Adopción (art. 611); responsabilidad parental (art. 639); procesos de familia (arts. 707 y 716).

III) Interpretación de la norma

La reforma regula de manera expresa la decisión espontánea y acordada por parte de los progenitores de otorgar transitoriamente el ejercicio de la responsabilidad parental a un pariente, por razones debidamente fundadas. En la práctica, se pueden presentar diversas situaciones fácticas, como ser la necesidad de permanecer por un período en el exterior o en alguna localidad o región del país lejana al domicilio familiar, o por enfermedad o tratamiento médico en otro lugar del de residencia, en que el ejercicio de la responsabilidad parental o los actos que hacen a la cotidianeidad de la vida de los hijos se hace imposible o dificultoso.

La facultad que prevé el artículo en análisis responde no sólo al mencionado principio de realidad, sino también por aplicación al principio de autonomía de la voluntad que también tiene su espacio en la

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

regulación de la figura de la responsabilidad parental. ¿Acaso los progenitores no son los principales responsables de sus hijos y son ellos quienes, en principio, pueden tomar decisiones que sean acorde con lo mejor para ellos? A priori, y en abstracto, no se puede impedir o desconfiar de decisiones que puedan tomar los padres con relación a sus hijos, incluso las más complejas y de gravedad, como lo es tener que delegar el ejercicio en un tercero.

La decisión autónoma de los progenitores se conoce en el Derecho Comparado como "delegación de la autoridad parental"[30], cuyo fundamento es, precisamente, brindar un marco jurídico a prácticas habituales de la vida cotidiana de algunas familias que por diversas vicisitudes temporales no pueden hacerse cargo del cuidado y crianza de sus hijos. Esta delegación ha sido prevista expresamente en sendas legislaciones del Derecho Comparado, por citar ejemplos del Derecho europeo, el artículo 377 del Código Civil francés dispone: "Los padres, juntos o por separado, o el tutor autorizado por el consejo de familia, podrán, cuando hubieran entregado un hijo menor de dieciséis años a un particular digno de confianza, a un establecimiento autorizado a este fin o al servicio departamental de ayuda social a la infancia, renunciar en todo o en parte al ejercicio de su autoridad. En este caso, la delegación, total o parcial, de la patria potestad resultará de la sentencia dictada por el *Juge aux affaires familiales* por demanda conjunta del delegante y del delegatario". Por su parte, los artículos 155 y siguientes del Código Civil italiano prevén distintos presupuestos de delegación del cuidado de los hijos en terceras personas, a saber: a) los progenitores confían el niño a un pariente dentro del cuarto grado (es libre, sin período de duración); b) el *affidamento* en el ámbito de colaboración entre familias (dura sólo 6 meses, pasados los cuales debe comunicarse al juez), y c) los padres confían al niño en forma privada a un instituto. Los artículos 601 y 605 del Código Civil de Quebec establecen: "Los padres pueden convenir que la guarda del niño sea confiada a un pariente u otra tercera persona por cualquier razón. El padre y la madre conservan el derecho de supervisar su

[30] Ver: BACIGALUPO DE GIRARD, María, *Acuerdos sobre delegación de la autoridad parental*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 26, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, ps. 57 y ss.

crianza y su educación y están obligados a contribuir a las mismas en función de sus posibilidades". Y en el ámbito del Derecho latinoamericano cabe citar el artículo 216 del Código de Familia de El Salvador, que prescribe: "El padre y la madre deberán cuidar de sus hijos. No obstante, en situaciones de suma urgencia podrán, de común acuerdo, confiar tal cuidado mientras dure la misma a persona de su confianza, sin que por tal razón desatiendan sus deberes paternos; esta facultad la tiene también el padre o la madre que ejerza exclusivamente el cuidado personal del hijo".

El Código se suma a todos estos ejemplos y tantos otros en el mismo sentido, por lo cual es factible y pertinente incluir expresamente en nuestro ordenamiento civil la facultad de los progenitores de delegar transitoriamente el ejercicio de la responsabilidad parental a personas idóneas, sobre las cuales temporariamente pesarán las obligaciones inherentes a esta función, y los derechos propios de la misma; sin que haya un total desentendimiento por parte de los titulares de la responsabilidad parental en consonancia con el rol prioritario que le otorga la Convención sobre los Derechos del Niño y legislaciones afines.

Esta delegación debe ser acotada en el tiempo para evitar un desentendimiento prolongado de las responsabilidades inherentes al cuidado de los hijos, circunstancia que ya encuadraría en figuras legales específicas tales como la adopción. El legislador ha entendido que el lapso de un año es razonable, plazo que se puede extender por otro igual siempre por razones fundadas siendo que se trata de una situación de excepción. Además, la delegación plasmada en un acuerdo debe ser homologada judicialmente en interés del niño, debiéndose recabar su opinión de conformidad con los principios generales de los procesos de familia que se regulan en el Título VIII.

De este modo, se faculta a los jueces –a modo de control– a evaluar si la delegación del ejercicio está en consonancia con el mejor interés del hijo, para lo cual se deberá indagar sobre dos temas: 1) el apartamiento transitorio de los progenitores, y 2) la aptitud de la persona elegida para su cuidado.

Por su parte, cabe destacar que la admisión de la delegación con la consecuente homologación judicial ofrece, tanto al niño como a los

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

terceros-"delegatarios", las garantías necesarias para que esta relación produzca efectos jurídicos frente a terceros, por un tiempo determinado y razones debidamente explicitadas.

Asimismo, la homologación judicial (límite a la autonomía de la voluntad) va a permitir evitar la consolidación de vínculos afectivos de facto, por fuera de todo control, lo cual podría ser la antesala de una adopción, violándose así los pasos que el mismo Código prevé para arribar a esta institución.

Por último, no se debe perder de vista que esta nueva facultad legal está en total consonancia con el reiterado sistema de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes creado por la ley 26.061, y que profundizan varias legislaciones locales. Sucede que, según esta normativa, toda medida de separación del niño de su familia debe serlo con el correspondiente "control de legalidad" (conf. art. 40, 2° párrafo, ley 26.061), por lo tanto, la presente imposición de una posterior homologación judicial se condice. Esto mismo es lo que afirmó la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en un fallo del 6 de junio de 2012[31].

La plataforma fáctica era la siguiente. Dos niñas fueron institucionalizadas en un hogar en octubre de 2011, medida dispuesta por el Servicio Local de Promoción y Protección de Derechos del Niño de la Municipalidad de San Miguel con conformidad de la madre de las niñas, sin contar con control judicial alguno, permaneciendo las niñas institucionalizadas por más de seis meses. La madre tenía 13 hijos y padecía de esquizofrenia, sólo dos convivían con ella. Anteriormente, las niñas habían estado temporalmente en otro hogar, ocasión en la cual se consideró que la abuela materna no estaba en condiciones para hacerse cargo de la crianza y cuidado. La jueza interviniente rechazó *in limine* el pedido de control de la medida de separación al entender que la decisión en que la institucionalización no constituía la figura prevista en el artículo 35, inciso h, de la ley 13.298 de la Provincia de Buenos Aires que regula en dicho ámbito el sistema de promoción y protección integral de derechos, aseverándose que tal medida era tomada en el marco legítimo de la entonces "patria potestad" (conf.

[31] SCJBA, 6-6-2012, "S. A. R. y otro. Abrigo", inédito.

art. 264). La asesora interpuso recurso extraordinario y el caso llega a la máxima instancia judicial local. El magistrado Pettigiani sostuvo, con acierto, que "No es posible conceder a sus progenitores exclusiva autonomía para procurar el restablecimiento de tales derechos afectados o definir la forma de llevarlo a cabo. Ello así pues, por un lado, ante la resignación temporal de algunos de sus deberes y responsabilidades inherentes a la patria potestad es dable observar un escenario en el que podría incluso verificarse un potencial conflicto de intereses entre éstos y sus hijos". Que "en aquellos casos en que deba tomarse una medida tan excepcional como es el abrigo, que afecta temporalmente sustanciales derechos del menor –como son su libertad y vivir junto a sus padres en el ámbito familiar de origen–, el consecuente control judicial sobre su legalidad debe pensarse en exclusivo beneficio e interés de éste, de modo tal que la autoridad judicial intervenga a fin de convalidar y así reforzar la inicial percepción del organismo administrativo en cada caso sobre su necesidad, recaudos, condiciones, modalidad, duración y razonabilidad en atención a las políticas públicas que conjuntamente fueran a implementarse a fin de superar la grave situación de afección de derechos en que pudiera encontrarse el niño, niña o adolescente involucrado". Por lo cual, se ordenó que la causa vuelva al tribunal de origen para que, con la debida intervención del Ministerio Público, se adopten de manera urgente las medidas de control judicial que correspondan respecto de la institucionalización de las niñas con el fin de lograr el debido resguardo de sus derechos.

La reforma está en total consonancia con esta doctrina jurisprudencial que responde con la télesis de la ley 26.061: que en los conflictos más complejos y graves haya una doble intervención, siendo ello un sistema más democrático al salirse de la noción de "tutelarismo" (poder de decisión de un solo organismo), que ha primado antes del régimen legal que implementan la ley 26.061 y legislaciones afines.

III.1) *Responsabilidad civil paterna*

Cabe recordar que según el artículo 1755 la responsabilidad objetiva de los padres por los daños ocasionados por sus hijos no cesa aun cuando haya mediado una delegación del ejercicio en los términos del artículo en comentario.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

IV) Significado de la reforma

El Código vuelve, una vez más, a saldar una deuda pendiente al brindar un marco jurídico mínimo para aquellas situaciones fácticas en las cuales los progenitores, o quien ejerce la responsabilidad parental, dejan a sus hijos a cuidado de terceros. La reforma logra una solución equilibrada y coherente con el sistema que prevé la ley 26.061, la cual no es derogada por el Código, sino que, por el contrario, se ha intentado que la legislación civil sea compatible y se complemente con el sistema de protección integral de derechos.

Si bien la ley admite que los padres son los principales responsables sobre la vida de sus hijos y que, en ese contexto, se les debe reconocer autonomía para decidir sobre aspectos que hacen al cuidado y desarrollo de aquéllos, también observa que no siempre esta decisión es fundada, razonada y libre, y, por ende, la pertinencia de establecer un debido control judicial a través de la figura de la homologación.

En este sentido, la ley establece algunos requisitos mínimos que debe cumplir la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental para que ésta sea válida, amén de algunas previsiones como el lapso temporal, su ampliación por un lapso igual por razones fundadas y si vencido este período no se logra que los padres vuelvan a retomar el ejercicio de la responsabilidad parental, procurar la definición de la situación en cumplimiento del derecho humano de todo niño a vivir en familia, que desde una obligada perspectiva sistémica este derecho no sólo se presenta en la adopción, sino también al regular otras figuras intermedias que, incluso, pueden ser previas a ésta.

La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental es una facultad que varias legislaciones comparadas siguen para dar respuesta a una realidad: progenitores que por diversos motivos no pueden temporalmente hacerse cargo del cuidado y crianza de los hijos y deben apelar a terceros para que los suplanten. El Código da una respuesta concreta a estas situaciones que hasta ahora estaban presentes en la práctica social y jurídica, pero totalmente ausentes en el texto civil.

Art. 644 ***Progenitores adolescentes.*** **Los progenitores adolescentes, estén o no casados, ejercen la responsabilidad parental de sus hijos**

pudiendo decidir y realizar por sí mismos las tareas necesarias para su cuidado, educación y salud.

Las personas que ejercen la responsabilidad parental de un progenitor adolescente que tenga un hijo bajo su cuidado pueden oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño; también pueden intervenir cuando el progenitor omite realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo.

El consentimiento del progenitor adolescente debe integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño, como la decisión libre e informada de su adopción, intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, u otros actos que pueden lesionar gravemente sus derechos. En caso de conflicto, el juez debe decidir a través del procedimiento más breve previsto por la ley local.

La plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen.

I) Resumen

El Código –al igual que su texto anterior, según la ley 23.264– regula la situación especial de cómo es el régimen jurídico sobre el ejercicio de la responsabilidad parental cuando se trata de progenitores adolescentes, es decir, aquellos que tienen entre los 13 años y hasta que cumplen los 18. Para tal fin, se distinguen los actos de la vida cotidiana de los hijos de los que son de mayor gravedad o magnitud por la importancia o efectos que generan. En el primero de los casos, el ejercicio de la responsabilidad se les reconoce a los mismos padres y, en cambio, en los otros, se recepta la figura del asentimiento de los progenitores, debiéndose completar estos actos con la manifestación de voluntad de ellos ya que los padres son, a la vez, personas que aún no alcanzaron la plena capacidad civil y que ellos mismos no se encontrarían habilitados para realizar por sí, menos aún, en representación de sus hijos menores de edad. Además, en protección de la persona menor de edad más vulnerable por ser la más pequeña –el hijo– la ley faculta a los abuelos –cualquiera de ellos– a oponerse a los actos que consideren contrarios al interés superior de estos niños.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

II) Concordancias

Personas menores de edad (art. 25); ejercicio de derechos (art. 26); convenciones matrimoniales (art. 450); principios generales de la responsabilidad parental (arts. 638, 639). Ley 26.061, Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes.

III) Interpretación de la norma

III.1) *El principio de igualdad*

El texto anterior disponía que la entonces patria potestad de un niño cuyos padres eran menores de edad –considerados tales hasta los 21 años, edad que se redujo a los 18 años recién en el 2009 con la sanción de la ley 26.579– era ejercida por uno de los abuelos, priorizándose aquel que convive con el nieto. Esta previsión estaba circunscripta a los padres menores de edad no casados, o sea, a los hijos extramatrimoniales. Por el contrario, los hijos matrimoniales nunca podían tener esta limitación con respecto a sus padres ya que el matrimonio trae como consecuencia, entre tantas, la emancipación o plena capacidad civil, ergo, los padres menores de edad, pero casados tenían ellos el ejercicio de la patria potestad sobre sus hijos.

Recordemos que el texto del artículo 264 bis decía: "...Si los padres de un hijo extramatrimonial fuesen menores no emancipados, se preferirá a quien ejerza la patria potestad sobre aquél de los progenitores que tenga al hijo bajo su amparo o cuidado, subsistiendo en tal caso esa tutela aun cuando el otro progenitor se emancipe o cumpla la mayoría de edad".

A tal punto era la mirada negativa sobre la posibilidad de que los padres menores de edad extramatrimoniales pudieran ejercer derechos sobre sus hijos, y, por ende, el mantenimiento de un supuesto de "tutela legal", que la misma normativa excluía de manera expresa dicho ejercicio por parte de los padres aun cuando uno de ellos hubiera alcanzado la mayoría de edad o se hubiera emancipado (por ejemplo, si uno de los padres contraía matrimonio con un tercero).

Esta desigualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales de padres menores de edad ha sido criticada, con acierto, por varias

voces doctrinarias al violentar el principio de igualdad[32], no solamente entre los hijos, sino también entre los padres, es decir, en ambos extremos de la relación paterno-filial.

Esta clara tensión constitucional es resuelta en el nuevo Código al edificar un régimen legal especial para el supuesto de progenitores menores de edad aplicable a todos los que se encuentran en esta situación, con total independencia de que ellos se encuentren o no casados.

Amén del principio de igualdad y no discriminación que refuerza el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y el consecuente derecho de todo niño –con independencia del estado civil de sus padres– de tener vínculo con ambos progenitores, es evidente que la regulación anterior mostraba importantes falencias. Sucede que la ley no puede beneficiar reconociendo el pleno ejercicio de la responsabilidad parental a adolescentes que podrían haber incurrido en una decisión inmadura y apresurada, como ser contraer matrimonio antes de contar con la edad legal, y quitarle tal ejercicio a quienes, a lo mejor, han tomado una decisión responsable como es no celebrar nupcias cuando no se tiene la edad e incluso madurez para ello.

Como se puede observar fácilmente, el sistema anterior presentaba varias deficiencias derivadas, en definitiva, de la tradicional valoración y supuesta superioridad de la familia matrimonial –incluso la integrada por personas menores de edad– por sobre cualquier otra forma de organización familiar.

III.2) *Ejercicio de la responsabilidad parental: principio general*

¿Cuál era el fundamento por el cual la ley anterior priorizaba a un abuelo por sobre los padres menores de edad en el ejercicio de la

[32] Ver, entre otros, CHECHILE, Ana María, *La patria potestad de los menores de edad*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 23, LexisNexis, Buenos Aires, 2003, ps. 45 y ss.; FERNÁNDEZ, Silvia, *Mecanismos de asistencia al ejercicio de la capacidad civil de niños y adolescentes privados de responsabilidad parental y adultos con disfunción mental. Revisión de la regulación civil argentina en materia de tutela y curatela*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 52, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2011, ps. 211 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

patria potestad? En que no podrían ejercer actos aquellas personas que, a su vez, ellos mismos tampoco pueden llevar adelante. Éste ha sido el fundamento clásico desde la perspectiva civil. Sin embargo, el impacto del principio de autonomía progresiva o determinados derechos humanos, como ser el derecho a tener vínculo y preservar la relación entre padres e hijos –con independencia de la edad de los padres, si son mayores o menores de edad–, el respeto por el derecho a la identidad y a la vida familiar, plantearon una revisión crítica de dicho fundamento.

Nos explicamos. Si a las personas menores de edad, de por sí, se les empieza a reconocer la posibilidad de ejercer ciertos derechos de acuerdo a la edad y grado de madurez, esta flexibilidad también debía incursionar en el supuesto especial de padres menores de edad. De este modo, algunos autores defendieron la facultad de los progenitores menores de edad con discernimiento a ejercer ellos mismos actos de la vida cotidiana de los hijos.

Este contexto revisionista general, el cual no podía quedar ajeno a la situación fáctica y jurídica en análisis, ha sido tenido en cuenta por la reforma, y por ello se establece, como principio, que los actos de cuidado, salud, educación y demás que hacen al día a día con los hijos pueden ser ejercidos por los padres menores de edad cuando éstos sean adolescentes, es decir, a partir de los 13 años. Ésta es la edad en la cual el legislador presume que los padres menores de edad cuentan con grado de madurez para la realización de actos de la vida cotidiana de los hijos.

Precisamente, la diferencia entre niño y adolescente que recepta el Código (art. 25) lo es para que al regular cada institución o situación especial dentro de alguna figura jurídica, ésta sea una variable razonable para llevar adelante determinadas distinciones. La previsión en comentario es un ejemplo de ello, en la cual el régimen particular sobre el ejercicio de la responsabilidad parental, cuando los progenitores son menores de edad, se circunscribe a aquellos que son adolescentes, es decir, entre los 13 y hasta los 18 años de edad.

Por último, cabe destacar que este ejercicio de la responsabilidad parental es reconocido a ambos progenitores de manera conjunta, por aplicación del sistema general que prevé el Código. De lo contrario,

se violaría el reiterado principio de igualdad, ya que los hijos de padres mayores de edad se verían beneficiados con un régimen de coparentalidad que respeta el derecho a vincularse con ambos progenitores en igualdad de condiciones y, en cambio, si los padres fueran menores de edad, se mantendría el régimen anterior de uniparentalidad, con el evidente perjuicio para estos hijos, como así también para los padres adolescentes.

III.3) *Restricciones al ejercicio*

El Código, justamente por la protección especial que rodea a los derechos humanos de niños y adolescentes, admite la mayor vulnerabilidad que presenta este grupo social, por lo cual, el reconocimiento del ejercicio de la responsabilidad parental a los padres adolescentes observa algunas limitaciones que lo diferencian del régimen amplio o de plena actuación que rige para los padres adultos. En este sentido, la ley no sólo debe proteger el hijo, sino también a sus padres menores de edad que aún no han alcanzado la plena capacidad civil.

En este contexto, la reforma prevé dos tipos de protección: 1) *de carácter subjetivo*: facultar a los abuelos a oponerse a la realización de actos que resulten perjudiciales para el niño o a intervenir los padres omiten realizar las acciones necesarias para preservar su adecuado desarrollo, y 2) *de carácter objetivo*: establecer que ciertos actos deban ser realizados o integrarse con el asentimiento de cualquiera de sus propios progenitores si se trata de actos trascendentes para la vida del niño.

Con respecto a la primera, la ley permite a los abuelos intervenir de manera activa mediante la oposición, colocar en crisis actitudes de los padres adolescentes que pueden perjudicar al nieto, ya sea por acción u omisión de éstos. La ley no establece qué abuelo está facultado a ello, ni tampoco destaca que deba serlo uno solo de los abuelos. Por el contrario, se adopta una postura amplia ya que lo que interesa es la efectiva protección del nieto, pudiendo tal iniciativa provenir de uno o más abuelos.

Con relación a la segunda, el legislador enumera, a modo ejemplificativo, algunos actos específicos para los cuales los padres ado-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

lescentes deben contar con el asentimiento de alguno de los abuelos, como ser: la decisión libre e informada de su adopción e intervenciones quirúrgicas que ponen en peligro su vida, listado que se ve expresamente ampliado al establecer de manera general cualquier otro acto "que puede lesionar gravemente sus derechos". Por lo tanto, la reforma pone de manifiesto dos actos concretos en los que se debe contar con el asentimiento y que responden a la práctica, dejando abierta la posibilidad a otros actos en los que también sea necesario esta doble participación, siempre en beneficio de las personas menores de edad que aquí son de dos niveles, los hijos y sus padres.

Como acontece con los conflictos que se suscitan en las relaciones de familia y, en particular, en el marco de la responsabilidad parental, ellos deben ser resueltos por el juez a través del procedimiento más breve previsto por la ley local, es decir, del modo más rápido. Este conflicto puede ser protagonizado por parte de los mismos padres adolescentes –que no se pongan de acuerdo en el ejercicio de actos que hacen a la vida cotidiana de los hijos– para lo cual se aplicará lo previsto en el artículo 642 referido a los supuestos de desacuerdo; también entre un progenitor adolescente y uno o varios abuelos; como así, podría ser entre los abuelos cuando se trate de actos en los que se necesite contar con su asentimiento o derivado de la facultad de oposición que regula el artículo en análisis.

III.4) *Especialidad y protección*

El último párrafo del artículo afirma que la plena capacidad de uno de los progenitores no modifica este régimen. En un contexto legal de apertura, como lo es que el principio en materia de ejercicio de la responsabilidad parental de padres adolescentes es que éstos tienen a su cargo los actos relativos al cuidado y crianza, el mantenimiento de restricciones mínimas o excepcionales hasta que ambos padres alcancen la mayoría de edad no violenta principios constitucionales-internacionales, todo lo contrario.

Veamos, tal como se ha puesto de resalto en varias oportunidades, los niños y adolescentes observan una protección especial fundada en su carácter de personas en desarrollo. Éste es el principal argumento

o justificativo por el cual se mantiene el principio general que regula el Código (ejercicio de la responsabilidad parental para actos cotidianos por parte de los propios padres adolescentes y el resto de los actos, o sea, los de mayor gravedad, también los padres, pero con el asentimiento de alguno de sus propios padres o abuelos) hasta que ambos padres cumplan la mayoría de edad. Como no se pueden aplicar de manera conjunta y simultánea dos regímenes legales: el general para el progenitor que alcanza la mayoría de edad y el especial para quien aún no cumplió los 18 años de edad, el legislador se inclina por esperar a que ambos padres adquieran la plena capacidad civil para pasar del régimen especial al general.

Precisamente, como el régimen especial está centrado en la noción de doble protección, al hijo y también a los padres adolescentes, y respeta el principio de autonomía progresiva concediéndole a estos últimos un gran campo de actuación civil en la vida de sus hijos, el mantener este régimen hasta que el último de los progenitores alcance la mayoría de edad constituye una postura legislativa equilibrada, además de fundada.

IV) Significado de la reforma

El Código introduce modificaciones sustanciales al régimen legal y especial del ejercicio de la responsabilidad parental por parte de los progenitores adolescentes.

En primer lugar, establece que dicho sistema rige para aquellos padres que cuentan con 13 años o más, y que culmina cuando ambos alcanzan la plena capacidad civil.

Introduce una regulación equilibrada, teniendo en cuenta los diferentes intereses y protecciones en juego, no sólo la del hijo, sino también la de sus padres que son personas en pleno desarrollo madurativo y paulatino.

Por aplicación del principio de autonomía progresiva, uno de los principios básicos sobre los cuales se edifica el régimen jurídico de la responsabilidad parental, tal como lo dispone el artículo 639, para los actos cotidianos de la vida de los hijos el ejercicio corresponde a los padres adolescentes. Éste es el principio general.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Las excepciones también se fundan en principio y reglas constitucionales-internacionales, es decir, en la protección especial que debe dársele a niños (hijos) y adolescentes (padres). Las excepciones son: 1) la facultad de los abuelos de oponerse a los actos que realizan los padres adolescentes o que no llevan adelante, cuando este accionar conculca el interés de los hijos, y 2) la necesidad de que determinados actos de mayor gravedad deban verse integrados con el asentimiento de uno de los abuelos.

Si bien el Código mantiene la restricción de que el régimen especial subsiste hasta que ambos padres adolescentes lleguen a la mayoría de edad, esta limitación lo es en el marco de un sistema totalmente diferente al del texto anterior. El anterior mantenía la tutela legal a favor de un abuelo, el actual revaloriza el rol de los padres adolescentes, siendo ellos los que ejercen la responsabilidad parental, salvo ciertos actos de carácter excepcional.

Art. 645 ***Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores.*** **Si el hijo tiene doble vínculo filial se requiere el consentimiento expreso de ambos progenitores para los siguientes supuestos:**

a) autorizar a los hijos adolescentes entre dieciséis y dieciocho años para contraer matrimonio;

b) autorizarlo para ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad;

c) autorizarlo para salir de la República o para el cambio de residencia permanente en el extranjero;

d) autorizarlo para estar en juicio, en los supuestos en que no puede actuar por sí;

e) administrar los bienes de los hijos, excepto que se haya delegado la administración de conformidad con lo previsto en este Capítulo.

En todos estos casos, si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, debe resolver el juez teniendo en miras el interés familiar.

Cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

I) Resumen

El Código mantiene el reconocimiento jurídico de que ciertos y determinados actos relativos a los hijos deben contar con el expreso consentimiento de ambos progenitores. Se introducen algunas modificaciones de cierta envergadura que se diferencian claramente del texto anterior, y otros cambios menos trascendentales que pretenden dar coherencia e integralidad al nuevo Código. Entre las modificaciones sustanciales, la más importante –siendo que a nada de esto se aludía en la regulación anterior– es la incorporación de otro consentimiento expreso más: el del hijo adolescente.

II) Concordancias

Persona menor de edad (art. 25); ejercicio de los derechos (art. 26); requisitos del matrimonio (art. 404); adopción (art. 595); responsabilidad parental (arts. 639 y 692). Ley 26.061.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

El Código –al igual que su par anterior– distingue, y por eso regula de manera diferente, los actos que hacen a la cotidianeidad de la vida de los hijos de aquellos que involucran decisiones de gravedad o, al menos, que por su tenor importan decisiones de peso o trascendentes para la vida de los hijos. De este modo, el sistema que rige para los primeros actos se encuentra expresamente previsto en el artículo 644 y si bien están en cabeza de ambos progenitores –cuando los niños tienen doble vínculo filial– opera un régimen centrado en la noción de presunción, por lo cual, los actos que desarrolle uno se presume que cuentan con la anuencia o conformidad del otro salvo oposición expresa. Por el contrario, los segundos –los actos de mayor relevancia– necesitan del expreso consentimiento de ambos. Aquí no es posible presumir la conformidad del otro, sino que se necesita, efectivamente, su voluntad expresa.

Sucede que los primeros al ser cotidianos, para no impedir el normal

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

desarrollo de la vida de los hijos, necesitan de un régimen centrado en la presunción. En cambio, los segundos no se dan de manera asidua, por lo tanto el establecer el consentimiento expreso de ambos progenitores no es una decisión legislativa que obstaculice la vida de los hijos, sino, por el contrario, evita conflictos al disponerse que de manera previa ambos padres estén de acuerdo con el acto que se trata.

Si bien es cierto que la reforma del Código coloca en cabeza de ambos progenitores –reiteramos, cuando el niño tiene doble vínculo filial– el ejercicio de la responsabilidad parental compartida, más allá de este cambio trascendental, al mantenerse de manera excepcional el ejercicio unilateral, dispone que para los actos que enumera de manera taxativa en el artículo en análisis, se debe contar con la voluntad expresa de ambos cónyuges.

Es en la regulación relativa a estos actos de mayor trascendencia que el legislador establece, a priori, la participación activa de ambos progenitores, en los cuales se observa de manera tajante la diferencia entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental. Sea el ejercicio unilateral como compartido en cualquiera de las dos modalidades que prevé el nuevo texto civil, se necesita el consentimiento expreso de ambos progenitores. Por ende, ni opera el régimen de la presunción ni lo que disponga uno solo de los progenitores será suficiente para la validez de los actos que expresamente se enumeran en esta disposición.

La reforma mantiene algunos de los actos considerados trascendentales en la vida de los hijos para los que se requiere el consentimiento concordante y expreso para autorizar al hijo a: ingresar a comunidades religiosas, fuerzas armadas o de seguridad, salir del país y lo relativo a la administración de los bienes de los hijos. En estos tres supuestos, la reforma no introduce modificación alguna. En el resto de los actos que la reforma menciona se observan algunas pequeñas o importantes modificaciones en comparación con el texto anterior normado en el artículo 264 quáter, lo cual será analizado en el próximo apartado.

Por último, cabe destacar que la reforma también prevé la intervención judicial supletoria ante el supuesto de dificultad o negativa de prestar el consentimiento por parte de uno o ambos progenitores.

De este modo, tan relevante es el consentimiento expreso de ambos progenitores que la ley prevé supletoriamente que un tercero –el juez– conozca sobre el acto que se trate y dirima la cuestión. Se trata de un supuesto de autorización judicial supletoria.

III.2) *Las modificaciones*

El Código introduce modificaciones sustanciales y de menor peso, pero que se fundan en lograr una ley coherente e integral.

Los cambios esenciales son dos.

El primero es la derogación de la autorización para contraer matrimonio. Ello es la consecuencia de la importante modificación que se introdujo del juego entre las leyes 26.449, que equiparó a los 18 años la edad legal para contraer matrimonio, con independencia de que sea hombre o mujer, y la ley 26.579, que disminuyó la mayoría de edad a esa misma edad. En este contexto normativo, la interpretación que ha tenido mayor acogida en la doctrina nacional ha sido que habría desaparecido –hasta ahora, de manera tácita– la autorización de los padres para contraer matrimonio, ya que toda persona con menos de 18 años que pretenda contraer nupcias debe contar con la pertinente autorización judicial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 404. El Código recepta este debate que ha existido en la doctrina nacional[33] y, por ello, deroga expresamente del listado de actos que necesitan el consentimiento de ambos progenitores la autorización para contraer matrimonio.

El segundo es la derogación en el artículo referido a los casos de consentimiento expreso de ambos padres del supuesto que regulaba el inciso 6° del artículo 264 quáter para "Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial". Éste no es un supuesto de

[33] LLOVERAS, Nora y FARAONI, Fabián, *Un impacto de amplias dimensiones: la ley 26.579 de Mayoría de Edad*, en RDF 2010-47-55; PARELLADA, Carlos, *La Ley de Mayoría de Edad y su incidencia en el Derecho de Familia*, en RDF 2010-47-97; MOLINA, Marcelo José, *Consideraciones prácticas sobre la implementación de la ley 26.579 desde la experiencia tribunalicia*, en D. F. y P. 2010 (junio), p. 48; QUIRNO, Diego N., *La edad para contraer matrimonio, bajo la vigencia de la ley que modificó la mayoría de edad*, Abeledo-Perrot N° AP/DOC/1940/2012.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

consentimiento expreso, sino que se necesita la correspondiente autorización judicial y por ello se regula en el artículo 692, en el que se regula esta especial situación en el capítulo referido a los aspectos patrimoniales derivados de la responsabilidad parental.

Hay otro supuesto en los que el texto actual también considera de entidad, y por lo cual necesita, el consentimiento expreso de ambos progenitores, pero que introduce alguna modificación a fin de lograr una normativa integral y coherente. Nos referimos a la autorización para que los hijos estén en juicio.

Veamos, la reforma agrega que la autorización para estar en juicio lo es de conformidad con lo dispuesto en otras normas relativas también a la responsabilidad parental en las que, de manera particular, se regulan diferentes supuestos en los que se reconoce la facultad de los hijos con edad y grado de madurez suficientes para intervenir por derecho propio con la debida asistencia letrada. En otras palabras, al ser varios los supuestos en los cuales el legislador permite a determinadas personas menores de edad –los adolescentes– iniciar acciones de manera directa con el debido patrocinio letrado, se destaca en el inciso en comentario que sienta el principio general que esta regulación debe ser analiza de conformidad con lo previsto en todo el texto legal, o sea, teniéndose en cuenta aquellas normas que habilitan a los hijos menores de edad a ejercer su derecho de acceso a la justicia de manera personal, sin la necesidad de contar con la autorización conjunta de sus padres que prevé este inciso.

III.3) *Los hijos adolescentes*

Otra de las modificaciones que merecen un análisis aparte es la relativa al consentimiento expreso también de los hijos adolescentes, amén del consentimiento expreso de los progenitores.

Merece un espacio propio, en primer lugar, porque no se refiere a los actos propiamente dichos que necesitan del consentimiento expreso de ambos progenitores, sino que se trata de una consideración general que se debe tener en cuenta cuando se trata de todos los actos que se enumeran en el artículo en estudio.

En segundo lugar, porque se deriva de principios constitucionales-

internacionales que se explicitan en los primeros artículos referidos al título de la responsabilidad parental: el interés superior del niño y el de autonomía progresiva, con el consecuente reconocimiento legislativo de la mayor participación de niños y adolescentes en consonancia con la edad y grado de madurez, a tal punto que en algunos supuestos se permite que éstos ejerzan ciertos derechos de manera personal con su propio patrocinio letrado y en otros, como en este caso, que consientan y así completen el acto que se trate.

Al igual que acontece con la adopción, que si involucra a una persona menor de edad desde los 10 años, ésta debe consentir su adopción, en este caso el legislador establece que cuando alguno de los actos que se enumeran en este artículo es protagonizado por un adolescente, se debe contar con su debido consentimiento expreso.

De esta manera, el Código intensifica los principios de derechos humanos mencionados y consolida la obligada interacción entre la legislación civil y leyes especiales, en este caso, la ley 26.061.

IV) Significado de la reforma

El Código introduce importantes reformas en una decisión legislativa de la legislación anterior que se mantiene: la necesidad de que ciertos actos trascendentales y no cotidianos de la vida de los hijos deban contar con el consentimiento expreso de ambos progenitores y que ante la imposibilidad o negativa, se necesite la correspondiente autorización judicial supletoria.

En este contexto ya conocido, la reforma introduce varias modificaciones a fin de estar en consonancia con otros cambios que recepta la propia normativa civil fundada en principios y derechos de derechos humanos. Nos referimos a la ampliación del ámbito subjetivo en el tema en análisis; sucede que además del consentimiento expreso de ambos progenitores, cuando se trata de actos relativo a hijos adolescentes, también se debe contar con el consentimiento expreso de éste.

Otras modificaciones son menos radicales, pero muy necesarias si se pretende alcanzar una regulación coherente y sistemática. Un ejemplo de ello, en comparación con su par anterior, es la derogación de la autorización de los padres para contraer matrimonio ya que el ré-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

gimen jurídico vigente –aun antes de la reforma, en virtud de las leyes 26.449 y 26.579– es sólo previa autorización judicial. Por lo cual, se quita del artículo en análisis la autorización para contraer matrimonio como un acto que debe contar solamente con el consentimiento de ambos padres.

Otra quita del artículo en análisis, pero reubicada en otro lugar es la relativa a la disposición de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuando tiene a su cargo la administración, ya que éste siempre fue un supuesto de autorización judicial, por lo cual no debería ser enumerado en esta disposición concentrada en los actos que necesitan el consentimiento expreso por parte de ambos progenitores.

CAPÍTULO 3

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES. REGLAS GENERALES

Art. 646 *Enumeración*. **Son deberes de los progenitores:**

a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo;

b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo;

c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos;

d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos;

e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con las cuales tenga un vínculo afectivo;

f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo.

I) Resumen

El Código establece los principales deberes que se imponen a los progenitores en el marco del ejercicio de la responsabilidad parental.

En primer lugar, se destaca el deber de cumplir con la función de cuidado de su hijo, debiendo vivir con él, a más de satisfacer todas sus necesidades alimentarias y educarlo. En segundo término, la obligación de reparar en las demandas específicas con las que la descendencia cuenta, de conformidad con las características que ésta muestre en el plano psicofísico, sus habilidades y su desarrollo madurativo. La necesidad de que los progenitores escuchen y tengan debidamente en cuenta la opinión de sus hijos, confiriéndoles un espacio para participar en su proceso educativo, así como también en todo lo que concierne al ejercicio de sus derechos personalísimos. De igual forma, cabe prestar orientación y guiarlos para el ejercicio y efectividad de los derechos que titularizan, hallándose igualmente obligados a respetar y allanar la potestad legalmente reconocida de mantener un adecuado contacto en forma personal y periódica con sus abuelos, otros parientes, o bien incluso con personas con las que hayan forjado un vínculo afectivo. Por último, se exige de los progenitores cumplir con la función de representación del hijo en las cuestiones patrimoniales que lo involucren, encontrándose compelidos de idéntica forma a administrar el conjunto de bienes de su titularidad.

II) Concordancias

Convenio regulador de los efectos del divorcio (art. 439); concepto de la responsabilidad parental (art. 638); principios generales que rigen la responsabilidad parental (art. 639); ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641); menor de edad y adolescente (art. 25); ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26); representación y asistencia (art. 100); obligación alimentaria de los progenitores (art. 658). Ley 26.061 (arts. 3° y 24).

III) Interpretación de la norma

El artículo anotado fija los deberes que incumben a los progenitores en el ejercicio de la responsabilidad parental. Es en ese tren de ideas que, a efectos de evitar cualquier lectura incorrecta de las disposiciones del Código aprobado, resulta preciso señalar que el cumplimiento de

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

las obligaciones que se imponen resulta independiente del hecho de que el cuidado personal del hijo recaiga en forma personal en uno de ellos, en consonancia con lo que se prevé en el artículo 658, sobre el cual se trabajará seguidamente.

Los deberes instituidos constituyen un piso mínimo de acción impuesto a los progenitores en aras de lograr la máxima realización de los derechos de los que son titulares sus hijos, preparándolos para la vida adulta. Y como una rápida lectura del dispositivo nos permite advertir, cabe resaltar que los mismos se encuentran pensados en favor de estos últimos, eje sobre el cual gira la institución en este título tratada, dotándola de sentido y brindándole un fundamento válido para su existencia misma.

Mal podría acercarse el intérprete a las obligaciones puestas en cabeza de los progenitores desde una concepción verticalista de las relaciones dadas en el seno del grupo familiar; contrariamente a ello, el artículo anotado acuerda un amplio campo de participación para los hijos en el proceso de cumplimiento de aquéllas, como fiel corolario del principio de democratización de la familia, pilar fundamental de la nueva legislación en la materia: en dicho orden de ideas, se señala que deberá ser respetado su derecho a ser oído y a participar en su proceso educativo, fórmula con la que se excede la educación formal, siendo también comprensiva de la instrucción que se recibe cotidianamente en el seno del hogar; igualmente, cabe prestar orientación y dirección al hijo para que éste ejercite por sí los derechos legalmente asignados, propendiendo a lograr su desarrollo autónomo; en el mismo sendero, deberán aquéllos atender a las necesidades de su descendencia, tomándose como medida para apreciar su adecuado cumplimiento el particular momento madurativo que aquélla estuviera transitando.

Por su parte, y haciendo al recto funcionamiento del instituto de la responsabilidad parental, los deberes que la norma fija resultan plenamente exigibles a los obligados, no admitiéndose su sujeción a condición alguna. De ello resulta que su inobservancia, o su cumplimiento en modo parcial o defectuoso, que coloque al hijo en un grave estado de desprotección, puede constituir causa suficiente para el dictado de

la sanción de la privación de la responsabilidad parental, en base a lo que previene el inciso b, del artículo 700 del Código.

IV) Significado de la reforma

El Código reafirma y consolida la línea legislativa mencionada en torno a dejar de lado el concepto e idea de "patria potestad", el cual ha arrastrado una concepción familiar donde el único que tenía derechos y podía ejercitarlos era el *pater*, mientras que la mujer y los hijos quedaban relegados a un espacio de no participación dentro de una estructura familiar jerárquica[34], modificándolo por un sistema totalmente diferente, auspiciado por la noción de protección integral de derechos de niñas, niños y adolescentes, que no sólo se modifica el término por el de "responsabilidad parental", sino que el contenido de éste sufre una transformación de raíz, la cual gira sobre la idea función de guía y acompañamiento por parte de los padres hacia sus hijos para que éstos estén plenamente preparados para una vida independiente en sociedad.

En el estado jurídico y axiológico actual, ninguna duda puede caber en que el acento de la figura no se encuentra más puesto en las potestades de las cuales gozan los padres, sino en la persona de los niños y en sus necesidades, fruto de la certeza que importa considerarlos como verdaderos sujetos de derecho. Esto es precisamente lo que se ve plasmado en el artículo en análisis, el cual fija a los progenitores un conjunto de deberes que hacen a la construcción de la personalidad de sus hijos, durante la vida en infancia hasta insertarse en la vida civil en forma plena.

Esto que hoy resulta fácil de enseñar, siendo para las más nóveles generaciones algo dado e indiscutible, constituye el producto de una labor intelectual llevada a cabo por los más notables juristas, quienes durante años han propuesto un modelo más democrático y participativo de relaciones familiares, procurando alcanzar un mayor equilibrio

[34] FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa y REVSIN, Moira, *Responsabilidad parental y salud reproductiva*, en ILUNDAIN, Mirta y ARIANNA, Carlos A. (coords.), *El Derecho de Familia y sucesiones en la jurisprudencia nacional*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2009, p. 138.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

entre todos sus integrantes, lo cual, en última instancia, redunda en la construcción de una sociedad más justa.

Precisamente, lo dicho permite advertir la trascendencia de la presente, la que marca un gran avance respecto de sus antecesores. Al respecto, es justo recordar que los textos que el nuevo Código viene a reemplazar prescindían de incorporar en su articulado en forma autónoma los deberes que incumben a los progenitores como contenido sustancial del ejercicio de la responsabilidad parental, haciendo mención a ellos en forma aislada y asistémica. Sin dudas, al abandonar dicho criterio, el cuerpo normativo sancionado brinda claridad en un instituto que durante años fue pensado en clave de poder y de autoridad, y que hoy se encuentra concebido en términos de asistencia y acompañamiento del hijo que se encuentra en la menor edad, y así queda corroborado a través de la lectura de las obligaciones que aquí se imponen. Por ello, no podemos más que ponderar la decisión tomada por el legislador, la que recoge la buena doctrina tan desarrollada en nuestro país en materia de los derechos de la niñez y adolescencia.

Art. 647 ***Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado.*** **Se prohíbe el castigo corporal en cualquiera de sus formas, los malos tratos y cualquier hecho que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños o adolescentes.**

Los progenitores pueden solicitar el auxilio de los servicios de orientación a cargo de los organismos del Estado.

I) Resumen

El empleo de cualquier acto de castigo corporal hacia los hijos resulta expresamente repudiado por la ley, rechazo que también alcanza a los malos tratos dispensados a aquéllos, a más de todo hecho que les produzca un daño tanto en su esfera física como psíquica. Adicionalmente, se reconoce a los progenitores la facultad de acudir hacia los servicios de orientación organizados en la órbita estatal a efectos de requerir asistencia en el cumplimiento de los deberes que la legislación pone en su cabeza.

II) Concordancias

Fuentes del Código (art. 1°); interpretación de la ley (art. 2°); inviolabilidad de la persona humana (art. 51); deber de cuidado y educación del hijo (art. 646, inc. a); privación de la responsabilidad parental (art. 700, inc. c). Ley 26.061 (art. 9°). Ley 24.417. Ley 26.485.

III) Interpretación de la norma

Fácil resulta advertir que la norma aprobada tiene un claro norte, cual es el evitar todo tipo de castigo físico dirigido contra los hijos, no existiendo circunstancia alguna que pudiese justificar la adopción de ese curso de acción. El repudio es expreso y enfático, quedando desterrada la violencia como herramienta disciplinaria o correctiva en el marco de las relaciones paterno-filiales, englobándose dentro de este concepto a todo acto lesivo de la integridad personal, moral o psicológica y de la dignidad de las niñas, niños y adolescentes.

Por su parte, el Código reconoce las dificultades que en la práctica pueden tener los progenitores en la labor de crianza de sus hijos, se les permite acudir por ante los organismos del Estado especializados en cuestiones de infancia para solicitar auxilio a efectos de lograr la realización de las obligaciones legalmente impuestas respecto de su descendencia, como instancia complementaria y de asistencia en el ejercicio de la función parental.

La regulación en análisis es el resultado de un largo y arduo camino en el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, entre ellos, del derecho a la integridad y dignidad, siendo estos derechos humanos un puntal en la lucha por la erradicación del maltrato infantil.

Veamos, durante años, un destacado grupo de autores de nuestro medio legal pugnó por la exclusión de la disposición aludida de toda forma de maltrato, castigo o acto que lesione o menoscabe física o psíquicamente a los niños, propósito que fue finalmente alcanzado con la redacción que la ley 23.264 dispusiera para ella, marcando así un punto de inflexión en materia de los derechos de la infancia. De ese modo es que la norma pasó a quedar redactada de la siguiente manera: "Los padres tienen la facultad de corregir o hacer corregir la conducta

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

de sus hijos menores. El poder de corrección debe ejercerse moderadamente, debiendo quedar excluidos los malos tratos, castigos o actos que lesionen o menoscaben física o psíquicamente a los menores. Los jueces deberán resguardar a los menores de las correcciones excesivas de los padres, disponiendo su cesación y las sanciones pertinentes si correspondieren".

No obstante lo apuntado, y sin dudar de la noble intención del legislador del momento, la mentada pieza no llegó a completar el proceso de revolución democrática en el seno del grupo familiar, pues conservó la facultad de corrección en cabeza de los padres, estableciendo la idea de la moderación como medida para advertir su ejercicio dentro de los confines de la legalidad. Ello abrió un impensado campo de acción que poco se condice con el respeto pleno de los derechos humanos, al generar un terreno fértil para la justificación de actos de maltrato que merecen el reproche del derecho, máxime en sociedades como la nuestra, en la cual a la fecha algunos sectores siguen actuando en el ejercicio de las funciones parentales creyendo en el castigo como una forma válida para lograr reformar la conducta de los hijos. Esta inteligencia mereció el reparo por parte del Comité de los Derechos del Niño, órgano que fiscaliza la recta aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por los Estados signatarios, el que en su Observación General Nº 8 apuntó con firmeza que "...habida cuenta de la aceptación tradicional de los castigos corporales, es fundamental que la legislación sectorial aplicable –por ejemplo, el Derecho de Familia, la ley de educación, la legislación relativa a todos los otros tipos de cuidado y los sistemas de justicia, la ley sobre el empleo– prohíba claramente su utilización en los entornos pertinentes"[35].

Hace tiempo, y el Código sigue esa línea, todas esas concepciones son interpeladas y exigen ser revisadas desde la idea y base fundante de la calidad de sujetos de derecho de niñas, niños y adolescentes, llevando hacia el interior del sistema familiar que se respete la parti-

[35] Comité de los Derechos del Niño, Observación General Nº 8 (2006), *El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes*. En formato .doc, Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, www.2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC8_sp.doc (consulta: 12-10-2012).

cipación de todos sus integrantes en el proceso de adopción de decisiones que en ella se toman. Así es que el nuevo Código busca eliminar cualquier vestigio de pensamiento tutelar, promoviendo la construcción de relaciones eminentemente horizontales en el campo doméstico.

Dicho esquema encuentra su correlato en la norma aquí anotada, en la que sus redactores han eliminado la facultad de corrección que otrora se confería a los progenitores, y que durante tantos años sirvió para brindar justificación desde la ley a acciones merecedoras del mayor reproche moral y jurídico. La terminante prohibición que se consagra de la utilización del castigo corporal en cualquiera de sus formas completa el proceso, robusteciendo la idea de una educación en el hogar basada en el respeto y la tolerancia entre sus miembros.

Lo recién expresado no puede llevar a malintencionadas confusiones, que señalan que la prohibición del empleo de todo tipo de castigo físico hacia el niño importa la abdicación de la realización del deber educativo que se impone a los progenitores, al privarlos de una herramienta pedagógica fundamental para tales menesteres: aun cuando ciertos sectores de la doctrina argumenten lo contrario[36], en el estado de pensamiento actual el "cachetito", "cachete", "chirlo" y "coscorrón" no constituyen medios válidos para lograr la socialización de los hijos, mas no por ello los padres se ven despojados del deber de formación sobre su persona, instrumento imprescindible para lograr su desarrollo integral, el cual les habilita a rectificar los malos comportamientos en que aquéllos se ven incursos, debiendo siempre convencer y no imponer su pensamiento en forma autoritaria.

Por otra parte, mal puede pasar inadvertida la solución expresada en la parte segunda del dispositivo en comentario, por la cual se dispone la asistencia de los órganos estatales hacia los progenitores en pos de lograr un ejercicio más correcto de la función de responsabilidad respecto de sus hijos que sobre ellos pesa. Así, se asume concretamente el compromiso tomado por nuestro Estado en el plano internacional respecto de garantizar de modo pleno los derechos que los niños titularizan, defendiendo vigorosamente la tarea de crianza de los mismos

[36] YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *El legislador español vuelve a la carga: el cachetito al niño es ilegal*, en E. D. 226-948.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

en el seno de su familia de origen (conf. art. 18, puntos 1 y 2, de la Convención sobre los Derechos del Niño).

IV) Significado de la reforma

La real importancia que guarda el artículo sancionado no puede sino ser entendida a partir de las normas que viene a modificar y, en definitiva, del aludido pasaje de la "patria potestad" a la "responsabilidad parental", con todo lo que ello significa, entre otras tantas cuestiones, derogar el poder de "corrección" de los padres hacia sus hijos.

En dicho orden de ideas, sabido es que en su redacción originaria, el artículo 278 reconocía a los padres un verdadero derecho subjetivo de acudir a la vía del castigo físico como medio de corregir los actos de inconducta en que incurrieran sus hijos, erigiéndose la fuerza como un modelo pedagógico legitimado por el ordenamiento positivo.

En el contexto constitucional-internacional vigente, el Código estaba obligado a derogar tal "poder de corrección", siendo el nuevo texto civil un verdadero reflejo del cambio de época en todo lo que atañe a las relaciones dadas entre los integrantes del sistema familiar, proponiendo una mayor horizontalidad en las mismas, y un sistema de educación basado en el entendimiento y el respeto por la persona del otro, llevando ello, a nuestro entender, a la construcción de una sociedad más igualitaria y democrática.

CAPÍTULO 4

DEBERES Y DERECHOS SOBRE EL CUIDADO DE LOS HIJOS

Art. 648 ***Cuidado personal.*** **Se denomina cuidado personal a los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo.**

I) Resumen

Cuando los progenitores de un niño que tiene doble vínculo filial y éstos conviven o, por diversas razones, el niño tiene un solo vínculo

filial, el cuidado personal queda subsumido en el ejercicio de la responsabilidad parental. El cuidado personal adquiere virtualidad e importancia desde el plano jurídico cuando aquéllos se separan, se trate de una pareja matrimonial o no. Es aquí cuando los actos de la vida cotidiana de los hijos, como ser todo lo relativo a la educación, recreación o incluso salud cuando se trata de actos de rutina, por citar los más comunes, integran el concepto de cuidado personal.

II) Concordancias

Principios de la responsabilidad parental (art. 639); figuras legales derivadas de la responsabilidad parental (art. 640, inc. b); progenitores adolescentes (art. 644); deberes y derechos de los progenitores (art. 646, inc. a); clases de cuidado personal (art. 649); modalidades del cuidado personal (art. 650); reglas generales (art. 651); plan de parentalidad (arts. 655 y 656). Ley 26.061, protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes (art. 7°).

III) Interpretación de la norma

El cuidado personal es el concepto y contenido que viene a reemplazar el tan criticado término de "tenencia" que de manera acertada se ha esgrimido sobre la base de la idea de que el lenguaje no es neutro. De este modo, "tenencia" es una denominación más propia de los Derechos Reales y no del Derecho de Familia, el cual se contrapone con el principio del interés superior del niño y, dentro de éste, la consideración de que los niños son sujetos y no objetos de derecho. Esta misma crítica cabe para el término "custodia", que también "objetiva" a los niños considerando que "pertenecen" a sus padres o a uno de ellos, al tener su "tenencia" o "custodia".

El Código sale de estas definiciones contrarias a principios y derechos constitucionales y, por ello, entiende que la denominación adecuada es la de cuidado personal siendo el más preciso para reflejar la realidad social y jurídica que se pretende deslizar de este término. Cabe destacar que en las legislaciones modernas, en concordancia con la obligada perspectiva constitucional-internacional, se utilizan otras

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

denominaciones como ser "convivencia con el hijo" o "residencia habitual del hijo". La reforma ha considerado que el término cuidado personal es el más preciso.

La reforma brinda una definición de qué se entiende o qué involucra la custodia personal y son aquellos derechos y deberes que hacen a la vida cotidiana del niño. De este modo, los actos o hechos que hacen al día a día de la vida de un niño son los que integran la noción de custodia personal. Como se puede observar, la custodia personal se deriva del ejercicio de la responsabilidad parental, pero este último no se agota en el primero. Nos explicamos, hay una cantidad de actos que sin ser los de mayor trascendencia para el legislador, como son aquellos que se enumeran en el artículo 645, tampoco hacen a la cotidianidad en el sentido más literal de la palabra como ser: cambio de escuela o de residencia; este tipo de decisiones exceden el marco de la "custodia personal" y es aquí donde se pueden observar las diferentes situaciones fáctico-jurídicas que se pueden dar en la realidad y que permiten conocer en profundidad cómo juegan cada una de las figuras que enumera el artículo 640.

En el contexto normativo que introduce la reforma, tratándose de niños con doble vínculo filial, los progenitores pueden: 1) tener la titularidad de la responsabilidad parental y, a su vez, el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental y también el cuidado personal compartido –en cualquiera de sus modalidades que se distingue más adelante–; 2) tener la titularidad y el ejercicio compartido de la responsabilidad parental compartida, pero el cuidado unipersonal unilateral, o 3) tener también la titularidad conjunta, pero el ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal ser ambos de tipo unilateral o unipersonal. Lo que no sería jurídicamente viable es el ejercicio de la responsabilidad parental unilateral y el cuidado personal compartido.

Para comprender con mayor profundidad todas estas diferencias o abanico de posibilidades que el Código pone a disposición de las personas en sus relaciones familiares –en particular, en las parentales– se debe tener en cuenta la regulación más detenida sobre el cuidado personal compartido y unilateral.

Más allá de esta observación, lo cierto es que esta amplitud o

flexibilidad está acorde con el reiterado principio de realidad y la necesidad de brindar diferentes opciones a las personas para que, fundado en otro principio como es el de libertad y autonomía, pueda elegir el régimen jurídico que sea más acorde con su situación familiar.

IV) Significado de la reforma

Con esta normativa que conceptualiza el cuidado personal, el Código inaugura un capítulo referido a un tema que no se encontraba regulado de manera integral y clara en el texto civil anterior.

La figura del cuidado personal adquiere relevancia en todos aquellos supuestos en los cuales hay un "desmembramiento" entre titularidad y ejercicio. Es en este contexto de ruptura entre los progenitores en el cual la custodia personal tiene virtualidad.

El cuidado personal involucra los pequeños actos de la vida cotidiana de los hijos que pueden ser de diversa índole.

Como se deriva de la regulación de todo este capítulo especial dedicado a los derechos y deberes de los progenitores en su relación o interacción con los hijos, el cuidado personal es una figura legal de gran relevancia práctica y por ello el Código no sólo dedica varios artículos a regularla, sino que además introduce un cambio terminológico que no se queda sólo en el lenguaje, sino también que implica modificaciones sustanciales en el contenido o fondo de lo que antes se mal llamaba "tenencia".

Art. 649 *Clases*. Cuando los progenitores no conviven, el cuidado personal del hijo puede ser asumido por un progenitor o por ambos.

I) Resumen

Uno de los principales derechos-deberes que se derivan de la responsabilidad parental es el cuidado personal. Éste adquiere virtualidad cuando los progenitores no conviven. Este cuidado personal puede estar en cabeza de ambos progenitores o de uno solo de ellos.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

II) Concordancias

Principios generales de la responsabilidad parental (arts. 638, 639, 641, 642 y 646).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

Como se adelantó, cuando los niños tienen doble vínculo filial, la convivencia de los progenitores obliga a que no tenga relevancia la cuestión relativa al cuidado personal de los hijos. En este supuesto, tanto la titularidad como el ejercicio de la responsabilidad parental y los derechos y deberes que se derivan de éstos –entre ellos el cuidado personal– fluyen en un mismo ámbito, de manera indistinta y sin ninguna particularidad.

Por el contrario, cuando los progenitores no conviven –sea porque se produjo la ruptura del vínculo por divorcio, la ruptura de la pareja o que directamente jamás hayan establecido una convivencia ni de manera temporaria– es cuando el cuidado personal adquiere virtualidad. ¿Con quién conviven los hijos? ¿Quién se queda a cargo de ellos? Estos interrogantes que se derivan de la falta de convivencia son respondidos de manera integral por la reforma al regular en un capítulo especial los *Deberes y derechos sobre el cuidado de los hijos*.

Este capítulo comienza con la definición de qué se entiende o involucra el cuidado personal. Tras ello se mencionan en el artículo en análisis las dos clases de cuidado personal que se condicen, con las clases que observa el ejercicio de la responsabilidad parental. Ambas son de dos tipos: biparental o uniparental, es decir, en cabeza de ambos progenitores o de uno solo de ellos.

En este contexto, el cuidado personal biparental debe serlo en el marco de un ejercicio de la responsabilidad parental compartida o también bicéfala. Por el contrario, el cuidado personal uniparental puede serlo en el marco de un ejercicio de la responsabilidad parental unipersonal y también en la biparental. Un ejemplo de este último supuesto, que es el más complejo de comprender, podría ser el siguiente: un padre en pleno tratamiento de adicciones que mantiene una muy buena relación afectiva con el hijo. Cuando el padre está estable participa de las reuniones de padre, lleva al hijo al médico, firma boletines, autoriza al hijo a salidas recreativas, etcétera. En este caso, se podría decir que el cuidado personal es unipersonal, en cabeza de la madre, pero que ambos tienen el ejercicio de la responsabilidad parental.

III.2) *La derogación de la preferencia materna en la tenencia de los hijos menores de 5 años*

Cabe destacar que la legislación civil anterior establecía una preferencia en el cuidado de los hijos a favor de la mujer cuando éstos tenían 5 años o menos. El código derogado establecía en su artículo 213 que "Los hijos menores de cinco años quedarán siempre a cargo de la mujer". Posteriormente, el artículo 76 de la ley 2393 de matrimonio civil quitó la palabra "siempre" y, por ende, se flexibilizó el principio de preferencia materna. La ley 17.711 de 1968 incorporó la salvedad por causas graves y la ley 23.515 de 1987, manteniendo el eje de la regulación en el ejercicio unipersonal, estableció en el artículo 206 en su 2° párrafo que "Los hijos menores de cinco años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor [...] Los mayores de esa edad a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo". Nuevamente, la ley que extendió la figura del matrimonio a las parejas del mismo sexo volvió a introducir modificaciones en el texto expresando: "...Los hijos menores de cinco (5) años quedarán a cargo de la madre, salvo causas graves que afecten el interés del menor. En casos de matrimonios constituidos por ambos cónyuges del mismo sexo, a falta de acuerdo, el juez resolverá teniendo en cuenta el interés del menor. Los mayores de esa edad, a falta de acuerdo de los cónyuges, quedarán a cargo de aquel a quien el juez considere más idóneo. Los progenitores continuarán sujetos a todas las cargas y obligaciones respecto de sus hijos".

¿Es constitucional una normativa que, a priori y en abstracto, reafirma la noción tan arraigada de que las madres son las "principales" cuidadoras de nuestros hijos? Esta regulación permite observar que la

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

noción de "lo natural" vuelve a dejar su huella en el Derecho, perjudicando claramente el principio de igualdad entre hombre y mujer que establecen varias normativas internacionales. ¿Acaso puede una normativa infraconstitucional como lo es el Código, ir en contra de luchas emancipatorias provenientes de las diferentes corrientes del feminismo, que habrían venido a denunciar los efectos negativos del binomio mujer-madre, o de consolidar el imaginario social acerca de que la "realización como mujer" lo es sólo si se es "madre"? ¿No sería más liberador y menos culpabilizante para las mismas mujeres que los hombres compartan también la responsabilidad en la crianza de los hijos? ¿No se condice con el principio de igualdad mencionado que la ley le otorgue espacio a los hombres en lo relativo al ejercicio de la responsabilidad parental? ¿No responde mejor al principio rector del "interés superior del niño" que éstos tengan vínculo con ambos padres? Por otra parte, no se pude dejar de destacar que la reforma que introduce la ley 26.618 profundiza la violación del principio de igualdad ya que tras esta modificación, no sólo hay un tratamiento diferenciado entre hombre y mujer, sino también entre las parejas de igual o de diverso sexo. En las de igual sexo no hay preferencia alguna, sino que el eje rector es el interés superior del niño y, por el contrario, cuando se trata de parejas de diverso sexo, las mujeres tienen a priori una mejor posición que los hombres, quienes deberían hacer un doble esfuerzo para poder estar a cargo de sus hijos ya que el peso de la ley está, en abstracto, en las mujeres[37].

La primera discriminación observada –aquella que compromete a

[37] Ver, FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Preferencia materna en la custodia de los hijos menores de cinco años: de la discriminación inversa hacia la coparentalidad*, en elDial del 21-9-2005; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Matrimonio igualitario. Ley 26.618*, Ediar, Buenos Aires, 2010, ps. 413 y ss.; CHECHILE, Ana M. y LOPES, Cecilia, *El derecho humano del niño a mantener contacto con ambos progenitores. Alternativas en la atribución de la custodia y en el ejercicio de la autoridad parental. Su vinculación con los derechos fundamentales de padres e hijos*, en LNBA 2006-2-133; CHECHILE, Ana M., *La Ley de Matrimonio Igualitario y su incidencia en las relaciones paterno-filiales. Algunas oportunidades perdidas*, en RDF 2011-48-107; MORENO, Gustavo D., *La eliminación de la preferencia materna en el cuidado personal de niños y niñas de corta edad*, en RDF 2000-16-119.

las parejas de diverso sexo– ha sido puesta en crisis en un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo del 29 de abril de 2008[38].

La plataforma fáctica era la siguiente. Un matrimonio argentino con su hija, debido a la crisis económica de fines del año 2001, decide probar suerte en España. Al tiempo se divorcian y acuerdan que la tenencia quedaría a cargo de la madre. Durante las vacaciones de verano, el padre trae a la niña a la Argentina y nunca más regresan a España. Pasan algunos años, y la madre retorna a Argentina. En esos años, el padre se había hecho cargo de la crianza de su hija, quien había afianzado lazos afectivos y sociales en la Ciudad de Buenos Aires con la familia del padre. La madre al regresar solicita que se dé cumplimiento al acuerdo arribado en el proceso de divorcio sustanciado en España. Ante este pedido, el padre se presenta y solicita el cambio de tenencia para que lo fáctico se condiga con lo jurídico.

La Cámara le da la razón a la madre. El padre interpone recurso extraordinario ante el máximo tribunal del país, y la Corte Federal revoca la decisión. Los argumentos de tal decisión quedan debidamente expuestos por uno de sus magistrados, Zaffaroni, quien en su voto expuso que en la sentencia impugnada, los jueces expresaron: "hace pocos días que C. ha cumplido los 5 años, por lo que no resulta desdeñable considerar los alcances del artículo 206, inciso 2°, primera parte del Código Civil, ya que teniendo en cuenta la edad y el sexo de la niña se supone que la madre posee las mejores condiciones naturales para cubrir las necesidades físicas y formativas de aquélla" (considerando 7°), a esta afirmación, el magistrado expresa: "Lo expuesto, permite afirmar que para la Alzada los datos de orden natural, como la edad y el sexo, bastan para elegir a la madre como custodia inmediata de su desarrollo, sin consideración a las particularidades del caso concreto". Y en el considerando siguiente, de manera elocuente, "se advierte que el razonamiento empleado por la Cámara implicó un punto de partida equivocado. Era la conveniencia de C. lo que debía justificar cambiar su statu quo y no, la invocación apriorística de mo-

[38] CSJN, 29-4-2008, "M. D. H. c/M. B. M. F.", L. L. 2008-C-694 y *Fallos*: 331:941.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

tivos de orden «natural»", recordando como normativa de carácter superior al mencionado artículo 206, "que no existe en la Convención sobre los Derechos del Niño preeminencia alguna a favor de uno de los padres. Tanto es así que su artículo 18 dispone el compromiso del Estado de garantizar la responsabilidad de ambos progenitores en la crianza y el desarrollo del hijo".

Sancionada la ley 26.618, en la que se mantiene la preferencia materna en las parejas de diverso sexo pero si son del mismo sexo, se cambia esta variable –o sea, no hay preferencia alguna, sino que se aplica lo mejor para el interés superior del niño–, se profundiza la crítica constitucional-internacional centrada en el principio de igualdad. ¿Cómo una ley fundada en la noción de igualdad como es la ley 26.618 no aprovechó la oportunidad para derogar la preferencia materna del código derogado? La reforma se encarga de ello. Sucede que si se adopta un sistema de ejercicio de la responsabilidad y cuidado personal compartido, todo tipo de preferencia atenta contra este régimen que realza la participación de ambos progenitores en la crianza de los hijos, por lo tanto, no se realiza ninguna valoración de uno por sobre el otro a través de algún tipo de predilección o favoritismo.

IV) Significado de la reforma

La reforma admite que el cuidado de los hijos puede ser unipersonal o compartido, pero se inclina de manera expresa por el segundo de conformidad con los artículos que se siguen.

A la luz del principio de realidad, y siendo las familias más complejas, es claro que la reforma no puede derogar la posibilidad de que el cuidado personal sea unipersonal. Si bien se prefiere el cuidado personal compartido, además de éste se prevé la posibilidad de que sea unipersonal.

De este modo, amén de reafirmar la noción de "coparentalidad" en total consonancia con el mantenimiento de vínculo jurídico y afectivo con ambos progenitores que prevé el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se regula también el cuidado personal unipersonal.

La reforma diferencia el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal. En este marco, el ejercicio puede ser compartido y el cuidado personal también compartido o unipersonal. De esta manera, el Código amplía de manera considerable las diversas variables que se pueden dar en el plano jurídico, totalmente acorde con la diversidad que se observa en el plano fáctico. Se trata de una clara aplicación del mencionado principio de realidad.

Como bien lo ha destacado Lloveras –entre tantos otros autores– en la doctrina nacional: "Se califica de aporte a una reforma futura que se reforme de inmediato el sistema vigente destinado al régimen de la tenencia unipersonal cuando no hay convivencia de los padres, pues en este aspecto continúa atribuyéndose las obligaciones personales a la madre –cuando se trata de uniones heterosexuales– en su condición de tal, produciendo una desigualdad en perjuicio de la mujer, en virtud de que sigue siendo ella quien tiene la carga de criar a sus hijos (conf. art. 206, Cód. Civ.)"[39]. Esta mirada crítica a tono con la obligada perspectiva constitucional-internacional ha sido receptada en la reforma.

Art. 650 ***Modalidades del cuidado personal compartido.*** **El cuidado personal compartido puede ser alternado o indistinto. En el cuidado alternado, el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores, según la organización y posibilidades de la familia. En el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes a su cuidado.**

I) Resumen

El Código recepta las voces doctrinarias y jurisprudenciales cada vez más fuertes que se pronuncian a favor de la llamada "tenencia

[39] LLOVERAS, Nora, *El régimen de comunicación y el ejercicio abusivo de las funciones del progenitor "custodio"*, en FARAONI, Fabián; RAMACCIOTTI, Edith y ROSSI, Julia (dirs.), *Régimen comunicacional. Visión doctrinaria*, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2011, p. 95.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

compartida". Esta noción de "compartir" en torno al cuidado de los hijos puede desarrollarse bajo dos modalidades: 1) alternada, y 2) indistinta. La reforma conceptualiza cada una de estas modalidades ya que al tratarse de una novedad en la regulación, se considera que se debe definir y así mostrar las diferencias de ambas formas de que se materialice el cuidado personal compartido.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 638, 639, 641, 648, 649, 651 a 656, 666, 674 y 675). Ley 26.061, protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

Es sabido que los progenitores son quienes más conocen y saben qué sería lo mejor para los hijos en atención a la cercanía entre ellos, es por ello que se reconoce el derecho de acordar todo lo relativo a la crianza y cuidado de los hijos tras la ruptura del vínculo de pareja –sea matrimonial o no–. Esta facultad se condice con el principio constitucional-internacional de libertad y autonomía. De esta manera, la primera y principal palabra la tienen los propios progenitores sobre cómo resolver todas las situaciones o consecuencias que se derivan de una ruptura.

En total consonancia con los cambios acontecidos en la ruptura de las parejas, centrada en la idea de una "buena separación", alejada de odios y reclamos, y admitiéndose que forma parte de la vida de relación que un vínculo afectivo llegue a su fin sin que ello implique una guerra campal entre ambos integrantes de la pareja, el Código no sólo prioriza el cuidado personal compartido, sino también que se ocupa de regular con mayor profundidad qué implica esta noción de "compartir", es decir, de "coparentalidad".

El cuidado personal compartido puede ser en dos modalidades –de conformidad con el desarrollo doctrinario y algunas voces jurisprudenciales– en: 1) alternada, y 2) indistinta. A fin de aclarar qué implica

cada una de ellas, se procede a definirlas. La alternada es cuando el hijo pasa períodos de tiempo con cada uno de los progenitores y, en cambio, la indistinta con total independencia de con quién vive el niño, en la práctica éste pasa momentos con ambos progenitores de manera equitativa.

Por aplicación del principio de autonomía por parte de los progenitores, ambas modalidades pueden ser debidamente acordadas o, en su defecto, establecidas judicialmente si el conflicto debiera resolverse en los estrados judiciales.

III.2) *Cuidado personal alternado*

El cuidado personal alternado es cuando el niño pasa un tiempo considerable con cada uno de los progenitores. Si bien se ha considerado en un primer momento que esta posibilidad afectaría al niño, porque éste se ve obligado a ir cambiando de lugar o centro de vida cada tanto, lo cierto es que ello puede ser loable a los fines de que mantenga vínculo con ambos padres en total consonancia con lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos del Niño en varias disposiciones (arts. 5°, 9° y 18 por citar los más precisos).

El Código admite que el régimen legal más adecuado para un niño es el cuidado compartido en la modalidad indistinta, pero no por ello puede negar que en ciertos supuestos pueda ser viable la modalidad alternada.

Como ejemplo de ello cabe traer a colación un precedente de la Cámara Nacional en lo Civil, sala H, del 31 de mayo de 2010[40].

Se trataba de dos padres que casi no llegaron a convivir. Ella era peruana y él argentino. Se conocieron en Argentina, pero al poco tiempo ella regresó a su país. El niño nació en el año 2000 en Argentina, donde vive y va al colegio. Durante el receso escolar –los meses de diciembre a marzo– se va con su madre al Perú, quien contrajo matrimonio y tuvo un segundo hijo, medio hermano del niño en "disputa". En primera instancia, el juez otorgó la tenencia definitiva al padre al

[40] CNCiv., sala H, 31-5-2010, "V. Q., M. E. c/K., N. A.", Abeledo-Perrot Online N° 70064880.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

entender que su "centro de vida" (elemento o pauta central para dilucidar este tipo de conflictos) se encontraba en Argentina, donde vive aquél. La madre apela la decisión y entiende el tribunal de Alzada que modifica la resolución.

En primer lugar, se coloca de resalto: "Es evidente que este pequeño se encuentra tironeado por ambos padres: su madre quien reside en su país natal, Perú, donde quiere llevarlo a vivir juntamente con la nueva familia formada con su actual cónyuge, D., y dos pequeñas hijas, rodeado de su parientes más cercanos –abuelos y tíos–, mientras que su padre, en idéntica postura, pretende que se mantenga el statu quo y que A. continúe viviendo con él y yendo al colegio en la Argentina, no oponiéndose a que durante los recesos escolares pueda ir a visitar a su madre". A modo de consideración previa, se afirmó: "Es difícil la tarea para un Juez al deber decidir sobre la vida de una persona, y más, sobre la de un niño, por lo que la decisión que se adopta en este fallo, se hace con el pleno convencimiento de que es lo mejor para el menor en este momento de su vida". Se recuerda que para decidir la contienda es necesario tener en cuenta los siguientes "principios", como ser: "a) el de mantenimiento de la situación existente; b) la improcedencia de innovar sobre estados de hecho consolidados de alguna manera por diversos motivos respecto a la tenencia, salvo razones de real importancia; c) la preservación de la convivencia de los hermanos; d) la incidencia de factores económicos; e) la edad; f) el cumplimiento de las obligaciones del progenitor no ejercitante; g) la opinión del Ministerio Público; h) el informe del equipo interdisciplinario, y por último, y no por ello menos importante, i) la opinión del menor".

Por otra parte, de conformidad con el derecho a ser oído de niños, niñas y adolescentes, que obliga la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12, la Alzada vuelve a entrevistar al niño de 10 años. Al respecto, en la sentencia se dice: "supo transmitir sus sentimientos de cariño hacia ambos progenitores y el firme deseo de vivir con su madre. Resulta claro que su aspiración, difícil de satisfacer para cualquier juez, por cuanto implica un cambio importante y decisivo en su vida, al deber dejar a su padre y el colegio al que concurre en la Argentina para integrarse a la familia que formó su madre,

ahora casada, con dos nuevas hijas –hermanastras–, y residir la mayor parte del tiempo en un país extranjero, la República de Perú, no por ello debe ser desatendida".

Por lo tanto, la Alzada revocó la decisión de otorgarle la tenencia exclusiva y definitiva al padre fundado en los siguientes argumentos: 1) que "Es cierto que A. vivió los últimos años en la Argentina con su padre, yendo a un colegio primario estatal, pero lo cierto es que nunca perdió un estrecho vínculo con su madre, al ir de vacaciones durante largo tiempo a Perú, donde reside su familia materna y donde también están 'sus amigos', con quienes iría al nuevo colegio de receptarse favorablemente la demanda"; 2) que la defensora de menores, luego del conocimiento directo de los hechos a través de la entrevista personal mencionada, cambió su dictamen y solicitó la revocación de la sentencia de grado, y el otorgamiento de la tenencia definitiva a su madre, por entender claramente que ello contempla mejor el superior interés del niño, frente al presunto interés del adulto; 3) que "Es paradójico, pero al revés de lo que acontece en la actualidad, el menor quiere estar la mayor parte del tiempo con su madre, y por ende, los períodos vacacionales con su padre. El menor no advierte el cambio como un atentado a su seguridad y al entorno físico donde se desenvuelve, sino por el contrario, como la solución más apropiada y natural, estando gozoso de continuar allí sus estudios con «sus amigos»", y 4) que el niño tiene dos "centros de vida", posibles y seguros, pero que él que mejor resguarda el "interés superior del menor" en el sub júdice (conf. art. 3°, inc. f, ley 26.061 y art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño) es junto a su madre la mayor parte del año.

Por todo ello, se decidió otorgar la tenencia "compartida alternada" de ambos progenitores, de modo que durante el año escolar sea su madre, con residencia en Perú, quien tenga el ejercicio de la patria potestad, y durante los periodos de receso escolar, sea su padre, con residencia en la Argentina, quien la ejerza.

Esta sentencia es un ejemplo de cómo, en algunos supuestos fácticos complejos, el cuidado personal alternado puede ser el mejor sistema que responde al objetivo último y principal de que los niños mantengan vínculo con ambos padres.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.3) *Cuidado personal indistinto*

Como se analizará con mayor detenimiento al comentar el próximo artículo, el cuidado personal en la modalidad indistinta es el preferido en el nuevo Código.

Las razones son varias, y muchas de ellas de tinte constitucional-internacional. Sucede que el cuidado personal indistinto es el que mejor se condice con el mantener el sistema lo más parecido posible a cuando los progenitores aún convivían. En ese contexto de "armonía familiar", ambos padres llevaban adelante diferentes actos de la vida cotidiana de manera indistinta: uno los lleva al colegio, otro los retira o autoriza a ir a la casa de un compañero, otro los lleva al médico y el otro los busca por un cumpleaños, y así los actos cotidianos de los hijos son realizados por ambos, sin preferencia alguna, sin pautas rígidas, sin normas que establezcan de manera precisa qué le cabe a cada uno. Justamente, ésta es la libertad y autonomía de los padres en la crianza y desarrollo de los hijos, salvo que se coloque en jaque el interés superior del niño. La finalidad es que si ambos progenitores realizaban de manera indistinta diferentes actos de la cotidianeidad de los hijos, esto se mantenga después de la ruptura de la pareja. En otras palabras, que el quiebre de la relación entre los adultos repercuta lo menos posible en la vida cotidiana de los hijos, no siendo el que los progenitores pasen a vivir en diferentes domicilios un elemento sustancial para que uno de ellos se empiece a desentender del día a día de los hijos. Desde ya habrá cambios en la dinámica familiar, pero ello puede no serlo al punto de que no se pueda mantener la participación activa de ambos padres en el desarrollo y crianza de los hijos.

Esta consideración ha sido puesta sobre el escenario en el marco de la –mal– llamada "tenencia compartida". Como se ha esgrimido en varias oportunidades, el lenguaje no es neutro, y de eso da cuenta, precisamente, la reforma. El término "tenencia" es más propio del Derecho Real y no del Derecho de Familia, máxime cuando a la luz de la obligada perspectiva constitucional-internacional, los niños son sujetos de derecho y no "objeto" de protección. Por lo cual, decir que los padres tienen el cuidado compartido de un hijo es más acorde con este cambio de mirada radical en materia de derechos humanos de

niños y adolescentes por sobre la noción de "tenencia" compartida. Más allá de este cambio terminológico que propone el Código, lo cierto es que hasta ahora se ha utilizado en la práctica la noción de "tenencia compartida".

La "tenencia compartida" ha ingresado en el Derecho nacional a través de los acuerdos de los progenitores en los que ellos, por aplicación del principio de autonomía de la libertad, establecían que ambos tendrían el cuidado de los hijos en el marco de un proceso de divorcio no contencioso.

En un primer momento, ello fue mirado con desconfianza, denegándose este tipo de acuerdos al entenderse que ello afectaba a los chicos debido el llamado "síndrome de las dos mochilas", es decir, el tener dos casas. Con el tiempo, y con aportes provenientes de otras profesiones, se entendió que lo que es dañino para los niños es cómo se llevan adelante ambas casas y, en particular, la buena relación y comunicación entre los adultos. Así, fue teniendo su debida aceptación a tal punto que en algunas oportunidades los jueces dispusieron la tenencia compartida de manera compulsiva u obligatoria.

En la actualidad –salvo excepciones– este tipo de acuerdos son aceptados al entenderse que no hay personas que estén en mejores condiciones de saber lo que es beneficioso para sus hijos que los propios padres. Aceptación ésta que responde –en definitiva– a la mayor apertura que ha tenido el principio de la autonomía de la voluntad en el campo de las relaciones entre adultos que se habría extendido al vínculo entre padres e hijos.

El interrogante que se responde en el nuevo Código gira en torno a cuál debería ser el régimen legal supletorio, es decir, qué se debería resolver ante la falta de acuerdo. Es aquí donde en los últimos años varias legislaciones extranjeras han pasado de un régimen unipersonal al compartido, mostrando ellas técnicas o modos de regular esta cuestión bien diferentes. Textos legales que, en definitiva, muestran cierta desconfianza por la posibilidad de que los padres "compartan" el ejercicio de la patria potestad y, en cambio, otras que realmente estarían a favor de este sistema.

Tanto el desarrollo jurisprudencial a nivel nacional como el desarrollo

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

legislativo y las diferentes regulaciones al respecto que observa el Derecho Comparado serán sintetizados al analizar el próximo artículo.

IV) Significado de la reforma

La reforma introduce modificaciones sustanciales en el régimen de cuidado de los hijos tras la ruptura de los padres. No sólo diferencia el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal (existiendo entre ambos una relación de género y especie), sino además recepta y profundiza la noción de "coparentalidad", la cual se observa cuando tanto el ejercicio como el cuidado es compartido.

Por otra parte, si bien se admite que el cuidado personal puede ser compartido o unilateral, se regula con mayor atención el que será el principio general legal supletorio: el compartido. A tal fin, se admite que esta idea de "compartir" puede llevarse adelante mediante dos modalidades, las cuales son definidas para evitar cualquier tipo de confusión.

La modalidad alternada es cuando el hijo pasa períodos de tiempo con uno y otro progenitor. En cambio, la modalidad indistinta es aquella en la que ambos progenitores se hacen cargo por igual del cuidado personal del hijo, con total independencia de la vivienda del niño.

De este modo, una vez más, la reforma admite que la realidad familiar-social es más compleja y, por ende, cuanta mayor cantidad de modalidades que se observan en la práctica puedan ser volcadas al texto legal, más claridad y precisión se podrá brindar a los justiciables, no siendo necesario hacer interpretaciones extensivas o analógicas, sino, por el contrario, contar con disposiciones que se adapten a la situación fáctico-familiar que se presente.

Art. 651 ***Reglas generales.*** **A pedido de uno o ambos progenitores o de oficio, el juez debe otorgar, como primera alternativa, el cuidado compartido del hijo con la modalidad indistinta, excepto que no sea posible o resulte perjudicial para el hijo.**

I) Resumen

La ley tiene un innegable valor pedagógico. Por lo tanto, ante la falta de acuerdo de los progenitores acerca de cómo será el cuidado de los hijos después de la separación de los adultos, se debe receptar un régimen legal supletorio que indique cuál es el sendero que deben seguir los operadores jurídicos y no jurídicos que intervienen en este tipo de contienda, expresando cuál sería el sistema que mejor se condice con el derecho humano de niños y adolescentes de mantener vínculo afectivo con ambos padres. La reforma explicita la modalidad favorita o preferente, salvo acuerdo en contrario, imposibilidad, dificultad o perjuicio para el hijo: la modalidad indistinta.

II) Concordancias

Concepto de responsabilidad parental (art. 638); principios de la responsabilidad parental (art. 639); cuidado personal (arts. 648 a 650); alimentos en cuidado personal compartido (art. 666). Ley 26.061 (art. 7°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

La reforma privilegia el cuidado compartido en la modalidad indistinta al ser considerado el sistema que mejor asegura el derecho constitucional del hijo a "mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular" en igualdad de condiciones (arts. 9° y 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño) y respetar así el principio de "coparentalidad".

Hasta ahora, el régimen jurídico estaba centrado en la "tenencia unipersonal" a favor de la "mujer", a quien se prefiere en abstracto para hacerse cargo del cuidado del hijo. En esta lógica de un padre principal (la madre) y el otro periférico, el niño o adolescente se desvincula paulatinamente de una de las figuras parentales, generalmente el padre, con lo cual se lesiona su proceso de crecimiento y humanización, que requiere su identificación con ambos progenitores. La madre, que de ordinario asume el gobierno de los hijos, sufre a menudo

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

tensiones psíquicas originadas en la sobrecarga de tareas y su exclusiva responsabilidad en la formación del hijo. El hombre, a su vez, se siente marginado de la familia y comienza a desentenderse de su hijo y a retacear su deber asistencial. De esta manera, pierde eficacia la responsabilidad alimentaria garantizada en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, dañándose el bienestar del niño o adolescente. Cualquiera fuere la extensión del cuidado compartido del hijo, por su sola expresión, asume el valor de un compromiso de los dos padres y simboliza el respeto igualitario de la función materna y paterna.

El cuidado compartido de los hijos en general y en la modalidad indistinta en especial es considerado el mejor sistema legal al reconocer a ambos padres el derecho a tomar decisiones y distribuir equitativamente las responsabilidades y deberes inherentes al ejercicio de la responsabilidad parental, según sus distintas funciones, recursos, posibilidades y características personales. En este orden de ideas, se ha entendido con acierto que el compartir las responsabilidades paternas sobre el hijo es mucho más que la elección de los lugares de residencia. Se trata de reafirmar desde la ley la importancia de que los padres desarrollen un actuar conjunto y solidario, el que se entrelaza con el interés social que aspira a la mejor formación de las nuevas generaciones y el interés individual de los que integran el núcleo familiar. Significa legitimar un modelo alternativo, frente al sistema ya "naturalizado" de una guarda unipersonal.

III.2) *El tema en el Derecho Comparado*

Varias legislaciones extranjeras contemplan expresamente la modalidad del cuidado compartido del hijo con algunas diferencias. Legislaciones que de su texto se puede desprender que se cree o apuesta por la "coparentalidad" y otras que lo hacen de manera más tímida o con cierta desconfianza.

En el primer grupo podemos encontrar, por citar algunos, el Código Civil mexicano, que dispone: "deberá procurarse en lo posible el régimen de custodia compartida del padre y la madre, pudiendo los niños y niñas permanecer de manera plena e ilimitada con ambos

padres" (art. 283). El Código de Familia de El Salvador expresa que "el trabajo del hogar y el cuidado de los hijos, serán de responsabilidad de ambos cónyuges" y que éstos "deben prestarse cooperación y ayuda, para el desempeño de actividades lícitas, emprender estudios o perfeccionar conocimientos" (art. 39). Por su parte, la ley 11.698 del 13 de junio de 2008 introduce la figura de la guarda compartida en el Código Civil brasilero. Así, el artículo 1583 de la normativa civil dispone: "La guarda será unilateral o compartida. § 1°. Se entiende por guarda unilateral la atribuida a uno de los dos progenitores o alguien que los sustituya y por guarda compartida, la responsabilidad conjunta y el ejercicio de los derechos y deberes del padre y la madre que no viven bajo el mismo techo, concernientes al poder familiar de los hijos comunes..." Tras esta definición que se refiere más al ejercicio de la responsabilidad y no tanto al aspecto fáctico como lo es la "tenencia", el artículo 1584 señala que "La guarda, unilateral o compartida podrá ser: I. Requerida, por acuerdo del padre y la madre [...] II. Decretada por el juez, en atención a las necesidades específicas del hijo en razón de la distribución del tiempo necesario de convivencia de éste con el padre o con la madre. § 1°. En la audiencia de conciliación, el juez informará al padre y a la madre del significado de la guarda compartida, su importancia, la similitud de deberes y derechos atribuidos a los progenitores y las sanciones por el incumplimiento de las cláusulas. § 2°. Cuando no haya acuerdo entre la madre y el padre, la guarda del hijo será aplicada, siempre que sea posible, la guarda compartida". Esta última expresión es elocuente y, en definitiva, posiciona a la legislación brasilera como una de las más avanzadas y a tono con el reiterado principio de igualdad entre los padres y, juntamente, con el del interés superior del niño.

En esta línea legislativa de "clara confianza" en las virtudes del sistema biparental, se encuentran dos leyes autonómicas españolas bastante recientes. La primera es la Ley de Aragón 2/2010, del 26 de mayo, "de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de convivencia de los padres", en cuya Exposición de Motivos se destaca que "La presente ley, respondiendo a una importante demanda social, supone un cambio del esquema tradicional, al configurar la custodia compartida frente a la individual como norma preferente en los su-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

puestos de ruptura de la convivencia entre los padres y en ausencia de pacto de relaciones familiares. Con este cambio se pretende favorecer el mejor interés de los hijos y promover la igualdad entre los progenitores. La custodia compartida se fundamenta en la conjugación de dos derechos básicos: por una parte, el derecho de los hijos a mantener una relación equilibrada y continuada con ambos padres y, por otra, el derecho-deber de los padres de crianza y educación de los hijos en ejercicio de la autoridad familiar. Esta ley recoge y refuerza el principio del interés superior de los menores en relación con las consecuencias de la ruptura de convivencia de sus progenitores. La mejor realización de su beneficio e interés exige que ambos progenitores perciban que su responsabilidad continúa, a pesar de la separación o el divorcio, y que la nueva situación les exige, incluso, un mayor grado de diligencia en el ejercicio de sus deberes con los hijos". De este modo, el artículo 6° en su inciso 1° prevé: "En los casos de custodia compartida, se fijará un régimen de convivencia de cada uno de los padres con los hijos adaptado a las circunstancias de la situación familiar, que garantice a ambos progenitores el ejercicio de sus derechos y obligaciones en situación de igualdad", agregándose en el inciso 2° que "El Juez adoptará de forma preferente la custodia compartida en interés de los hijos menores, salvo que la custodia individual sea más conveniente, teniendo en cuenta el plan de relaciones familiares que deberá presentar cada uno de los progenitores..."

La segunda legislación autonómica es la ley 25/2010, del 29 de julio, que reforma el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y la familia, cuya entrada en vigor se produjo el 1° de enero de 2011. En su Preámbulo se afirma que "la coparentalidad y el mantenimiento de las responsabilidades parentales compartidas reflejan materialmente el interés del hijo por continuar manteniendo una relación estable con los dos progenitores. La igualdad de derechos y deberes entre los progenitores elimina las dinámicas de ganadores y perdedores, y favorece la colaboración en los aspectos afectivos, educativos y económicos. Recientemente, Francia, Italia y Bélgica han adoptado normas en esta dirección. Eso no impide, sin embargo, que la autoridad judicial deba decidir de acuerdo con las circunstancias de cada caso y en función del interés concreto de los

hijos. Es por ello que el Libro Segundo proporciona una serie de criterios que deben ponderarse conjuntamente para determinar el régimen y la forma de ejercer la guarda". En total consonancia con esta filosofía, el artículo 233-8 sobre *Responsabilidad parental* expresa que "1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. 2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9. 3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor".

Pero también se pueden observar textos legislativos que dejan entrever cierta desconfianza al sistema biparental. En este grupo se puede colocar a la ley española 15/2005, mediante la cual se introdujo una reforma radical en el régimen jurídico de la separación y el divorcio, como así también sobre sus efectos. Aquí el artículo 92.5 admite que se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando: a) así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador, o b) cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. En ambos supuestos, la ley ordena al juez que "al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos". De este modo, se debe fundamentar y tener "cautela". Otra normativa que tampoco termina de animarse y confiar por el sistema de la coparentalidad es la ley italiana 54 del 8 de febrero de 2006, que modifica el artículo 155 en los siguientes términos. El primer párrafo, a modo de principio general, expresa: "También en el caso de separación de los padres, el hijo tiene derecho a mantener una relación equilibrada y continua con cada uno de ellos, tiene derecho a recibir el cuidado, la educación y la instrucción por parte de ambos y de mantener relaciones significativas con los parientes de ambas familias (del padre y de la madre)". En el párrafo siguiente: "En relación al primer punto,

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

el juez adopta las medidas relativas al hijo con exclusiva referencia al interés moral y material del niño. Tiene en cuenta prioritariamente la posibilidad de que se otorgue la custodia del menor a ambos padres o establece a quién de los dos le sea otorgada, determina los tiempos y el régimen de visitas de cada padre, fijando además la medida con la cual cada progenitor tiene que contribuir al mantenimiento del sustentamiento del hijo de ambos, a su cuidado, a su instrucción y su educación". Y el tercer párrafo: "El juez, además, tiene que tener en cuenta [...] Las decisiones de mayor relevancia para los hijos relativas a la instrucción, educación y la salud las tomarán ambos padres de común acuerdo teniendo en cuenta las capacidades, la inclinación natural y las aspiraciones de los hijos. En caso de desacuerdo las decisiones las tomará el juez".

Este breve panorama legislativo es hábil para mostrar cómo el principio igualitario que proclaman tantísimos instrumentos internacionales de derechos humanos ingresa al plano legislativo estatal de la mano de diferentes figuras jurídicas, siendo una de ellas la tenencia, cuidado o custodia compartida. Precisamente, la mayor inserción de la mujer en el mercado laboral, entre otros fundamentos más de tinte sociológicos, obliga a revisar las relaciones tradicionales, rígidas y estereotipadas conformadas por una mujer ama de casa y un hombre proveedor.

III.3) *Apoyo doctrinario y jurisprudencial*

La doctrina nacional se ha ocupado de analizar los beneficios del régimen de cuidado compartido[41]. Las bondades expuestas por la doc-

[41] GROSMAN, Cecilia, *La tenencia compartida después del divorcio. Nuevas tendencias en la materia*, en L. L. 1984-B-806; evita que existan padres periféricos, posibilita que el menor conviva con ambos padres; reduce problemas de lealtades y juegos de poder (CHECHILE, Ana M., *Patria potestad y tenencia compartidas luego de la separación de los padres: desigualdades entre la familia intacta y el hogar monoparental*, en J. A. 2002-III-1308); la idoneidad de cada uno de los padres resulta reconocida y útil; fomenta una mayor y mejor comunicación entre padres e hijos (MEDINA, Graciela y HOLLWECK, Mariana, *Importante precedente que acepta el régimen de tenencia compartida como alternativa frente a determinados conflictos familiares*, en L. L. B. A. 2001-1425); el hijo se beneficia con la percepción de que sus padres continúan siendo responsables frente a él (SCHNEIDER, Mariel, *Un fallo sobre tenencia compartida*, en L. L. B. A. 2001-1443); se compadece más con el

trina sobre la idea de "coparentalidad", focalizada, en especial, en el cuidado compartido en la modalidad indistinta que recepta la reforma como sistema legal supletorio, ha tenido un desarrollo paulatino y creciente en la jurisprudencia, observándose diferentes etapas: 1) total negativa por aplicación del régimen anterior que tras la ruptura de la pareja parental establecía que uno de ellos tenía la "tenencia" sobre los hijos, priorizándose a la madre si se trataba de niños menores de 5 años; 2) aceptación, si era por convenio celebrado en el marco de un proceso de divorcio o por acuerdo cualquiera sea el ámbito en el que se arribe; 3) preferencia del cuidado personal compartido –tenencia compartida– por sobre la tenencia unipersonal, debiendo los jueces procurar el arribo a un acuerdo de coparentalidad, y 4) obligación e, incluso, imposición judicial del cuidado compartido, siendo éste el principio que debe primar, sea por acuerdo o no; observando la justicia un rol pedagógico que facilite –aun por imposición– el diálogo entre los padres para que puedan compartir el cuidado de los hijos. Estas diferentes etapas son puestas de resalto a través de algunos precedentes que fueron señalando este andar.

Así, se ha afirmado en alguna oportunidad: "Corresponde modificar la sentencia de primera instancia que otorgó la tenencia de los menores a la madre, si las partes habían convenido que ambos progenitores compartirían el ejercicio de la patria potestad y que la madre sería la titular de la guarda material o tenencia física, por lo que resulta procedente la homologación de dicho acuerdo"[42].

En otro precedente se va más allá, ya que no se trata de respetar lo acordado por los progenitores, sino que se revalorizó el rol de los jueces para lograr una custodia compartida. Se dijo: "Corresponde otorgar a los progenitores un régimen de tenencia compartida del hijo, siempre y cuando no existan causas graves, que a criterio del juez, justifiquen conceder la guarda a uno solo de ellos, es decir, el ejercicio

intercambio de roles propio de la época actual (MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 422) "...[y se] promueve y alienta la participación del hombre y la mujer en pie de igualdad en lo que se refiere a la crianza de los hijos, generando así una mayor equidad genérica en el interior de la familia" (ZALDUENDO, Martín, *La tenencia compartida: Una mirada desde la Convención sobre los Derechos del Niño*, en D. J. 2006-3-476).

[42] CNCiv., sala E, 9-6-2006, "H., N. G. c/F., G. H.", D. J. del 9-8-2006, p. 1042.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

compartido de la guarda debe ser preferido por los jueces al momento de decidir los conflictos que impliquen la tenencia de menores, en virtud de que constituye la solución más compatible con el interés superior del niño, pues reconoce la necesidad del menor de contar con ambos progenitores"[43].

Otro paso jurisprudencial más en este *iter* o proceso de mayor reconocimiento y fortaleza a la noción de "compartir" fue el caso resuelto por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en fecha 5 de diciembre de 2007[44], en el que se dispuso la tenencia compartida de manera "forzada", aun sin haber sido solicitada por uno de los progenitores.

Se trataba de un típico conflicto de tenencia entre padres separados que involucraba a dos hijos preadolescentes que vivían en una ciudad de la Provincia de Buenos Aires (Lomas de Zamora) con la madre. Ésta consiguió trabajo en otro lugar también en la Provincia de Buenos Aires, pero muy alejado de donde los hijos habían tejido sus relaciones sociales, queriéndose la madre mudar a este lugar (Pilar) con sus hijos. Ante este panorama, el padre solicita el cambio de tenencia. En primera instancia, los jueces (se trata de un tribunal colegiado especializado en familia) hacen lugar a la solicitud de cambio peticionado por el padre, en atención a que en la audiencia mantenida con los hijos, éstos habían manifestado la intención de no cambiar de escuela, de amigos y de barrio.

En ese estado llega la causa al máximo tribunal provincial, quien impuso el ejercicio compartido de la patria potestad. Lo interesante de este precedente es observar que no sólo se puede alcanzar a la "coparentalidad" si hay acuerdo entre los adultos y que la justicia puede –a través de la imposición– alcanzar que los padres compartan sus responsabilidades.

En el fallo se afirma: "Por el rol instrumental que la ley encarga a los progenitores, la pareja parental, pese al divorcio, debe actuar procurando un sano equilibrio entre ambos, y las decisiones relacionadas con la vida de sus hijos tienen que ser tomadas en un marco de diálogo, presidido por la aspiración del máximo bienestar de los hijos". De manera precisa, se asevera que "En este caso, se abre paso a una idea cardinal: compartir", advirtiéndose que "esa permanencia con el padre no posee la naturaleza de la tradicional tenencia unipersonal, en los términos ya expuestos, en cuanto se la entiende como que corre por cuenta de quien cohabita con los niños el manejo en general de las cuestiones que les atañen, mientras que el restante progenitor ocupa un rol secundario de contralor y vigilancia. En otras palabras, no puede mantener vigencia la decisión del tribunal a quo de entregar los niños al padre en tales condiciones sustrayéndolos de la órbita de la madre. Contrariamente, propongo que con independencia de las respectivas cohabitaciones en el marco y tiempo que los propios menores han entendido satisfactorios, se ponga en marcha un sistema absolutamente compartido y común en cabeza de ambos representantes legales".

De manera más reciente aún, también la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en un fallo del 21 de junio de 2012[45], revocó la sentencia que había otorgado la "tenencia" de una hija al padre, con un régimen de comunicación a favor de la progenitora debido a que mientras estaba con ella había obstruido permanentemente el contacto de la niña con su padre, y estableció la tenencia en forma compartida bajo la modalidad alternada en cabeza de ambos progenitores, con seguimiento mediante asistencia terapéutica, afirmándose que cuanto mayor es la edad de los niños, los problemas y dificultades que pueden presentarse como consecuencia de la instrumentación de este mecanismo compartido de guarda suelen ser sensiblemente menores. Para decidirse de esta manera, se puso de resalto: "...es posible afirmar inicialmente que el establecimiento de un régimen de tenencia compartida constituye la mejor manera de resolver el problema del desmembramiento de la guarda, pues posibilita que el niño mantenga un trato fluido y significativo con ambos padres. Cabe recordar que el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño señala

[43] CCCom. de Azul, 8-5-2003, L. L. B. A. 2003-998.

[44] SCJBA, 5-12-2007, "B., G. S. c/M. G., R. A.", L. L. B. A. 2008 (febrero), p. 50, y L. L. B. A. 2008 (mayo), p. 367.

[45] SCJBA, 21-6-2012, "P., L. O. c/R., M.", Abeledo-Perrot Online N° AP/JUR/1922/2012.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que 'los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño'. Con la tenencia compartida se reconoce y se le otorga la relevancia que merece al derecho que tienen los niños a ser educados por ambos padres dentro de un sistema que permite el ejercicio de la coparentalidad..." (del voto de la magistrada Kogan). "Hace a la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la autoridad en la toma de decisiones que a los progenitores concierne, efectivizar el mejor grado de desarrollo personal de los niños (arts. 6.2 y Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3°, incs. c, y d, y 9° de la ley 26.061), en particular los derechos de educación y crianza focalizados a satisfacer sus necesidades y respetar las diferentes etapas evolutivas de los niños con sus propios requerimientos y expectativas (arts. 5°, 14.2 y 18.1 y Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño), y garantizar que los niños por la madurez alcanzada, puedan expresar sus opiniones y ser escuchados (arts. 5° y 12, primer párrafo, Convención de los Derechos del Niño)" (del voto del magistrado De Lázzari).

Todo el desarrollo jurisprudencial que se ha generado en los últimos años, auspiciado por el derecho de ambos padres a mantener contacto con su hijo a pesar de la separación de la unión, es receptado en la reforma de manera integral, con reglas claras y precisas, incluso, introduciendo definiciones de cuáles son las modalidades que involucra el cuidado personal compartido y, más aún, inclinándose o prefiriendo uno de ellos: el indistinto.

IV) Significado de la reforma

La regulación que propone la reforma constituye uno de los tantos conflictos que giran en torno a la tensión ancestral entre la autonomía de la voluntad y el orden público. Nos explicamos. Que siempre es mejor lograr un acuerdo entre los padres acerca de la responsabilidad y cuidado sobre sus hijos. Pero que tal acuerdo debe partir o tener en cuenta determinados principios: la igualdad entre los padres y el derecho de los hijos de mantener contacto con ambos progenitores, siendo

el ejercicio y el cuidado conjunto en la modalidad indistinta el sistema que mejor responde a estos principios de derechos humanos y que la ley, a modo de piso mínimo y en atención a su importante rol pedagógico para introducir cambios culturales.

La reforma no sólo recepta la complejidad o las diversas realidades que pueden encontrarse detrás de la noción de "compartir", sino que además se inclina por una de ellas: la modalidad indistinta. Ésta es la que mejor se condice con los derechos humanos involucrados y, además, es la que mejor responde a una finalidad tan sencilla como loable: mantener el statu quo. Si los niños cuando sus padres convivían realizaban de manera indistinta todas las labores, actos y tareas que demandan la vida cotidiana, que ello continúe así a pesar de que los adultos ya no compartan el mismo techo.

Art. 652 ***Derecho y deber de comunicación.*** **En el supuesto de cuidado atribuido a uno de los progenitores, el otro tiene el derecho y el deber de fluida comunicación con el hijo.**

I) Resumen

Si bien la ley prefiere el cuidado personal compartido en modalidad indistinta, lo cierto es que en ciertos supuestos fácticos ello no es posible, o, incluso, los propios progenitores acuerdan que el cuidado sea unipersonal, en el marco de un ejercicio de la responsabilidad parental compartida o también unilateral. En este caso, y por el reiterado valor pedagógico de la norma, la ley consigna un piso mínimo de comunicación entre el hijo y el progenitor no conviviente.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 653 a 656 y 660). Ley 24.270, impedimento de contacto.

III) Interpretación de la norma

En el supuesto excepcional –al menos desde el punto de vista legal,

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

siendo que los progenitores pueden acordar con total libertad el régimen que mejor se adecue con la dinámica familiar, pudiendo ser el cuidado personal unipersonal o compartido– de que uno de los progenitores tenga a su cargo el cuidado personal del hijo, la reforma impone a modo de piso mínimo el derecho del progenitor no conviviente a tener debida comunicación con el niño.

De este modo, si bien el principio legal supletorio y el que favorece la reforma es el cuidado personal compartido, lo cierto que cuando es unipersonal –sistema sobre el cual giraba la regulación anterior– el niño tiene derecho a mantener debida comunicación con el otro progenitor. Se trata de un vínculo de mínima que la ley debe proteger de conformidad con la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por otra parte, no se debe perder de vista que el vínculo entre padre e hijo es una relación bidireccional y que involucra, en definitiva, el derecho a la identidad de ambos: tanto para el niño como para el progenitor. Así, el derecho de comunicación como un vínculo de mínima que la ley resguarda en la relación entre padre e hijo es de carácter bicéfalo y, de esta manera, de una mayor complejidad.

Este derecho de comunicación "mínimo" no es tan restrictivo, ya que la propia norma establece o lo cataloga de "fluido". Una vez más, cabe destacar que el lenguaje no es neutro y, en este contexto, la reforma muestra su real compromiso por el principio de preservación del vínculo afectivo entre padres e hijos, en este caso, al entender que el derecho de comunicación debe ser fluido.

Es sabido que ello no siempre es posible. Por lo general, se suele poner en crisis la fluida comunicación entre padre e hijo cuando uno de los adultos vive en otro país o, tras la separación, uno de ellos decide dejar su lugar de residencia para trasladarse a otro lugar o en supuestos de familias ensambladas, en el que el padre conviviente forma una nueva unión y su pareja tiene su centro de vida en otro lugar y deciden mudarse todos para allá. Ya sea que haya o no oposición del progenitor no conviviente a la radicación en otro país o lugar dentro del país, lo cierto es que la aludida "fluidez" se pone en jaque. En especial, cuando se trata de radicaciones en el exterior por parte de familias que carecen de medios económicos para afrontar los costos que insume mantener una debida y fluida comunicación a pesar de la distancia.

Como se ha señalado en doctrina: "Si bien de hecho esta situación siempre ha existido, desde un tiempo a esta parte viene adquiriendo mayor magnitud, por causas que se vinculan con los avances técnicos y facilidades para trasladarse de un país a otro y –en la actualidad– con proyectos de vida y expectativas de un mejor desarrollo personal, profesional, económico, etcétera, en el exterior"[46]. Es así que este conflicto ha sido observado en el ámbito jurisprudencial.

Por citar uno de los últimos fallos publicados, cuya plataforma fáctica era la siguiente. Una madre solicitó autorización para que sus hijas se radiquen con ella y su nueva pareja en Italia, lugar donde además de vivir este último, la madre había conseguido trabajo. La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, sala D, en fecha 28 de febrero de 2011, expuso: "...en la especie se encuentran en juego, por un lado el interés de la madre en realizarse afectiva y profesionalmente en un país extranjero; el de las niñas, de permanecer en la República Argentina con su madre con quien siempre vivieron, puesto que han manifestado que no quieren separarse de ella [...] pero sin que ello implique perder la comunicación con su padre, interés el de las menores que resulta común al de su padre en tanto pretende, al menos, la continuidad del régimen de contacto vigente, el que se vería alterado por el eventual traslado de sus hijas al extranjero. Ahora bien, sea cual fuere la solución que se adopte uno u otro progenitor no estará conforme con ella, pero lo que debe evaluar el tribunal no es ya la conveniencia de los adultos, sino lo que 'convenga al interés familiar' y es justamente desde esta perspectiva, que la decisión alcanzada por la señora juez de grado habrá de ser confirmada"[47]. Por lo tanto, se confirmó la autorización otorgada por la juez de grado que había establecido una determinada cantidad de viajes a ser solventados por la madre, incluso los gastos de alojamiento el tiempo que permanezca el padre en Italia para visitar a sus hijos.

La Corte federal en un fallo del 14 de septiembre de 2010 ha tenido oportunidad de dictar sentencia en un pedido de radicación en

[46] OSSOLA, Alejandro, *Visitas del progenitor separado que reside en el extranjero*, en FARAONI, RAMACCIOTTI y ROSSI, ob. cit., p. 446.

[47] CNCiv., sala D, 28-2-2011, R. 594.035, "R., M. C. y otros c/T. P., M. s/Autorización", expte. 13.126/10, J. 88, inédito.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

el exterior por parte de un progenitor y la negativa del otro. La máxima instancia judicial hace suyo el dictamen de la procuradora, quien afirmó: "Este Ministerio se ha pronunciado enfáticamente en favor del valor estabilidad, en el entendimiento de que es necesario para el desarrollo sano de las personalidades en formación (v. dictamen de *Fallos*: 331:941 arriba citado). Empero, dicha regla no debe identificarse con la inamovilidad definitiva del status existente al tiempo de juzgar pues, en esta materia, ni siquiera las sentencias judiciales hacen cosa juzgada material. Se orienta, más bien, a impedir que los jueces implementen modificaciones apresuradas, sin un sustrato serio que les dé asidero. Más allá del buen desempeño paterno y claros esfuerzos realizados por el progenitor en el cuidado del niño, en el contexto examinado en los puntos anteriores, lo determinante es, pues, que O. es ya un preadolescente que últimamente vivió con su madre durante períodos relativamente extensos; experiencia ésta –de la que no tenemos noticias negativas– que desea profundizar. Y esa intención coincide con el nutrido consejo profesional allegado a la causa. Por ende, creo que debe extenderse la autorización requerida, sin perjuicio de que –al propio tiempo– se busquen mecanismos para asegurar la regularidad del contacto con el padre y de la escolaridad"[48].

Como cierre sobre esta sincera preocupación por mantener un mínimo de comunicación entre padre e hijo, aun en situaciones adversas como lo es cuando existe una distancia física de importancia, cabe traer a colación un interesante precedente dictado por el Tribunal de Familia N° 5 de Rosario en fecha 30 de diciembre de 2008, en el que se ordenaron "visitas virtuales" entre un padre que se encontraba viviendo en España y el hijo en la ciudad de Rosario. En esta oportunidad se sostuvo: "En Argentina no existe una legislación específica que contemple la ausencia del contacto físico y tangible entre el progenitor no conviviente y su hijo, pero la expresión 'adecuada comunicación' del artículo 264, inciso 2°, del Código Civil, más el artículo 4° de la Convención sobre los Derechos del Niño ('Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Con-

[48] CSJN, 14-9-2010, "V., M. N. c/S., W. F. s/Autorización", *Fallos*: 333:1776.

vención...') y el artículo 29 de la ley 26.061 ('Los Organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley') autorizan a admitir este tipo de contacto, porque fundamentalmente es la única forma de mitigar la incertidumbre de este niño con su padre ausente, saber de su vida y, a su vez, relatarle sus experiencias, sus alegrías, sus dificultades y puede contribuir a que el padre se empiece a interesar más por la vida del hijo". Y por lo tanto se resolvió como medida autosatisfactiva ordenar "al demandado la obligación de suministrar a su hijo menor en el término de treinta días, una computadora con cámara web y tecnología suficiente para permitir que el niño tome contacto en forma provisional los martes, jueves y domingos de cada semana, de 5:00 p. m. a 6:00 p. m., hora de Argentina y en esta provincia, vía Internet, a través del servicio del chat en el que se utilizará cámara en ambas computadoras, tanto en la del padre como en la del niño, a fin de que los mismos puedan visualizarse, bajo apercibimiento de ordenarse la retención en sus ingresos a tal fin"[49].

IV) Significado de la reforma

La ley no debe perder de vista su valor pedagógico. Más allá de la complejidad de los conflictos que pueden poner en jaque la debida comunicación entre padres e hijos, en especial, tras la ruptura de la unión de aquéllos, lo cierto es que la norma es clara al afirmar que en el caso de cuidado personal unipersonal, siempre se debe proteger la debida comunicación del hijo con el progenitor no conviviente de manera fluida.

¿Acaso el cuidado personal unipersonal no podría, en cualquier momento, pasar a ser un supuesto de cuidado personal compartido? Esto sería posible siempre que se resguarde un mínimo de comunicación entre el padre no conviviente y el hijo. Como la reforma lo sabe, esta pauta mínima no sólo es necesaria, sino también instrumental a tal fin de poder mutar de una custodia personal unipersonal a com-

[49] Trib.Fam. N° 5 de Rosario, 30-12-2008, "F. S. c/C. E. s/Régimen de comunicación", elDial del 6-2-2009.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

partida, transformación que beneficia en primer término al hijo, pero también a ambos progenitores. Al padre no conviviente porque mejora su participación y presencia en la vida cotidiana del hijo. Y al progenitor conviviente porque le quita el peso que insume asumir de manera individual el cuidado personal del hijo.

En definitiva, a la luz de la necesaria perspectiva sistémica que prima en las problemáticas familiares, el deber de comunicación fluida que recepta la reforma está en total consonancia con el derecho humano de que todo niño mantenga vínculo con ambos progenitores con la misma intensidad o de manera igualitaria y en el supuesto de que ello no sea factible, promoviéndose un mínimo de contacto y comunicación entre el niño y el progenitor no conviviente.

Art. 653 ***Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración.*** **En el supuesto excepcional en el que el cuidado personal del hijo deba ser unipersonal, el juez debe ponderar:**

a) la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro.

b) la edad del hijo;

c) la opinión del hijo;

d) el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo;

El otro progenitor tiene el derecho y el deber de colaboración con el conviviente.

I) Resumen

El cuidado unipersonal es una opción de excepción. A este sistema se puede arribar por acuerdo o por decisión judicial. En este último supuesto, la ley brinda las pautas que debe tener en cuenta el juez para atribuir el cuidado personal a uno u otro progenitor, siempre destacándose un mínimo de participación de aquel a quien no se le atribuye el cuidado personal. Las pautas que se enumeran de manera enunciativa son aquellas que la doctrina y la jurisprudencia han ido elaborando siempre en total consonancia con el principio rector del interés superior del niño.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 648, 649, 652 y 654).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Las pautas para la atribución unilateral del cuidado personal*

III.1.A) *Prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro*

En primer lugar, la norma en análisis señala como primera variable a ser tenida en cuenta por el juez para decidir a qué progenitor otorgar el cuidado personal, cuando no sea posible que lo sea de manera compartida: *la prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro*. Esta pauta se deriva del reiterado derecho humano de todo niño a mantener vínculo con ambos progenitores. Por lo tanto, sobre la base de este derecho, aun cuando el cuidado personal sea unipersonal, se debe procurar un mínimo de vinculación entre el niño y el progenitor conviviente. ¿Cómo se logra este objetivo? Priorizando el cuidado a favor de aquel progenitor que va a favorecer el contacto con el otro.

El nuevo Código no recepta el debate inconcluso que se ha generado hace años sobre el llamado "síndrome de alienación parental", término acuñado por un psiquiatra estadounidense, Richard A. Gardner, en 1985 para referirse a lo que él describe como un desorden psicopatológico en el cual un niño, de forma permanente, denigra e insulta sin justificación alguna a uno de sus progenitores, generalmente el padre. Varias asociaciones de padres que no tienen contacto con sus hijos defienden esta idea, alegando que las madres llevan adelante un "lavado de cerebro" a sus hijos, quienes terminan no deseando relacionarse con su padre. Como lo define el propio Gardner: "es un trastorno que se genera primordialmente en el contexto de las disputas por tenencia. Su principal manifestación es la campaña de la denigratoria del niño hacia uno de sus padres"[50]. Como

[50] PEDROSA, Delia S. y BOUZA, José María, *Síndrome de alienación parental. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos con uno de sus progenitores*, García Alonso, Buenos Aires, 2008, p. 99.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

bien se señala en el diccionario de mayor compulsa en la práctica, Wikipedia, "dentro de la comunidad académica el síndrome de alienación parental (SAP) carece de consenso científico por no reunir los criterios metodológicos científicos necesarios para ser aceptado y por eso se lo considera pseudocientífico"[51].

No se desconoce que algunos países han regulado de manera particular esta situación; un ejemplo es el caso de Brasil, que el 26 de agosto de 2010 promulgó la ley 12.318 que modifica el artículo 236 del Estatuto de la Crianza y el Adolescente (ley 8069 del 13-7-90). Esta ley establece en el artículo 2° que "se considera acto de alienación parental a la interferencia en la formación psicológica del niño o adolescente promovida o inducida por los progenitores, por ambos o por los que tengan al niño o adolescente bajo su autoridad, guarda o vigilancia, para que repudie al otro progenitor o para que cause perjuicio al mantenimiento de vínculos con éste"; enunciándose algunos de los actos que denotarían esta situación de "alienación parental", como ser: "I. Realizar campaña de descalificación de la conducta del progenitor en ejercicio de la paternidad o maternidad; II. Dificultar el ejercicio de autoridad parental; III. Dificultar el contacto del niño o adolescente con el progenitor; IV. Dificultar el ejercicio del derecho reglamentado sobre convivencia familiar; V. Omitir deliberadamente al progenitor informaciones personales relevantes sobre el niño o adolescente, inclusive escolares, médicas y alteraciones de dirección; VI. Presentar falsa denuncia contra el progenitor, contra familiares de éste o de ambos, para obstaculizar o dificultar la convivencia de ellos con el niño o adolescente; VII. Cambiar de domicilio distante sin justificación, intentando dificultar la convivencia del niño o adolescente con el otro progenitor, con familiares de éste o de ambos progenitores".

En la reforma no se dice nada sobre este supuesto "síndrome de alienación parental" en pleno debate y sin evidencias empíricas fuertes, lo que impide estar ante un verdadero "síndrome" definido como "una agrupación de signos y síntomas basada en su frecuente concurrencia, que puede sugerir una patogenia, una evolución, unos antecedentes familiares o una selección terapéutica comunes", ello no es óbice para

[51] En http://es.wikipedia.org/wiki/S%C3%ADndrome_de_alienaci%C3%B3n_parental.

que se tenga en cuenta que situaciones como las que expone la legislación brasilera se puedan dar en la realidad y por ello es tan importante que, como primera pauta para la atribución del cuidado personal del hijo a un progenitor, lo sea a aquel que favorece el vínculo con el otro.

Sucede que la práctica ha mostrado las dificultades de retomar el contacto de un niño con su progenitor no conviviente después de alguna interrupción voluntaria por parte del progenitor conviviente o forzada, a raíz de conductas nocivas del primero contra su hijo, que pueden ser de suma gravedad como acontece con los casos de abuso sexual. Precisamente, en un caso en el que se había llevado adelante un proceso penal por presunto abuso sexual del padre hacia su hijo, sin haberse logrado condena en ese fuero, en el proceso civil de régimen de visitas el padre solicitaba la revinculación con su hijo. En ese contexto, la Cámara interviniente advirtió la importancia de llevar adelante un trabajo interdisciplinario cuidadoso, afirmando "la previa realización de una revinculación paterno-filial que aleje inseguridades, temores, ansiedades e incidencias psicológicas negativas para el buen desarrollo y crecimiento del menor y de la relación con su padre, se impone como un paso imprescindible para arribar posteriormente al establecimiento de un adecuado régimen de visitas, ello, sin perjuicio de las circunstancias atinentes a las causas penales impetradas por los progenitores puestas de relieve por el apelante"[52].

Asimismo, la pauta en análisis ha sido revalorizada en un precedente muy interesante en el que se decide, de manera jugada, modificar el cuidado del hijo –de la madre al padre– ante la pertinaz negativa de la primera de que el niño mantenga vinculación con el padre no conviviente. Nos referimos al fallo dictado por el Juzgado de Familia N° 3 de Rawson en fecha 16 de septiembre de 2009. En esta oportunidad se aseveró, en primer lugar, que "Sin lugar a dudas, el régimen de visitas constituye un indiscutido derecho del niño con jerarquía constitucional, de acuerdo a lo previsto por el artículo 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (conf. art. 75, inc. 22, Const. Nac.), por lo que el hijo menor tiene de *iure proprio* un derecho subjetivo familiar

[52] CNCiv., sala E, abril de 2010, R. 597.272, "A., L. A. c/P. P., V. E. s/Régimen de visitas", http://www.asapmi.org.ar/publicaciones/jurisprudencia/articulo.asp?id=739.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

a mantener una adecuada comunicación con el progenitor no conviviente, esto es, como sujeto activo, titular autónomo de ese derecho. De ahí que el ejercicio del régimen de visitas no es sólo un derecho del padre que no ejerce la guarda, sino también un derecho del menor a estar con el progenitor con quien no convive..." El magistrado a través de diferentes hechos, incluido el incumplimiento de astreintes, consideró "en evidencia que la progenitora ha asumido una conducta impediente del régimen de comunicación". Que como es sabido "la restricción del régimen de comunicación que propicia irreductiblemente la progenitora debe estar condicionada a un concreto y acreditado peligro o daño para la salud física o mental del menor, o a una fundada posibilidad de otro tipo de agresión, lo que debe apreciarse con criterio riguroso", situación que no se daba en el caso, ya que la profesión de una determinada religión por el progenitor conviviente no se traducía en un perjuicio para el niño, sino, por el contrario, en la violación de la libertad de profesar religión del padre. Que la madre había "desaprovechado las innumerables oportunidades que se le brindaron para que comprenda, al fin, que el régimen de comunicación paterno-filial requiere de su colaboración para facilitarlo, la que trasciende como un plus de actividad consustancial al conjunto de deberes y derechos que informan el ámbito de actuación práctica del progenitor que detenta la custodia del hijo". Por lo cual, siguiéndose las enseñanzas de Grosman, se dispone de manera cautelar el cambio de tenencia a favor del padre. Al respecto, admite el magistrado que no desconoce "ciertos conflictos de adaptación que podrían originarse en un niño de dos años ante esta modificación de su entorno familiar. Pero ello es apenas una posibilidad, y hasta discutida por calificada doctrina. Al respecto, Grosman cuestiona los criterios clásicos de modificación de la guarda de niños, ya que la determinación del interés superior requiere dejar de lado las posiciones rígidas y estar siempre dispuestos al cambio. Por esta razón, opina que resultan riesgosas algunas expresiones judiciales en las cuales el cambio aparece ab initio como una solución disvaliosa (Grosman, Cecilia, *El interés superior del niño*, en Grosman, Cecilia [dir.], *Los derechos del niño en la familia. Discurso y realidad*, p. 38). No descarto, reitero, que según el curso ordinario de las cosas eventualmente podría ocurrir algún tipo de afección, pero en el supuesto

de controversia entre los progenitores por la guarda del hijo, donde hay sólo dos caminos –acordarla a la madre o al padre–, los posibles efectos para el niño son meras especulaciones, pues no se puede establecer la probabilidad de que acontezca uno u otro resultado"[53]. Es evidente que para evitar este tipo de decisiones complejas, es necesario que la ley recepte pautas que amén de ser orientaciones claras para los órganos de decisión de una contienda, cumplan un fuerte valor pedagógico.

En suma, salvo razones fundadas y extremas, los hijos tienen derecho a relacionarse con ambos padres, y estos últimos a vincularse con los primeros. En ese marco, la coparentalidad mediante el cuidado personal compartido es el mejor sistema legal que responde a esta manda constitucional-internacional, y si ello no puede ser factible por diversas circunstancias, siempre se debe intentar mantener un mínimo de interacción. En este marco, la pauta de atribuir el cuidado al progenitor que resguarda la comunicación del hijo con el otro progenitor adquiere un papel relevante. Por ello, en la reforma no sólo se lo reconoce como una variable a ser tenida en cuenta por el juez para resolver el conflicto, sino que se lo menciona en primer lugar.

III.1.B) *Edad y opinión del hijo*

Las otras dos pautas se refieren al hijo y están íntimamente relacionadas: la edad y opinión del hijo; máxime cuando el propio Código explicita que a mayor edad y grado madurativo, más fuerza debe dársele a las manifestaciones del niño o adolescente.

Ambas pautas se vinculan y retroalimentan, no sólo es la aplicación lisa y llana del principio de autonomía progresiva y del interés superior del niño, sino también la consolidación de una línea jurisprudencial firme en la que se revaloriza la participación activa de los niños y adolescentes en los conflictos relativos a su cuidado, tanto en la disputa por la "tenencia" como cuando se debate el régimen de comunicación, mal llamado "visitas"[54]. Por ello en alguna oportunidad se ha afirmado:

[53] Juzg.Fam. N° 3 de Rawson, 16-9-2009, "G., F. c/F., M. s/Incidente de modificación de custodia", elDial del 22-9-2009.

[54] En una oportunidad se dijo, con acierto, que "La denominación 'derecho de visita' no expresa toda la amplitud de esta prerrogativa, especialmente desde el punto de vista psicológico. No se trata sólo de ver periódicamente a una persona sino de

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

"En principio, y siguiendo las directivas de las normas constitucionales en juego, podemos afirmar que no pudo prescindirse de recabar la opinión que tenía la niña respecto de cómo podría distribuirse su tiempo disponible para mantener un contacto provechoso con ambos padres"[55]. A tal punto es esta necesaria observación de dar participación a niños y adolescentes cuando se está resolviendo un conflicto relativo a su custodia personal que en la práctica, y desde hace algunos años, es en este tipo de cuestionamientos en los que se debate la posibilidad o no de que éstos intervengan con su propia asistencia letrada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27, incisos c, d, y e, de la ley 26.061.

Desde uno de los primeros precedentes, el dictado por la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del 28 de septiembre de 2006[56], en el que se rechazó la posibilidad de que una niña de 3 años interviniera con su propio letrado patrocinante en un proceso en el que se debatía la "tenencia" al entenderse que "tratándose en el supuesto de autos de un menor que sólo cuenta con tres años de edad y a los fines de compatibilizar la nueva figura del 'abogado del niño' prevista en el inciso c, del artículo 27 de la ley 26.061, al ser una abogada patrocinante y no una forma de representación, su actuación requiere del discernimiento del patrocinado, es decir, requiere la edad de catorce años tanto para elegir el letrado como para darle instrucciones o removerlo del patrocinio. Por debajo de esta edad correspondería, en caso de ser pertinente, la designación judicial de un tutor *ad litem* en la medida que, de acuerdo a las normas de fondo, el menor sigue careciendo de capacidad para obrar y por ello se encuentra sujeto a la doble representación legal (necesaria y promiscua) como una forma

tratarla y mantener con ella relaciones afectuosas, cultivando una recíproca y sincera comunicación; de allí la importancia de las circunstancias de lugar, tiempo y modo" (CNCiv., sala K, 26-10-2000, "L., M. C. R. c/M., A. s/Tenencia de hijos", E. D. 192-494). Para una perspectiva histórica y completa sobre el término y las implicancias y fundamentos de este cambio en el lenguaje ver la completa obra de MAKIANICH DE BASSET, Lidia, *Derecho de visitas*, 1ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 1997, ps. 53 y ss.

[55] SCJBA, 5-2-2005, "B. de S., D. c/T., E.", LNBA 2006-6-663.

[56] CNCiv., sala K, 28-9-2006, "R. M. A. c/Protección de persona", Abeledo-Perrot Online Nº 70056938.

de proteger sus intereses". Pasando por otros más flexibles, como ha sido el resuelto por la sala I de la Cámara Nacional en lo Civil, en fecha 4 de marzo de 2009[57], en el que el conflicto de "tenencia" involucraba a dos hermanos, uno adolescente de 15 años y un preadolescente de 12 años. El interrogante es si se debía permitir la intervención personal con su propia asistencia letrada sólo al mayor y negársela al menor. Por mayoría, se le permitió a ambos tal intervención con patrocinio unificado. Al respecto, se afirmó que "Corresponde confirmar el auto que tuvo por parte a los menores en un juicio por tenencia –en el caso, de 15 y 12 años– si, éstos tienen intereses contrapuestos con sus progenitores pues, en función del interés superior del niño, ello torna conveniente que los menores tengan una asistencia letrada que traiga al juicio su voz, en forma separada al planteo de sus progenitores, independientemente de la representación promiscua que incumbe al Ministerio Público de la Defensa". Agregándose que "No resulta razonable admitir que la hija menor púber pueda actuar por sí, en el juicio por tenencia mientras que su hermano, apenas dos años menor que ella, quede desplazado de esa prerrogativa máxime cuando, ambos niños están identificados en una suerte de comunidad de intereses". En cambio, en disidencia se sostuvo que "La facultad que el artículo 27, inciso c, de la ley 26.061 acuerda al menor de intervenir en juicio por su propio derecho con patrocinio letrado, no puede ser ejercitada por los menores impúberes desde que, la designación y remoción del letrado patrocinante, así como la actuación por propio derecho dentro del proceso judicial, suponen la realización de actos jurídicos, y los menores impúberes carecen de capacidad para concretarlos por sí mismos".

Este arduo debate llegó a la Corte Suprema en fecha 26 de junio de 2012[58]. En este caso, se trataba de la intervención con patrocinio letrado de una niña de 10 años una vez más, en el marco de un conflicto de "tenencia". La sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil había confirmado el rechazo del pedido de la niña de ser considerada parte y actuar con su propio abogado. Disconforme, la

[57] CNCiv., sala I, 4-3-2009, "L., R. c/M. Q., M. G.", SJA del 1-7-2009.

[58] CSJN, 26-6-2012, "M., G. c/P., C. A.", M.394.XLIV.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

niña, patrocinada por una fundación, interpone el correspondiente recurso extraordinario. Notificada la denegación del recurso, la niña renuncia al patrocinio letrado, no interponiendo la pertinente queja. La defensora de Cámara es quien presenta ante la máxima instancia judicial del país por su presentación directa. La Corte Federal sigue los lineamientos expresados por la procuradora, quien sostuvo en su dictamen, entre otras cosas, que: 1) la investidura procesal de los niños en asuntos civiles, como en el caso en análisis, no adquiere, a mí juicio, sentido de imperativo constitucional; 2) la Convención sobre los Derechos del Niño sujeta la audiencia del niño en juicio a un recaudo dual, a saber, la progresiva autonomía individual y la regulación interna de los países miembros; 3) la mencionada Convención consagra la prerrogativa del niño a ser oído, pero no a asumir automáticamente y en cualquier circunstancia la calidad de parte en sentido técnico procesal; 4) que "Tengo en mente –por nombrar algunas de las aristas que preocupan a los especialistas–, la posibilidad de manipulación del hijo convertido en objeto, sumado interesadamente al litigio parental como un contradictor más; o el riesgo que conlleva el trasladarle e involucrarlo en situaciones que corresponden a los adultos, depositando el peso de ellas sobre una psiquis en plena formación y dando por tierra con el derecho a ser menor. Si así se hiciesen las cosas, se le despojaría de su lugar de niño, en el orden de las generaciones [privándolo] de lugares esenciales en la estructuración de su personalidad"; 5) que "Se presenta una incógnita de difícil respuesta, a saber: cómo esta niña pequeña (en su momento, de diez años), accedió a contratar a un abogado por sus propios medios, emplazándolo como profesional de confianza, en pos de una transmisión fiel de su querer individual y no de las posturas del letrado o de sus mayores". En este marco, la Corte Federal destaca que "las prescripciones de la ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la ley de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. En consecuencia, de acuerdo con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inc. 2°, Cód. Civ.), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte". Por lo tanto, se declara admisible la queja, se confirma la sentencia apelada.

Es hábil concluir que tanto la edad como la opinión del niño (ya sea, su escucha, como un grado de mayor participación como lo es el de intervención con asistencia letrada) son consideraciones que ya estaban en la práctica judicial y el desarrollo doctrinario a nivel nacional, que la reforma no sólo no silencia, sino que, por el contrario, advierte y recepta de manera concreta[59].

III.1.C) *Mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo*

La cuarta pauta que recepta el nuevo Código es el mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo. Es lo que se conoce en el lenguaje jurídico o técnico del mantenimiento del statu quo, es decir, el respeto por la situación de cuidado y crianza que el niño viene ostentando. ¿A qué se debe el reconocimiento de esta pauta? Como bien se puso de resalto en el precedente sintetizado, en el que se dispuso de manera cautelar el cambio de tenencia, es sabido que toda modificación en el hábitat o centro de vida (art. 3°, ley 26.061) de un niño trae implicancias psicosociales que el Derecho no puede desconocer.

En este sentido, se ha expresado que "Toda modificación en las condiciones de vida de un niño, cuando de tenencia se trata, deben encontrar su justificación en la falta de idoneidad de quien la ejerce,

[59] Vastísima es la bibliografía que reafirma la participación de los niños en los conflictos en los que se debate la atribución del cuidado personal. Recomendamos compulsar entre tantos otros, BOERI, María Justina; FREDES, Paula V. y SCOCCIA, Ana C., *El abuso del poder en el ejercicio de la patria potestad*, en CÚNEO, Darío L. y HERNÁNDEZ, Clayde U. (dirs.), *Colección temática de Derecho de Familia*, t. 6, *Tenencia de hijos menores y régimen de visitas*, Juris, Rosario, 2007, ps. 53 y ss.; PÉREZ MANRIQUE, Ricardo C., *Participación judicial de los niños, niñas y adolescentes*, en RDF 2009-43-177; SOLARI, Néstor E., *La autodeterminación del niño en el régimen de tenencia*, en L. L. Litoral 2006 (agosto), p. 882; SABSAY, Daniel Alberto y ALLEGRETTO, María, *Derechos de la niñez*, en D. F. y P. 2010 (septiembre), p. 3.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

o bien cuando la convivencia con uno de ellos consulta su mejor interés y resulta más beneficioso para el menor"[60].

Sobre esta pauta, sostiene Stilerman que "Al igual que lo que acaece respecto a la fijación de cuota alimentaria, las decisiones judiciales tomadas acerca de la tenencia de un menor sólo son estables en tanto no se alteren las circunstancias de hecho que a ella condujeron; ello no empece a la existencia de cosa juzgada, debido a que la posibilidad de modificación de una decisión judicial que otorga la tenencia estará condicionada a la invocación de una variación de las circunstancias de hecho, variación que requiere al mismo tiempo ser de una entidad suficiente como para hacer recomendable el cambio y ser posterior, o al menos conocida posteriormente, a la decisión judicial cuya modificación se pretende"[61]. Como se puede observar, el mantenimiento del statu quo es una pauta aceptada por la incidencia en el interés superior del niño de toda modificación en la situación de convivencia, pero ello no quiere decir que sea una variable rígida o no pueda ser revisada. Es sabido que todas las decisiones relativas al cuidado de los hijos son, de hecho, circunstanciales o, al menos, siempre están sujetas a verse modificadas. Esta flexibilidad es acorde con los cambios que se pueden suscitar en la vida de las familias.

III.2) *El derecho y el deber de colaboración del progenitor no conviviente con el conviviente*

Al legislador le preocupa resguardar todo tipo de contacto o comunicación entre el progenitor no conviviente y el hijo. Que si bien hay supuestos en que el cuidado personal es uniparental –no sólo por acuerdo, sino también por decisión judicial– lo cierto es que se tiende a evitar todo tipo de ruptura comunicacional al saber que cuando el vínculo se rompe y ello se consolida en el tiempo, siempre será más difícil lograr su restablecimiento.

[60] Juzg.Fam. N° 4 de Córdoba, 6-6-2003, "L. S. F y A. C. P.", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 2004-I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, ps. 142 y ss.

[61] STILERMAN, Marta, *Menores. Tenencia. Régimen de visitas*, 3ª ed. act., Universidad, Buenos Aires, 1997, p. 132.

Es por ello que, amén de explicitarse las pautas que debe tener en cuenta el juez para establecer el cuidado personal unilateral, la reforma establece un derecho-deber de colaboración del progenitor no conviviente hacia el conviviente. ¿Cuál es la razón de ello? Que el progenitor no conviviente mantenga una participación e interés activos por su hijo. Que no se alejen, sino que se mantenga una comunicación mínima.

Como se ha sostenido: "el único límite que encuentra el derecho de comunicación del niño con sus progenitores, parientes y terceros con interés legítimo dado por su interés, de modo que, si tal contacto lo afecta en su moral desarrollo, física o psíquicamente, deberá restringirse, limitarse o suspenderse, según la gravedad del caso. No debe subordinarse el interés superior del niño, involucrado en este derecho, a otras cuestiones que no tengan que ver con su necesidad de tener contacto íntimo y continuo con uno de ellos. Dicho de otro modo, este contacto constituye un derecho que sólo puede ser restringido cuando, de su ejercicio, pueda derivarse un peligro para su salud física o moral de los menores, que se traduzca en una perturbación perniciosa en la culminación de su desarrollo psicológico y exista la posibilidad fundada de otro tipo de agresión"[62].

IV) Significado de la reforma

El nuevo Código, partiendo de la obligada perspectiva constitucional-internacional, dado el expreso compromiso con la "constitucionalización del Derecho Privado", toma como punto de partida el derecho reflejo de todo niño de mantener vínculo con ambos progenitores en un plano de igualdad.

Desde este prisma, el cuidado personal compartido es el régimen preferido, pero cuando ello no es posible o no lo consideran así los progenitores al acordar un régimen unipersonal, la ley toma ciertas precauciones a fin de mantener subsistente ese derecho de relaciona-

[62] ROSSI, Julia y THEAUX, María Denise, *El interés superior del niño a mantener una adecuada comunicación con ambos progenitores, parientes y terceros con interés legítimo*, en TAGLE DE FERREYRA, Graciela (dir.), *El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2009, ps. 187 y 188.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

miento o mantenimiento de lazos afectivos entre padres e hijos. Esta finalidad se observa necesaria, precisamente, cuando la atribución del cuidado personal es unilateral, esforzándose en que el progenitor no conviviente no se vea desplazado por el conviviente. Tan así es que la primera pauta para la atribución de la custodia personal uniparental en caso de conflictos, que la reforma da como herramienta interpretativa a los jueces, es a favor de aquel progenitor que favorece el vínculo con el otro progenitor.

Es también por esta misma razón que la reforma establece un derecho-deber de colaboración por parte del progenitor no conviviente, para que éste mantenga una participación mínima en la vida de su hijo.

Como todo derecho, no es absoluto. Pero como existe un derecho humano a que todo niño se vincule con ambos progenitores, la carga de la prueba reside en quien quiera interrumpir o cortar la comunicación entre padre e hijo[63]. Conflictos judiciales que suelen ser sumamente complejos, y donde la intervención especializada e interdisciplinaria que reconoce también de manera expresa el Código (conf. art. 706, tercer párrafo) constituye un imperativo a fin de conocer dicha complejidad en toda su extensión.

Art. 654 ***Deber de informar.*** **Cada progenitor debe informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo.**

I) Resumen

El Código establece de manera expresa los contenidos mínimos del deber de informar por parte de cada uno de los progenitores sobre aquellas cuestiones que hacen a la vida cotidiana de los hijos. Si bien de manera especial, se trata de una obligación a cargo del progenitor

[63] Para un análisis integral de este derecho, juntamente con el derecho a la vida en familia, es decir, los arts. 5°, 9°, 10, 11, 18, 20 y 21 de la Convención sobre los Derechos del Niño, en BELOFF, Mary; DEYMONNAZ, Virginia; FREEDMAN, Diego; HERRERA, Marisa y TERRAGNI, Martiniano, *Convención sobre los Derechos del Niño. Comentada, anotada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 77 y ss.

conviviente, lo cierto es que, en definitiva, lo es para ambos. El deber de información al otro progenitor sobre incumbencias básicas de los hijos se deriva del derecho humano de todo niño a mantener vínculo con ambos padres.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 648, 649, 652 y 653).

III) Interpretación de la norma

Como se viene afirmando hasta ahora, y se observa con claridad en los últimos artículos analizados, el Código se preocupa y ocupa de manera activa en que el derecho de todo niño a mantener vínculo con ambos padres no sea una expresión de deseo, sino una realidad. Es por ello que se interesa, muy especialmente, en los casos en que el cuidado personal es unilateral, es decir, lo ostenta uno de los padres, restándole al progenitor no conviviente el derecho-deber de comunicación.

El Código no se queda en la regulación de este derecho, sino que también recepta y profundiza en otros deberes y derechos que coadyuvan en el mantenimiento de un mínimo de comunicación entre el progenitor no conviviente y el hijo. Éste es el deber de colaboración analizado en el artículo anterior y, también, el derecho-deber de informar un progenitor al otro –y viceversa– sobre todas las cuestiones relativas a los hijos que hacen a la vida cotidiana de éstos y que, en definitiva, permiten que los padres estén al tanto de lo que le sucede a los hijos. Una vez más, a través de otro derecho-deber como es el de información, el Código reafirma el compromiso para el efectivo compromiso del derecho humano en cuestión.

Si bien el derecho-deber de colaboración está centrado, principalmente, en el progenitor no conviviente, en esta normativa el derecho-deber de información lo está respecto, en primer término, al progenitor conviviente. Mediante este derecho-deber se pretende que el progenitor conviviente participe al otro progenitor, al menos informándolo, sobre la vida del hijo, manteniéndolo al tanto de los aspectos generales y

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

centrales de la vida de aquél, como ser los aspectos educativos, de salud o de otra índole que sean relevantes.

Este derecho-deber de información también podría caberle al progenitor no conviviente, ya que como éste tiene un derecho de comunicación, es posible que mientras el niño esté con él puedan acontecer cuestiones importantes para el hijo, por lo cual tal derecho-deber se extendería al progenitor no conviviente.

En definitiva, se trata de utilizar la mayor cantidad de herramientas legales a fin de que todo niño pueda tener vínculo con ambos padres; en primer término, de manera igualitaria o con la presencia activa de ambos, o, en su defecto, manteniendo el sistema en el que un padre es principal y el otro secundario, pero siempre procurando que este último cumpla una participación mínima, que lo involucre en la vida cotidiana del hijo.

IV) Significado de la reforma

Mediante la expresa recepción del derecho-deber de información por parte de los progenitores, en particular, el conviviente al progenitor no conviviente, la reforma mantiene coherencia en el régimen general que regula en torno al ejercicio de la responsabilidad parental y el cuidado personal de los hijos.

Si la noción de "coparentalidad" constituye uno de los pilares del nuevo Código, aun cuando ello no sea posible, el mantenimiento de una comunicación mínima fundada en la información sobre la vida cotidiana del hijo es un imperativo constitucional-internacional.

Cuando el cuidado personal es unilateral –sistema de excepción– el Código se ocupa de regular una serie de derechos-deberes para que entre el padre no conviviente y el hijo exista o se mantenga un vínculo mínimo. Ello lo es a través de diferentes derechos y deberes que de mayor a menor son: derecho-deber de comunicación, derecho-deber de colaboración y derecho-deber de información.

Todos éstos coadyuvan a que el importantísimo lazo afectivo entre un padre y su hijo, que otras disciplinas defienden con solvencia, tenga también su correlato, reconocimiento y promoción desde el punto de vista legislativo.

Art. 655 *Plan de parentalidad.* **Los progenitores pueden presentar un plan de parentalidad relativo al cuidado del hijo, que contenga:**

a) lugar y tiempo en que el hijo permanece con cada progenitor;

b) responsabilidades que cada uno asume;

c) régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas para la familia;

d) régimen de relación y comunicación con el hijo cuando éste reside con el otro progenitor.

El plan de parentalidad propuesto puede ser modificado por los progenitores en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas.

Los progenitores deben procurar la participación del hijo en el plan de parentalidad y en su modificación.

I) Resumen

El Código regula el acuerdo que celebran los progenitores sobre el cuidado personal de los hijos tras la ruptura de la unión, o, incluso, aunque éstos no hayan convivido nunca, al cual se lo denomina "plan de parentalidad". En este instrumento se debe reflejar el modo en que los padres resuelven llevar adelante la vida familiar a través del acuerdo sobre diferentes situaciones de la vida de los hijos. La ley explicita, de manera meramente enunciativa, varias de las cuestiones que debería contener el plan de parentalidad y que hacen a la cotidianeidad del vínculo parental y, también, a ciertas fechas o momentos particulares, como ser vacaciones o días festivos. A través de este "plan de parentalidad", el Código reafirma su valor pedagógico, revalorizando el principio de autonomía y libertad, por el cual sean los propios protagonistas de una familia quienes se detengan a pensar y elaborar de manera conjunta cómo será el futuro del día a día en la vida de los hijos y también de los adultos.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 641, 648 a 651); procesos de familia (art. 707). Ley 26.061, protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes (arts. 7°, 24 y 27).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

El "plan de parentalidad" es una figura presente en el nuevo Derecho de Familia catalán. La ley 25/2010, de 29 de julio, introduce importantes modificaciones al Libro Segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia.

En ese marco, se introduce la figura en análisis del siguiente modo. En primer término, el artículo 233-8 referido a la *Responsabilidad parental* (la misma terminología que se adopta en el nuevo Código) dispone: "1. La nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación judicial no alteran las responsabilidades que los progenitores tienen hacia sus hijos de acuerdo con el artículo 236-17.1. En consecuencia, estas responsabilidades mantienen el carácter compartido y, en la medida de lo posible, deben ejercerse conjuntamente. 2. Los cónyuges, para determinar cómo deben ejercerse las responsabilidades parentales, deben presentar sus propuestas de plan de parentalidad, con el contenido establecido por el artículo 233-9. 3. La autoridad judicial, en el momento de decidir sobre las responsabilidades parentales de los progenitores, debe atender de forma prioritaria al interés del menor". En el artículo siguiente, el 233-9, se regula de manera precisa el *Plan de parentalidad*, expresándose que "1. El plan de parentalidad debe concretar la forma en que ambos progenitores ejercen las responsabilidades parentales. Deben hacerse constar los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. 2. En las propuestas de plan de parentalidad deben constar los siguientes aspectos: a) El lugar o lugares donde vivirán los hijos habitualmente. Deben incluirse reglas que permitan determinar a qué progenitor le corresponde la guarda en cada momento. b) Las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor con relación a las actividades cotidianas de los hijos. c) La forma en que deben hacerse los cambios en la guarda y, si procede, cómo deben repartirse los costes que generen. d) El régimen de relación y comunicación con los hijos durante los períodos en que un progenitor no los tenga con él. e) El régimen de estancias de los hijos con cada uno de los progenitores en períodos de vacaciones y en fechas especialmente señaladas para los hijos, para los

progenitores o para su familia. f) El tipo de educación y las actividades extraescolares, formativas y de tiempo libre, si procede. g) La forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de los hijos. h) La forma de tomar las decisiones relativas al cambio de domicilio y a otras cuestiones relevantes para los hijos. 3. Las propuestas de plan de parentalidad pueden prever la posibilidad de recorrer a la mediación familiar para resolver las diferencias derivadas de la aplicación del plan, o la conveniencia de modificar su contenido para amoldarlo a las necesidades de las diferentes etapas de la vida de los hijos".

¿Por qué se recepta, de manera novedosa, esta figura? La finalidad y la razón de ser están debidamente explicitadas en la Exposición de Motivos de la ley, en la que se asevera: "En cuanto a la responsabilidad de los progenitores sobre los hijos en ocasión de la separación o el divorcio, es preciso remarcar dos novedades. La primera es que toda propuesta de los progenitores sobre esta materia debe incorporarse al proceso judicial en forma de plan de parentalidad, que es un instrumento para concretar la forma en que ambos progenitores piensan ejercer las responsabilidades parentales, en el que se detallan los compromisos que asumen respecto a la guarda, el cuidado y la educación de los hijos. Sin imponer una modalidad concreta de organización, alienta a los progenitores, tanto si el proceso es de mutuo acuerdo como si es contencioso, a organizar por sí mismos y responsablemente el cuidado de los hijos en ocasión de la ruptura, de modo que deben anticipar los criterios de resolución de los problemas más importantes que les afecten. En esta línea, se facilita la colaboración entre los abogados de cada una de las partes y con psicólogos, psiquiatras, educadores y trabajadores sociales independientes, para que realicen una intervención focalizada en los aspectos relacionados con la ruptura antes de presentar la demanda. Quiere favorecerse así la concreción de los acuerdos, la transparencia para ambas partes y el cumplimiento de los compromisos conseguidos".

Éstos son los mismos fundamentos por los cuales la reforma introduce, también de manera novedosa, esta figura en el Derecho argentino. Se trata de alentar a los progenitores a que puedan dialogar sobre cómo se van a manejar con los hijos y, en definitiva, cómo será

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

la dinámica familiar después de la ruptura de la unión. Cómo se piensan como padres separados en relación con los hijos. Cómo se van a desenvolver en aquellas situaciones de la vida cotidiana o que suceden cada tanto, pero que también involucran la vida familiar y deben ser afrontadas, como los cumpleaños, días festivos y vacaciones.

Como bien se explicita en los Fundamentos del Proyecto de reforma, mediante esta figura "se incentiva a los progenitores a elaborar un 'plan de parentalidad' tras la ruptura de la pareja; autonomía que la ley vigente prevé expresamente sólo para los hijos matrimoniales y los supuestos de divorcio de los padres por presentación conjunta (art. 236 del Cód. Civ.). Con fines pedagógicos, se señalan los diversos aspectos que ese plan puede contener". Incentivo y pedagogía son dos elementos centrales sobre los cuales se edifica todo el régimen de responsabilidad parental, siendo entonces el "plan de parentalidad" una pieza de suma relevancia en este contexto tendiente a pacificar y prevenir los conflictos que se derivan de la ruptura de la pareja.

Si bien el Código no lo dice de manera expresa, por la necesaria perspectiva sistémica con la cual debe ser interpretado el ordenamiento jurídico, cabe destacar que la Ley 26.589 de Mediación y Conciliación del 2010 no sólo regula de manera particular la mediación familiar, sino que introdujo modificaciones a ciertos articulados profundizando los beneficios de la mediación. Al respecto, el artículo 52 de la mencionada ley sustituye por otro texto el artículo 34 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, afirmándose en la primera parte que "Son deberes de los jueces [...] En el acto de la audiencia, o cuando lo considere pertinente, si las circunstancias lo justifican, podrá derivar a las partes a mediación. Los términos del expediente judicial quedarán suspendidos por treinta (30) días contados a partir de la notificación del mediador a impulso de cualquiera de las partes y se reanudará una vez vencido. Este plazo podrá prorrogarse por acuerdo expreso de las partes. En los juicios de divorcio, separación personal y nulidad de matrimonio, en la providencia que ordena el traslado de la demanda, se fijará una audiencia en la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del Ministerio Público, en su caso. En ella el juez tratará de reconciliar a las partes y de avenirlas sobre cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos,

régimen de visitas y atribución del hogar conyugal..." Por ende, si el juez lo considerara pertinente, en un proceso en el que se debate la atribución de la custodia personal de un hijo, podría derivar a los padres a la mediación especializada a fin de que éstos, con la debida colaboración, asistencia y formación, puedan arribar a un "plan de parentalidad" y poner fin al conflicto de un modo más sano para todo el grupo familiar.

III.2) *El contenido del plan de parentalidad*

Al igual que la regulación catalana –pero con menor extensión– el Código expresa, de *manera meramente enunciativa*, sobre qué cuestiones relativas a los hijos puede versar el plan de parentalidad.

La primera cuestión se refiere al lugar y tiempo que los hijos permanecen con cada uno de los progenitores. En total consonancia con el sistema de "coparentalidad" que se regula de manera prioritaria o preferente, no se alude a que debe ser con uno de ellos, restándole al otro un lugar secundario, periférico o de control y supervisión. Por el contrario, este lugar y tiempo –en particular el tiempo– puede ser compartido, o definido de manera amplia, incluso no debiéndose determinar de manera precisa o puntillosa días, horas exactas en las cuales el niño va a estar con cada uno de ellos. No se debe perder de vista la mirada sistémica, integral y coherente que propone la reforma que gira en torno a la noción de "coparentalidad" siendo el régimen legal, supletorio y preponderante el cuidado personal compartido en modalidad indistinta. ¿Qué significa ser "indistinto"? Precisamente, que no hay funciones, roles y tiempos rígidos, sino flexibles. ¿Puede el hijo vivir la mayor parte en una vivienda con uno de los progenitores y la modalidad ser indistinta? La respuesta es afirmativa. El lugar no es el elemento central para definir si la modalidad es indistinta o no, sino el tiempo y la asunción por igual de ambos padres sobre los actos cotidianos de la vida de los hijos. Por lo tanto, a diferencia del sistema clásico, en el cual los acuerdos se edificaban sobre la base de estipulaciones bien rígidas sobre "el derecho de visitas" del progenitor no conviviente, en el régimen actual, la amplitud en los términos y flexibilidad en los roles y funciones que los padres se comprometen a cumplir para el cuidado y protección de los hijos son

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

observadas con mayor beneplácito porque dejan traslucir, en definitiva, la adscripción al régimen que pregona la ley y que beneficia a todo el grupo familiar.

En segundo término, se refiere a las responsabilidades que cada progenitor asume. Como se ha analizado al comentar los artículos 641, 648, 649, 650 y 651, el Código diferencia el ejercicio de la responsabilidad parental del cuidado personal. En este contexto, el tiempo que el hijo pasa con cada uno de los padres hace al cuidado personal, más allá del ejercicio que tengan ambos (compartido) o uno de ellos (unilateral) de la responsabilidad parental, es decir, los actos que no son los de mayor relevancia que necesariamente necesitan del consentimiento de ambos y que están enumerados en el artículo 645. Así, en este segundo inciso se alude al ejercicio de la responsabilidad, el cual puede ser unilateral o compartido. Cabe recordar que cuando el ejercicio de la responsabilidad parental es compartido, el cuidado personal puede ser también compartido (en modalidad indistinta o alternada) o unilateral. Por lo tanto, lo que se decida respecto al tiempo que los padres pasan con sus hijos no necesariamente delimita lo que se acuerda respecto del ejercicio.

En tercer término, se alude al régimen de vacaciones, días festivos y otras fechas significativas, como ser determinadas conmemoraciones de carácter religioso u otro tipo de festejos, como ser el "día de la familia", que se suele celebrar en algunos establecimientos educativos. De esta manera, la reforma no sólo se interesa por que los progenitores arriben a un acuerdo o planifiquen de manera expresa sobre la vida cotidiana o el día a día de los hijos, sino también por aquellas decisiones que también obligan a resolver cómo se distribuyen –o no– ciertos espacios que involucran al núcleo familiar.

En cuarto y último lugar, siendo que es probable que los padres acuerden que el cuidado personal estará en cabeza de uno de ellos, en ese caso, también es dable que se acuerde sobre el régimen de comunicación con el progenitor no conviviente, con total independencia del derecho-deber mínimo de colaboración e información que regula el nuevo Código.

Estas cuatro cuestiones que expresamente prevé la ley son meramente enunciativas. La reforma menciona las que son más comunes,

ello no es óbice para que los padres acuerden lo que consideren pertinente en beneficio de los hijos y, en definitiva, para una buena dinámica familiar tras la ruptura de la unión o la falta de convivencia.

III.3) *Modificaciones del plan de parentalidad*

La relación entre padres e hijos –como todas las relaciones sociales– va sufriendo modificaciones a lo largo de la vida. Durante la minoridad de edad o adquisición de la plena capacidad civil de los hijos también.

Como bien se ha destacado al comentar el artículo 25, que diferencia a la persona menor de edad del adolescente, los hijos tienen diferentes necesidades, inquietudes y manifestaciones hasta que alcanzan los 18 años de edad. Incluso internamente, desde el punto de vista psicosocial, los hijos que están dentro de la amplia franja de 0 hasta que alcanzan los 13 años, y son considerados adolescentes, observan una gran amplitud en sus incumbencias.

Siguiendo esta línea argumental, el plan de parentalidad que los progenitores debatieron, elaboraron y dieron cumplimiento en un determinado momento puede no ser aplicable o viable cuando pasa el tiempo y los hijos muestran otras necesidades muy diversas a las que fueron tenidas en mira en un principio. Es por ello que este tipo de figuras son esencialmente modificables mediante el mismo proceso y con las mismas previsiones y salvedades con las que fueron confeccionadas por primera vez.

Esta "provisoriedad" ínsita en este tipo de figuras (como así, en la gran mayoría de los conflictos o consideraciones relativos a la vida de los hijos en el marco de la responsabilidad parental) queda destacada en el artículo en análisis al mencionarse de manera expresa la posibilidad de modificación en cualquier tiempo, admitiéndose, a priori, que tales cambios deben ser "en función de las necesidades del grupo familiar y del hijo en sus diferentes etapas". Esto es lo que sucede en la realidad, y de allí su razón de ser de manera clara y precisa en la ley.

III.4) *La participación del hijo*

Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 12) y la

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ley 26.061 (arts. 3°, 24 y 27) se refieren de manera expresa a la participación de los niños en todos los conflictos que los afecten o involucren de manera directa, tanto en el ámbito judicial como extrajudicial o administrativo, lo cierto es que en determinados temas aún se considera que tal presencia no es factible o loable.

El nuevo Código, en total consonancia con el principio constitucional-internacional del derecho a ser oído de niños y adolescentes, dispone que todo plan de parentalidad debe ser elaborado y/o modificado procurándose la participación de los hijos. ¿Ello quiere decir que si no se prueba al momento de homologarlo que los hijos efectivamente participaron, el plan de parentalidad es pasible de nulidad? De ninguna manera. Es una disposición de carácter pedagógico o con una fuerte carga ética.

Sucede que el plan de parentalidad afecta, primordialmente, a la vida de los hijos, es claro que se debería facilitar –o al menos pregonar desde la ley– la participación o consulta de ellos. De este modo, el Código incentiva el intercambio, diálogo y escucha de todos y entre todos los miembros de la familia. Desde el punto de vista fáctico, es cierto que esta manda ética va dirigida, esencialmente, a los hijos que cuentan con edad y grado de madurez suficiente para poder manifestar qué es lo que consideran mejor o favorable, sin que sus deseos deban ser determinantes para delimitar o condicionar el plan de parentalidad.

De este modo, la reforma acoge una gran cantidad de maneras de receptar –de manera gradual o con diferente intensidad– la participación del niño y adolescente: desde procurar la intervención como se regula en este artículo, hasta la actuación con asistencia letrada, pasando por el consentimiento con o sin la asistencia de los padres. Como se ha puesto de resalto en varias oportunidades al analizar varias disposiciones, a realidades e infancias más complejas, instituciones o normativas más flexibles o que al menos, prevean diferentes consideraciones.

IV) Significado de la reforma

Como lo ha expresado en su momento el legislador catalán en la

última reforma de su legislación autonómica referida a familia y personas, el plan de parentalidad es una de las novedades que receptaba esta normativa. En el Derecho Civil nacional, esta figura también es una de las tantas novedades y aciertos que propone la reforma.

Qué mejor que las propias familias se autorregulen. Qué mejor que los miembros de la familia, a pesar de la ruptura de la pareja, puedan dialogar sobre cómo será la dinámica entre ellos hacia el futuro. Qué mejor que la ley incentive a las personas a elaborar un plan de parentalidad.

El nuevo Código, a través de esta figura que importa del Derecho Comparado con la debida readecuación local, recepta, reafirma y consolida el avance que ha significado en el Derecho de Familia la interdisciplina y la mediación familiar.

Art. 656 ***Inexistencia de plan de parentalidad homologado.*** **Si no existe acuerdo o no se ha homologado el plan, el juez debe fijar el régimen de cuidado de los hijos y priorizar la modalidad compartida indistinta, excepto que por razones fundadas resulte más beneficioso el cuidado unipersonal o alternado. Cualquier decisión en materia de cuidado personal del hijo debe basarse en conductas concretas del progenitor que puedan lesionar el bienestar del niño o adolescente no siendo admisibles discriminaciones fundadas en el sexo u orientación sexual, la religión, las preferencias políticas o ideológicas o cualquier otra condición.**

I) Resumen

El plan de parentalidad puede ser no acordado o no homologado, en estos supuestos –el segundo más excepcional que el primero– el juez debe resolver cómo será el régimen de cuidado personal, priorizándose que sea compartido en la modalidad indistinta. El Código brinda determinadas pautas de interpretación mínimas sobre las cuales el juez debe decidir el régimen de cuidado, todas ellas tienen un claro basamento constitucional-internacional, en particular, el principio de igualdad y no discriminación.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 650, 651, 653 y 655); procesos de familia (arts. 707 y 716).

III) Interpretación de la norma

Es dable recordar que en el artículo 651 se vislumbra una evidente preferencia legislativa por el cuidado personal compartido en la modalidad indistinta, al ser considerado el sistema legal que mejor responde al derecho humano de todo niño a mantener vínculo con ambos padres de manera igualitaria y, así, al mejor interés del niño. Siguiéndose esta línea, ante la carencia de plan de parentalidad –ya sea por falta de acuerdo entre los padres o falta de homologación al haber advertido el juez que dicho instrumento no cumplía con requisitos de protección mínimos para el hijo– se debe proceder a fijar el régimen de cuidado personal. ¿Qué modalidad se prefiere? La indistinta, como ya se explicitó en el mencionado artículo 651.

Tan así es que la labor del juez y de su equipo interdisciplinario de conformidad con el principio sentado en el artículo 706, 3er párrafo, debe estar centrada en instar, colaborar y acompañar a construir la plataforma básica para que la familia pueda llevar adelante un régimen de cuidado personal compartido en modalidad indistinta.

¿Y si ello no es posible? El Código admite que, precisamente, como la realidad es compleja, pueda haber situaciones en las que la modalidad que se prefiere no sea la adecuada para determinado grupo familiar. En ese supuesto, y siempre de manera fundada en el mejor interés de los hijos, se puede otorgar el cuidado personal unilateral o compartido, pero en la otra modalidad que no es la preferida: la alternada.

Para la toma de decisión, en particular cuando se trata de la unipersonal y en la que el cuidado estará en cabeza de uno solo de los progenitores, los jueces no pueden basarse en pautas discriminatorias como ser todas aquellas que se fundan en el sexo, orientación sexual, religión, preferencias políticas, ideológicas "o cualquier otra condición" (conf. art. 1° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre tantos instrumentos internacionales de derechos humanos, amén del art. 16 de la Const. Nac.).

Fácil se puede observar que esta enumeración es meramente enunciativa, por lo tanto, se pueden incluir otras variables que colocan en jaque la noción de igualdad, como ser el factor socioeconómico. En este sentido, no sería viable, fundado en el artículo en análisis, que un juez para decidir el cuidado personal a favor de un progenitor se funde en que éste posee un mayor caudal económico y, por ende, se considera que el hijo estaría mejor en el plano material. Esta observación se relaciona con lo normado en el artículo 666, en el que se separa el régimen de cuidado personal de la cuestión alimentaria, siendo viable el sistema compartido con la fijación de alimentos a favor de uno de los progenitores si no hay una similitud en el caudal económico entre ambos. Ello implica, en definitiva, que las connotaciones o limitaciones económicas que muestre un padre no repercutan ni sean obstáculo para que se pueda establecer un régimen de cuidado personal compartido.

Además, cabe destacar que la derogación de la preferencia materna en la tenencia de los hijos menores de 5 años que establecía el artículo 206 del código anterior, y que fue analizada anteriormente, encuentra también en este artículo 656 otro argumento más de peso para reafirmar la acertada decisión legislativa de quitar preferencias de este tenor, que no se fundan en el interés superior del niño, sino en estereotipos y roles tradicionales que se han desarrollado en el marco de las parejas heterosexuales.

Por último, y a la luz de la necesaria perspectiva sistémica, es dable afirmar que las pautas interpretativas que se brindan en este artículo deben verse complementadas con las ya expresadas en el artículo 653, referido a la atribución del cuidado personal unilateral. De este modo, tanto lo que se pone de manifiesto en este artículo 656, como una obligación legal de los jueces de no hacer (no apelar a pautas discriminatorias y que atentan al principio de igualdad), como las que prevé el artículo 653, que contiene obligaciones de hacer, configuran la plataforma jurídica básica que debe tener en cuenta todo órgano decisor para la fijación del régimen de cuidado personal de los hijos ante la carencia del plan de parentalidad o, también, ante la falta de homologación.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

IV) Significado de la reforma

El régimen legal que propone el nuevo Código es integral, sistémico y coherente. Estas virtudes pueden ser observadas de manera simple en la regulación referida a la fijación judicial del cuidado personal ante la falta de plan de parentalidad o la imposibilidad de su homologación por diversas razones.

Así, se reitera que para la fijación del cuidado personal se debe estar, en principio y como primer objetivo, por el cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta, como se asevera en otras disposiciones.

Cuando ello no sea posible, y siempre por razones fundadas –es decir, debiendo demostrar el juez que se trabajó para ello y los resultados negativos que arrojó tal despliegue–, se faculta al juez a fijar el cuidado personal en la otra modalidad compartida, la alternada o, incluso, la unipersonal, pero siempre brindando ciertas pautas mínimas de interpretación para que tal decisión no sea contraria a principios básicos constitucionales-internacionales y, en especial, que conculque el interés superior del niño, eje rector para la decisión de todo conflicto que involucra de manera directa a este grupo social.

Art. 657 ***Otorgamiento de la guarda a un pariente.*** **En supuestos de especial gravedad, el juez puede otorgar la guarda a un pariente por un plazo de un año, prorrogable por razones fundadas por otro período igual. Vencido el plazo, el juez debe resolver la situación del niño, niña o adolescente mediante otras figuras que se regulan en este Código.**

El guardador tiene el cuidado personal del niño, niña o adolescente y está facultado para tomar las decisiones relativas a las actividades de la vida cotidiana, sin perjuicio de que la responsabilidad parental quede en cabeza del o los progenitores, quienes conservan los derechos y responsabilidades emergentes de esta titularidad y ejercicio.

I) Resumen

Uno de los tantos vacíos legislativos que observaba el código anterior era la falta de regulación expresa de una institución muy utilizada en la práctica: la guarda. El nuevo Código permite, de manera expresa, que el juez otorgue la guarda de un niño a un tercero. Se trata de una decisión judicial de carácter provisorio o transitorio, en resguardo del derecho de todo niño a vivir en familia: en su propio núcleo familiar o, en su defecto, en otra familia a través de la figura de la adopción. A diferencia de la delegación de la responsabilidad parental, el otorgamiento de la guarda es de carácter judicial, es decir, por decisión de un juez después de haber evaluado de manera integral la conflictiva familiar planteada. La normativa, supliendo así el silencio legislativo existente explicita cuáles son los derechos y deberes que se derivan de la guarda y también qué sucede con los derechos y deberes del o los progenitores.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 640 y 643); adopción (arts. 607 y 611). Ley 26.061, protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes (arts. 39 a 41).

III) Interpretación de la norma

La conveniencia de la inclusión expresa de la guarda en nuestro ordenamiento legal se verifica por la necesidad de otorgarle un marco jurídico estable y con reglas precisas a decisiones judiciales que bajo diferentes denominaciones y ropaje jurídico (guarda simple, guarda asistencial, guarda proteccional, medida cautelar o autosatisfactiva de guarda, etc.) determinan la inserción de un niño en un grupo familiar diferente del de sus padres, sin saberse qué derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades genera esa separación, supuestamente, transitoria.

De esta manera, se pretende dar una respuesta legislativa desde el ámbito civil que sea clara al delimitar concretamente los derechos y obligaciones emanados de la relación afectiva y jurídica entre el niño y su guardador que hasta ahora ha sido informal (guarda de hecho) o con una legalidad tibia derivada de la costumbre judicial, pero no de la precisa letra de la ley.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

¿Cuál es el fundamento de regular expresamente la guarda? Satisfacer el interés del niño y procurar otorgar mayor eficacia a la labor que desempeñan las personas asignadas a su cuidado. Ello a la luz del mandato del artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño ya mencionado, que vale recordar: "Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención".

De conformidad con el diseño político-jurídico que se adopta, y en atención a las consecuencias de fondo que involucra la figura en análisis, la guarda es de incumbencia de la legislación civil, amén de verse compatibilizada con la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, y legislaciones de este tenor en el ámbito local.

En ese sentido, tanto las llamadas "medidas excepcionales" que regula la ley 26.061 –o sea, aquellas que implican la separación de un niño de su familia– como medidas similares según lo establezcan las diferentes leyes locales de protección integral (como ser, la entonces figura del "abrigo" o guarda institucional que se regulaba en alguna oportunidad en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires) serían sólo algunas de las "medidas" o procesos que involucran situación jurídica de fondo como lo es la "guarda". De este modo, se diferencian las "medidas" –que serían de competencia local– de las instituciones como la guarda, que hace al derecho de fondo y, por ende, de competencia federal y reservada al Congreso de la Nación en un Código de fondo (art. 75, inc. 12, Const. Nac.).

La guarda como figura autónoma y con disposiciones propias en la legislación civil constituía una deuda pendiente. Se trata de una institución que nace tras una decisión fundada y excepcional de apartar al niño temporalmente de su familia nuclear cuando se verifica que su permanencia en este medio familiar resulta contraria a su interés superior, es decir, cuando la convivencia con los progenitores coloca al niño en una situación de efectiva vulneración (o amenaza de conculcación) de sus derechos fundamentales. En el artículo en análisis se establece el contenido o consecuencias jurídicas de las mencionadas "medidas excepcionales" previstas por los artículos 39 y siguientes de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, por las cuales el niño permanecerá transitoriamente en medios familiares considerados alternativos o –subsidiariamente– en una forma convivencial ajena al grupo familiar. Es decir, dictada la separación a través de un acto emanado del órgano administrativo competente que dispone una medida excepcional que implica la separación del niño de su núcleo familiar, la figura mediante la cual este niño se encuentra o permanece con una tercera persona lo sería a través de la figura de la guarda. Tanto el control de legalidad acerca de la medida excepcional como la disposición o decreto de guarda son de carácter judicial.

Así, la previsión expresa de la figura de la guarda judicial aporta claridad a este tipo de situaciones, en especial, cuando se prolongan más allá de los 90 días previstos por el decreto reglamentario de la mentada ley, 415/2006, brindando seguridad jurídica tanto al niño como a quienes se considera responsables de su cuidado. Ello, en tanto implica para estos últimos la adquisición de un estatus jurídico frente a terceros que les permitirá ejercer con mayor eficacia las funciones inherentes al cuidado del niño, garantizándole a su vez a éste el ejercicio de sus derechos fundamentales, tales como el derecho a la salud (por la posibilidad de gozar de la cobertura médica del guardador), el derecho a la educación, a la alimentación, etcétera.

Como la medida de alejamiento de un niño de su ámbito familiar y/o comunitario genera determinados efectos jurídicos, la guarda debe ser discernida judicialmente, so pena de vulnerar las normas del debido proceso reconocidas en el artículo 18 de nuestra Carta Magna, entre las cuales se ubica la garantía del control judicial y de que nadie puede ser privado de la libertad. Es que la ubicación de un niño en un ámbito familiar sustituto constituye una cierta restricción o al menos control de la libertad, siendo que la persona no puede sustraerse de aquélla por su propia decisión. En tales supuestos, su libertad se encuentra involucrada y, por lo tanto, la orden respectiva debe estar controlada por la autoridad judicial competente.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

IV) Significado de la reforma

La regulación de la guarda, institución discernida u otorgada por decisión judicial, es una de las tantas incorporaciones que trae el Código que en la práctica tienen una gran presencia a pesar de su silencio legislativo.

Una vez, y por aplicación del principio de realidad, el Código recepta una figura tendiente a visualizar desde el plano jurídico, y así ordenar, lo que acontece cuando un niño es cuidado de manera provisoria por un tercero.

¿Quién decide la guarda de un niño en un tercero, el órgano administrativo de protección o el juez? ¿Qué derechos y deberes emergen de la guarda? ¿Qué sucede con la titularidad y, en especial, con el ejercicio de la responsabilidad parental en cabeza de los padres? ¿Cómo y con qué rigor debe ser controlada? Estos interrogantes y otros tantos son respondidos de manera precisa en la reforma que entre tantas innovaciones incorpora una figura ya consolidada en la práctica judicial: la guarda.

CAPÍTULO 5

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES. OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Art. 658 ***Regla general.*** **Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos.**

La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo.

I) Resumen

Otro de los derechos y deberes que se derivan de la responsabilidad parental es el alimentario. Como bien se expresa en el artículo con el

cual se abre un capítulo especial dedicado a una temática que observa aristas propias: la obligación alimentaria recae en ambos progenitores según la capacidad económica de cada uno de ellos. Esta obligación se extiende –siguiéndose los lineamientos que dispuso la ley 26.579– hasta los 21 años, salvo que el hijo contara con recursos suficientes para poder autosustentarse.

II) Concordancias

Alimentos entre parientes (arts. 537 a 554); responsabilidad parental (arts. 638, 639, 653, 659, 660, 662, 666 y 670); procesos de familia (arts. 704 y 716); responsabilidad civil (art. 1745); Derecho Internacional Privado (arts. 2629 y 2630). Ley 25.593. Ley 26.579, mayoría de edad. Ley 26.061, protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes.

III) Interpretación de la norma

Una de las principales obligaciones que tienen los padres hacia los hijos es la de alimentarlos. Esta obligación es conforme a las necesidades de los hijos –las cuales se presume que son mayores a medida que crecen en su desarrollo madurativo– y las posibilidades materiales de los adultos, tal como se lo aclara en la última parte del artículo siguiente.

El Código mantiene la modificación sustancial introducida por la ley 26.579, que al bajar la edad en la cual se adquiere la mayoría de edad de 21 a 18 años mantuvo la obligación alimentaria en 21 años[64]. Ello es así porque esta extensión alimentaria a los hijos que ya llegaron a la mayoría de edad está en total consonancia con algunos de los principios que recepta y sostiene el Código: el principio de realidad vinculado a la noción de vulnerabilidad que observan los jóvenes en

[64] Para ahondar sobre las principales reformas que trajo aparejadas la ley 26.579, en especial, en el campo de la obligación alimentaria a favor de los hijos, recomendamos compulsar el N° 47 de *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, noviembre-diciembre de 2010, dedicado a analizar los aportes y modificaciones que introdujo esta normativa.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

lo relativo a su inserción laboral y la posibilidad efectiva de autosustentarse, y el de solidaridad familiar. Precisamente, esta interacción entre vulnerabilidad, necesidad y solidaridad es la que se sigue cuando se trata de los alimentos posdivorcio (arts. 432 y 433).

Como es sabido, la obligación alimentaria no se circunscribe a lo estrictamente alimentario o con un concepto restringido como en el supuesto de la obligación alimentaria entre parientes. Por el contrario, tratándose de personas menores de edad, es decir, personas en pleno desarrollo madurativo y a quienes les cabe una "protección especial", o sea, todos los derechos humanos que titularizan las personas adultas más un plus de derechos por su situación de vulnerabilidad, la noción de alimentos se ve extendida a otros rubros más que los gastos en víveres o alimentos en sentido estricto.

En este sentido, Grosman expresa que "El concepto de necesidad tiene, entonces, un aspecto objetivo gestado en el proceso histórico y un contenido subjetivo derivado de las particularidades características del niño. Sus necesidades de alimentación, vivienda, educación, salud y esparcimiento responden a cada momento de la historia humana, lo cual se traduce en el contenido de derechos de la infancia (derecho a la vida, derecho a la integridad psicofísica, derecho a la salud, derecho a la educación, derecho al desarrollo), reconocidos en los diversos tratados de derechos humanos, especialmente en la Convención sobre los Derechos del Niño"[65].

En esta línea centrada en la perspectiva internacional, el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone en su parte pertinente: "1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social [...] 4. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un Estado diferente de aquel en

[65] GROSMAN, Cecilia P., *Introducción*, en GROSMAN, Cecilia P. (dir.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 22.

que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la concertación de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados".

Por aplicación del principio de igualdad en sentido amplio –hombre y mujer como se trate de progenitores de igual o diverso sexo– la obligación alimentaria recae en ambos, con independencia de que el cuidado personal del hijo esté en cabeza de uno de ellos, es decir que se trate de un supuesto de cuidado personal unilateral (art. 653). Sucede que quien tiene el cuidado personal del hijo se presume que ya con esta actitud está cumpliendo su obligación en especie.

En los mismo términos que expresaba el código derogado en su artículo 265, según el texto reformado por la ley 26.579, la obligación alimentaria a cargo de ambos progenitores lo es hasta los 21 años, salvo éstos acrediten que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. La carga de la prueba está en cabeza de los padres. ¿A qué se debe esta posibilidad de que los padres se puedan eximir de la obligación legal de alimentar a sus hijos mayores de edad pero menores de 21 años? Precisamente, que se trata de personas mayores de edad, que adquirieron la plena capacidad civil.

Esto quiere decir, como se afirmó en un precedente, que el principio es que se "mantiene a cargo del alimentante la obligación alimentaria, la cual cesa de pleno derecho recién a los 21 años y no con la mayoría de edad"[66], siendo la liberación de los progenitores una excepción cuando prueben debidamente que el hijo tiene capacidad material o cuenta con recursos económicos suficientes para afrontar los gastos de su vida cotidiana de manera autónoma. Como se dijo claramente en otro fallo: "El artículo 265 del Código Civil reformado por la ley 26.579 mantiene a cargo del alimentante la obligación alimentaria, que cesa de pleno derecho a los 21 años, y no con la mayoría de edad, de modo que el menor de 21 años no debe acreditar que carece de medios o que no puede proveérselos con su trabajo, sino que la prueba para que cesen es a la inversa y debe aportarla el padre"[67].

[66] CNCiv., sala I, 15-7-2010, "C., G. F. c/K., S. A.", L. L. 2010-E-266, AR/JUR/41338/2010.

[67] CNCiv., sala B, 11-3-2011, R. 570.309, "P., M. B. c/P., L. A. s/Medidas pre-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Por último, cabe destacar que el Código despeja toda duda acerca de hasta cuándo subsiste la obligación alimentaria, afirmando de manera expresa que se mantiene aun en los supuestos de privación de la responsabilidad parental y suspensión del ejercicio de dicha responsabilidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 704.

IV) Significado de la reforma

El Código actualiza y así mejora la regulación de la obligación alimentaria que más se observa en la práctica judicial: la derivada de la relación entre padres e hijos, es decir, de la responsabilidad parental.

Dedica un capítulo especial a los *Deberes y derechos de los progenitores*, el que se inicia con el artículo en análisis. Éste comienza por el principio: sentar que la obligación alimentaria es un deber en cabeza de ambos progenitores, con independencia de que el hijo esté bajo el cuidado personal de uno de ellos.

Se mantiene una de las reformas sustanciales que introdujo la ley 26.579 en esta materia: mantener la obligación alimentaria hasta los 21 años, a pesar de que los hijos adquieran la plena capacidad civil a los 18 años. También se conserva la previsión de excepción, por la cual los progenitores se pueden eximir de la obligación alimentaria cuando el hijo mayor de 18 años, pero que aún no cumplió los 21, cuente con medios económicos propios y suficientes para autosustentarse. Como toda situación de excepción, la carga de la prueba está en cabeza de los progenitores, por lo tanto, en principio, el cese de la obligación alimentaria acontece recién a los 21 años, salvo que se presente el supuesto previsto en el artículo 663.

Art. 659 *Contenido.* **La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado.**

cautorias" (sum. 20.862 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil), citado por Mariana Fortuna, síntesis jurisprudencial sobre alimentos, en LLOVERAS, Nora; GROSMAN, Cecilia P. y HERRERA, Marisa, *Summa de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2012, t. III, p. 3130.

I) Resumen

El Código define en qué consiste o qué rubros debe cubrir la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental. Se trata de una obligación alimentaria –a diferencia del parentesco– de carácter amplio, a fin de satisfacer varios derechos humanos que titularizan niños y adolescentes. Además del contenido de la obligación alimentaria, el Código destaca que tal deber puede ser cumplido en dinero o en especie, siempre teniéndose en cuenta la capacidad económica de los alimentantes como las necesidades del alimentado.

II) Concordancias

Parentesco (art. 541); responsabilidad parental (arts. 638, 639, 658, 662, 663, 670 y 676).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El contenido de la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental*

El Código sigue los lineamientos que establecía el código derogado en el artículo 267, según el texto que introdujo la ley 23.264: "La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos en manutención, educación y esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia y gastos por enfermedad". Mejora sustancialmente la redacción, ya que la amplía teniéndose en cuenta la compleja realidad que observan, principalmente, los jóvenes, siendo "los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio" otro rubro más a ser tenido en cuenta a fin de establecer el contenido de la obligación alimentaria. Además, esta expresa previsión está en total consonancia con la extensión alimentaria hasta los 21 años de pleno derecho

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

(art. 662) y, a la vez, su extensión hasta los 25 años si, precisamente, el hijo continúa capacitándose para una profesión u oficio (art. 663).

Este contenido está establecido de conformidad con las necesidades de los hijos, como lo expone la Convención sobre los Derechos del Niño en varios artículos, comenzando por el Preámbulo, en el cual se exhorta a los Estados parte a reconocer que "el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión". ¿Cómo se logra este contexto hábil para tan loable finalidad? Entre otras obligaciones, con la satisfacción de la obligación alimentaria en sentido amplio por parte, en primer lugar, de sus principales cuidadores y referentes afectivos: los progenitores.

A diferencia de lo que acontece con la obligación derivada del parentesco, todos estos rubros no deben ser probados por el hijo –o quien lo represente–, sino que se presume que todo niño y adolescente tiene, como mínimo, estas necesidades que hacen a su óptimo desarrollo madurativo. Como se afirma: "La exime de la prueba en este sentido obedece a una presunción lógica: dada la edad del beneficiario de estos alimentos, es poco probable que pueda satisfacer sus necesidades por sus propios medios, por lo cual será procedente su reclamo en caso de que no le sean proporcionados en forma voluntaria por quien tiene la obligación legal, siempre que tal reclamo tenga por finalidad cubrir necesidades habituales y no gastos superfluos"[68]. En otras palabras, y como bien lo señala Bossert: "La prestación alimentaria es uno de los deberes que se impone a los padres como contenido de la patria potestad; no está sujeta entonces, como en el caso de los restantes parientes, incluido el hijo mayor de edad o emancipado, a la prueba de la necesidad por el reclamante. Basta el pedido para la procedencia del reclamo, sin perjuicio de que la cuota se establecerá en relación a las posibilidades del demandado y la necesaria contribución del otro progenitor"[69].

El Código mantiene la misma redacción del código derogado, por

[68] BELLUSCIO, Claudio, *Prestación alimentaria*, Universidad, Buenos Aires, 2006, p. 306.

[69] BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, 2ª reimp., Buenos Aires, 1998, p. 199.

lo cual, toda las interpretaciones que se han esgrimido en torno a la educación –privada y pública–, cursos de idioma, vacaciones, colonia de vacaciones, viajes de egresados, etcétera, son aplicables también para profundizar la disposición en análisis[70].

III.2) *Las modalidades del pago o cumplimiento de la obligación alimentaria*

El Código, a diferencia de su par anterior, introduce dos consideraciones generales en esta disposición referidas al contenido de la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental.

La primera explicita un principio ya consolidado en la doctrina y jurisprudencia nacional: que la obligación alimentaria se materializa teniéndose en cuenta dos elementos sustanciales, las necesidades del alimentado –el hijo– y la capacidad económica del alimentante –los padres–, es decir, lo es en concreto y en contexto.

Como síntesis de ello, en un precedente se ha afirmado: "Tratándose del deber alimentario derivado de la patria potestad, se ha sostenido de manera unánime que para la determinación de la cuota alimentaria han de tenerse en cuenta los ingresos de los padres y las necesidades del menor respecto a los rubros establecidos de la ley (arts. 265 y 267 del Cód. Civ.) pues debe existir un equilibrio entre las necesidades que tiende a cubrir la cuota y la aptitud del obligado para llenar esa finalidad [...] Sin embargo [...] no debe perderse de vista que conforme lo dispuesto por los artículos 265, 267 y 271 del Código Civil sobre los padres pesa el deber alimentario de sus hijos, mucho más estricto en la ley que el existente entre los parientes y ello se traduce no sólo en la obligación de proveer lo atinente a su asistencia integral, sino también en realizar todos los esfuerzos que resulten necesarios a fin de cumplir acabadamente con dicho deber emergente de la patria potestad [...] Tales directrices imponen bregar por la satisfacción de las necesidades elementales de los niños involucrados, garantizándoles así la protección de su interés superior constitucionalmente consagrado [...] Más allá de

[70] BOSSERT, ob. cit., ps. 202 y ss.; BELLUSCIO, *Prestación alimentaria* cit., ps. 183 y ss.; CAMPOS, Roberto D., *Alimentos entre cónyuges y para los hijos menores*, Hammurabi, Buenos Aires, 2009, ps. 142 y ss.; entre tantos otros.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

la situación económica del alimentante quien deberá arbitrar las medidas necesarias para efectivizar el cumplimiento alimentario, sin que pueda excusarse de cumplir invocando falta de trabajo o de ingresos suficientes [...] En este lineamiento, queda claro entonces que lo dirimente no es tanto que el alimentante cuente con medios económicos, sino más bien con aptitud para obtenerlos y así cumplir con su deber..."[71]

De ahí que si alguna o ambas connotaciones llegaran a verse modificadas, ya sea por circunstancias ordinarias, como ser la mayor edad de los hijos que trae consigo una extensión en sus necesidades, o por circunstancias extraordinarias, como ser el empeoramiento o mejoramiento de la fortuna del progenitor, la materialización de la obligación alimentaria sufriría ciertos cambios. Esto se puede traducir en nuevos convenios de alimentos que dejan sin efecto otros anteriores o en el planteo judicial de incidentes de aumento o disminución de la cuota alimentaria, según el caso. Es decir, así como las cuestiones relativas al cuidado personal de los hijos son, de por sí, cambiables y no hacen cosa juzgada material, también le cabe el mismo principio al deber alimentario.

La segunda, y más novedosa, es la alusión expresa a que el cumplimiento de la obligación alimentaria puede ser en dinero como también en especie. ¿Cuál es la razón de esta amplitud o mayor flexibilidad en la modalidad de cumplimiento? Revalorizar el vínculo entre padres e hijos. Desde una visión sistémica de las conflictivas familiares, es sabido que disminuyen los incumplimientos alimentarios cuando el lazo de afecto entre alimentado y alimentante es fuerte y se mantiene. Es decir, y desde su opuesto, si por alguna razón un progenitor se va alejando afectivamente de su hijo, es probable que aumente el incumplimiento de la obligación alimentaria, en forma total o parcial, o lo haga de manera deficitaria. Ésta es una de las tantas conclusiones arribadas en una investigación exploratoria sobre procesos de alimentos, en los cuales se advirtió que del total de expedientes compulsados un alto porcentaje (63%) de "las situaciones signadas por incumplimientos en la obligación alimentaria de los padres se hallan asociadas

[71] C2ªCCMPaz y Trib. de Mendoza, 7-12-2010, "T., C. L. por el menor T., F. c/C. G., E. A.", L. L. Gran Cuyo 2011 (abril), p. 269.

a la ausencia de comunicación con el hijo, ya sea en forma total o parcial". Por ello se afirma: "consideramos que el tipo de relación o vínculo afectivo entre el padre no conviviente y los hijos afecta de manera directa el mayor o menor cumplimiento de la obligación alimentaria. Esta obligación es de suma relevancia porque implica un cambio en la intervención, la cual deberá ser de carácter más integral al abordar otras cuestiones además de las estrictamente alimentarias"[72].

Precisamente, esta realidad es la que tiene en cuenta el nuevo Código al reconocer que, amén del pago en dinero, también es posible que los progenitores acuerden que ciertos rubros sean pagados en especie, incluso, el mediador que intervenga en la etapa prejudicial o el juez en el proceso puede acercar a los progenitores teniendo en cuenta –según la conflictiva planteada y la situación económica de los involucrados– que parte de la cuota alimentaria sea solventada por el alimentante mediante la cancelación en especie.

Así, la doctrina ha explicitado situaciones concretas de la vida cotidiana para defender esta ampliación o reconocimiento de lo que acontece en la realidad: el cumplimiento en especie y, en varias oportunidades, la revalorización del vínculo afectivo que trae aparejado. Así, se ha expresado: "se puede ver en los casos en que el alimentante cobra su sueldo de manera fraccionada o trabaja en 'changas', por lo cual carece de un ingreso seguro y constante debido, la mayoría de las veces, a motivos que le son muy ajenos. En estos supuestos, en lugar de pasar una cuota fija los primeros días del mes –de cumplimiento imposible para el alimentante– adquiere productos que luego entregará al progenitor conviviente y/o se ocupa personalmente de hacer determinadas comidas diarias y/o semanales y/o se encarga de la obtención de ciertos bienes (útiles escolares, leche en polvo, ropa, etc.)"[73].

[72] GROSMAN, Cecilia P.; BONAPARTE, Carolina; BURGUÉS, Marisol y HERRERA, Marisa, *Alimentos a los hijos en los hogares monoparentales encabezados por la madre. Efectividad y eficacia de las normas sobre alimentos. Una investigación exploratoria*, en GROSMAN, Cecilia P. (dir.) y HERRERA, Marisa (comp.), *Familia monoparental*, Universidad, Buenos Aires, 2008, p. 552.

[73] BIGLIARDI, Karina A.; HERRERA, Marisa y REVSIN, Moira, *Las transformaciones de la prestación alimentaria*, en GROSMAN (dir.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos* cit., p. 219.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

La flexibilidad que observa la reforma en este punto –como en tantos otros– permite reafirmar que el principio de realidad social ha estado muy presente en su redacción, saliéndose así de una mirada restringida de la obligación alimentaria, como si esta cuestión sólo afectara a familias de nivel socioeconómico medio o acomodadas.

Cabe recordar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, todos los hijos, cualquiera sea la condición socioeconómica en la que se encuentren, tienen el derecho humano "a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social".

IV) Significado de la reforma

El Código amplía la regulación en torno al contenido de la obligación alimentaria. No sólo extiende los rubros que lo integran para, a la vez, ser coherente con la extensión alimentaria que se recepta a los hijos que estudian y se capacitan en un oficio, sino que también explicita otras dos cuestiones que ya han sido debatidas y analizadas en la doctrina y jurisprudencia nacional, una con mayor desarrollo que la otra. Ambas cuestiones se refieren de manera más precisa a la cuantificación de la obligación –cuota– alimentaria.

Sucede que contenido y cuantificación van de la mano a fin de materializar o plasmar al plano real lo que el legislador considera que la obligación alimentaria debe cubrir cuando se trata de necesidades que tienen los hijos en el marco de la responsabilidad parental.

Un principio ya consolidado y que el Código viene a explicitar es el referido a que toda cuantificación de la cuota alimentaria debe ser producto de una determinada ecuación: necesidades de los hijos-capacidad económica de los progenitores, o sea, el equilibrio entre ambas connotaciones.

La segunda, de menor desarrollo en la doctrina y jurisprudencia nacional, se refiere al pago en especie como otra modalidad además de la tradicional, el pago en dinero. ¿La razón de ello? Varios argumentos. El pago en especie puede ser una herramienta de gran relevancia para acercar o fortalecer el vínculo entre alimentado y alimentante. La obligación alimentaria no es sólo un deber que recae en

progenitores que tienen ingresos materiales medios o altos, sino una obligación de todos los padres, aun de aquellos que no cuentan con ingresos monetarios estables, periódicos y de manera regular. Si se pretende alcanzar una legislación que proteja, fundamentalmente, a los más vulnerables, esta realidad social también debe ser advertida por el nuevo texto legal. Por otra parte, se trata de ampliar modalidades, lo cual se condice con la complejidad de las formas familiares y, en especial, de la vida de las personas que integran esas familias.

Art. 660 ***Tareas de cuidado personal.*** **Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención.**

I) Resumen

El principio de igualdad entre hombre y mujer que receptan varios instrumentos internacionales de derechos humanos, en especial, la CEDAW, que en su artículo 16 se ocupa de la aplicación de este principio en todas las cuestiones relacionadas con los hijos, ha consolidado la idea de que la dedicación al cuidado de los hijos tiene un valor económico y que ello debe ser tenido en cuenta al resolver los conflictos referidos a este tema, siendo uno de ellos la obligación alimentaria. El Código reconoce de manera precisa que quien se queda a cargo del cuidado personal del hijo contribuye en especie al cumplimiento de la obligación alimentaria a su cargo. Esta consideración se deriva de la obligada perspectiva de género, por la cual se defiende la idea de que el trabajo en el hogar tiene valor económico y que ello debe estar expresamente contemplado.

II) Concordancias

Principio de igualdad (art. 402); concepto de responsabilidad parental (art. 638); principios de la responsabilidad parental (art. 639); alimentos (arts. 658, 659 y 666). Ley 26.485.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma

La perspectiva de género está muy presente en el Código. Siendo la CEDAW uno de los instrumentos de derechos humanos con jerarquía constitucional (conf. art. 75, inc. 22, Const. Nac.), ella no puede estar ausente.

En este sentido, varias normativas que son una novedad en la nueva legislación civil de fondo están inspiradas o han sido promovidas por el innegable desarrollo que ha significado la mirada de género en varias de las problemáticas sociales y jurídicas que involucran a las familias. Una de ellas es la persistente desigualdad real entre hombres y mujeres. En este sentido, se ha expresado con acierto que "El diferente nivel de participación de hombres y mujeres en el mercado de empleo remunerado, como también, las diversas trayectorias laborales que desarrollan y, por consiguiente, el mejor o peor posicionamiento en términos de bienestar, se explican en buena parte por las características que históricamente ha asumido la división sexual de las responsabilidades de producción y reproducción social"[74].

Si bien es cierto que la rígida dupla de hombre-proveedor/mujer-cuidadora se ha visto complejizada por el ingreso de la mujer al mercado laboral, aún quedan muchos y fuertes vestigios de aquel poder económico del hombre por el cual se lo catalogó de "jefe de hogar". Como lo expresa Jelin: "Existe una división del trabajo y una distribución de responsabilidades domésticas y de cuidado muy diferenciadas. Normalmente, las mujeres (madres-amas de casa) son quienes tienen a su cargo la responsabilidad por la organización doméstica (aun cuando cuenten con ayuda doméstica remunerada) y son quienes llevan adelante gran parte de las tareas del hogar y de cuidado, tanto para ellas como para los demás"[75].

¿Qué acontece en la realidad? Como reconoce Jelin: "La falta de correspondencia entre la convivencia y el sistema de responsabilidades introduce una dificultad en los sistemas de captación de datos sobre

[74] PAUTASSI, Laura, *Familias en transformación. Respuestas de las políticas públicas*, en GROSMAN (dir.) y HERRERA (comp.), *Familia monoparental* cit., p. 425.

[75] JELIN, Elizabeth, *Pan y afectos. Las transformaciones de las familias*, 2ª ed., Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2010, p. 86.

la familia y el hogar: ni los censos ni las encuestas de hogares captan estas responsabilidades y tareas. Sólo la investigación especializada podrá especificar la magnitud de estas responsabilidades familiares. Como ocurrió en otros temas de la domesticidad, la invisibilidad social oculta un fenómeno social significativo, cuya magnitud seguramente varía según la clase social y el momento del curso de vida"[76]. Por eso es interesante traer a colación una investigación de campo sobre el tema del cuidado en el hogar –entre otras variables analizadas– en seis países de América Latina. Allí se afirma: "Existe abundante evidencia de que la incorporación de la mujer al mercado laboral no implica un aumento en el reparto entre varones y mujeres de la responsabilidad principal en la realización de las tareas reproductivas. Por el contrario, el reparto de esas responsabilidades se mantiene en una línea tradicional: las mujeres asumen este rol en mucho mayor medida que los varones y, en consecuencia, le destinan más tiempo". En esta investigación exploratoria se agrega: "En Argentina, por ejemplo, se constata que una de las consecuencias de que las mujeres sean las principales encargadas del cuidado y del trabajo doméstico no remunerado reside en que la presencia de niños y niñas en el hogar aparece como un condicionante para la participación económica femenina: las mujeres que no tienen hijos a cargo no han disminuido significativamente su participación económica en el período de tiempo comprendido entre los años 2003-2006. No obstante, se observa un comportamiento diferencial por parte de las mujeres que tienen hijas e hijos pequeños, que han visto disminuida su tasa de actividad económica. Esta tendencia se agudiza a medida que aumenta el número de hijos. En una Encuesta efectuada por ELA en el año 2007 con el fin de analizar cómo se resuelve el problema del cuidado se preguntó a las entrevistadas que trabajan y tienen hijos menores de 14 años con quién se quedan estos últimos. La estrategia de cuidado más utilizada son las instituciones educativas (guarderías, jardines maternales y escuelas) cerca del hogar (54%). En cuanto al carácter público o privado de estas instituciones, predominan levemente las privadas, que tienen una participación algo mayor que las públicas en el Gran Buenos

[76] JELIN, ob. cit., p. 87.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Aires. En cambio, en las ciudades del interior (Rosario y Córdoba) prevalecen las de carácter público. La segunda estrategia más empleada para cuidar a los niños son las redes de parentesco: los menores quedan en el propio hogar bajo el cuidado de otro/a miembro del hogar (31%) antes que al cuidado del servicio doméstico remunerado (6%) o de otras formas. En la ciudad de Rosario, por ejemplo, la tasa de frecuencia de la estrategia de cuidado bajo otro miembro del hogar es superior inclusive a la escuela/jardín/guardería (el 37% contra el 25%). También se desprende de la encuesta un dato alarmante: la proporción de menores de 14 años que se quedan solos mientras sus progenitores trabajan (4%). Existe una proporción similar de chicos que acompañan a sus madres mientras éstas trabajan. En este sentido, el apoyo que tienen las guarderías y jardines maternales de las empresas donde trabajan las mujeres entrevistadas es prácticamente inexistente: sólo el 1% de las entrevistadas afirmó que deja a sus hijos en una guardería o jardín maternal de este tipo"[77].

Si bien el Código nada dice acerca de que el cuidado personal al que se le reconoce un expreso valor económico es a cargo de la mujer, en la práctica, tal reconocimiento beneficia, principalmente, a las mujeres. Por otro lado, cabe recordar que tras la sanción de la ley 26.618, se produjo otro reconocimiento jurídico de importancia: la familia homoparental, por lo tanto, es posible que no haya una mujer a cargo del cuidado personal con relación a un hombre proveedor, sino a otra mujer quien es el sostén económico del hogar. Por lo tanto, el Código asume que el cuidado personal de un progenitor (con independencia de su orientación sexual) tiene un valor económico y, por ello, debe ser computado a los fines del cumplimiento de obligación alimentaria a cargo de ambos progenitores: uno lo cumplirá en especie a través del cuidado, y el otro, en dinero o en dinero y en especie.

IV) Significado de la reforma

Una de las tantas incorporaciones a la legislación civil de fondo

[77] GHERARDI, Natalia y ZIBECCHI, Carla, *El derecho al trabajo y la ocupación de las mujeres: una visión regional para América Latina*, en http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?aplicacion=app187&cnl=20&opc=15.

instadas por y desde la perspectiva de género gira en torno a la necesaria visibilidad del valor económico del rol de cuidado que llevan adelante las mujeres en el hogar. Es decir, del reconocimiento expreso de un verdadero trabajo por parte de las mujeres dentro del hogar.

Si bien el Código mantiene la obligación alimentaria en cabeza de ambos progenitores, admite a la vez que todas las actividades de cuidado que realiza un progenitor dentro del hogar (por lo general, las mujeres) tienen un determinado valor económico. De este modo, estos progenitores cumplen su obligación alimentaria en especie. Ésta es una de las razones por las cuales el artículo 659 amplía las modalidades de cumplimiento de la obligación alimentaria, no siendo sólo en dinero, sino también en especie. Precisamente, el cuidado personal y su expreso valor económico es uno de los supuestos que prevé el Código de pago de la obligación alimentaria en especie, en este caso, inspirado en la obligada perspectiva de género y el principio de igualdad real entre hombre y mujer que pregona la CEDAW.

Art. 661 *Legitimación.* **El progenitor que falte a la prestación de alimentos puede ser demandado por:**

a) el otro progenitor en representación del hijo;

b) el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada;

c) subsidiariamente, cualquiera de los parientes o el Ministerio Público.

I) Resumen

El incumplimiento de la obligación alimentaria es uno de los problemas que se observa en la práctica judicial. El Código regula quiénes son las personas legitimadas para demandar el cumplimiento de dicha obligación cuando se trata de hijos menores de edad, es decir, que no alcanzaron la edad de 18 años y no se encuentran dentro de la situación especial que prevé el artículo 662: el hijo mayor de edad, pero menor de 21 años que convive con uno de los progenitores. La reforma introduce una novedad en total consonancia con el principio del interés superior del niño y, en particular, el de su autonomía progresiva, fa-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

cultando a los hijos que cuentan con edad y grado de madurez suficiente a peticionar debidamente asistido por un letrado que lo patrocine, si así lo quisiera.

II) Concordancias

Abuso del derecho (art. 9°); ejercicio de derechos (art. 26); intervención del Ministerio Público (art. 103); responsabilidad parental (arts. 638, 639, 677, 679 y 680); procesos de familia (arts. 706 y 716). Ley 26.061 (art. 27).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Primer legitimado: el progenitor conviviente*

El principio general se mantiene: los hijos deben intervenir a través de sus representantes legales, salvo para los actos que estén expresamente previstos en el Código. La importante novedad que plantea la reforma es la cantidad o amplitud de excepciones que contempla, justamente, por aplicación del principio constitucional-internacional de la autonomía progresiva de niños y adolescentes.

Por otra parte, no se debe perder de vista otro principio general del Derecho Civil, como lo es el de la buena fe (art. 9°). Así, cabe presumir que los progenitores son hábiles y están en condiciones de defender –y bien– los derechos de sus hijos.

Como consecuencia del entrecruzamiento de ambos principios, el Código enumera como primer legitimado para peticionar el cumplimiento de la obligación alimentaria a uno de los progenitores, quien suele ser el progenitor que convive con el niño y que ya al vivir con éste se entiende que su parte de la obligación alimentaria está siendo satisfecha. Asimismo, esto es lo que expresa el artículo 677, con el cual se inaugura el Capítulo 8 dedicado, entre otras cuestiones, a la representación de los hijos menores de edad y sujetos a responsabilidad parental.

¿Acaso no sería contrario al interés superior del niño y al principio de que los padres son los cuidadores primarios y preferentes de los niños si en todo reclamo sobre un derecho que les atañe directamente a los hijos se estableciera la intervención obligada y excluyente de un tercero?

III.2) *Segundo legitimado: el hijo con edad y grado de madurez suficiente*

Ésta es la modificación más relevante que recepta el Código en lo que a legitimación en el reclamo de la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental se trata. Sucede que en tantísimas disposiciones se observa la clara recepción del principio de autonomía progresiva, a tal punto que en el artículo 639, en el cual se explicitan los principios sobre los cuales se edifica todo el régimen jurídico en materia de derechos y deberes que se derivan de la responsabilidad parental, se alude de manera concreta a este principio constitucional-internacional. Principio que, además, ocupa un lugar relevante en los Fundamentos del Proyecto que ha dado lugar a la sanción de la presente reforma integral de la legislación civil de fondo.

¿Es posible no fijar una edad determinada? La respuesta positiva se impone. Precisamente, por el principio de autonomía progresiva, el Código habilita a que los niños con edad y grado de madurez suficiente puedan, con asistencia letrada, peticionar de manera directa el cumplimiento de la obligación alimentaria cuyo beneficiario es el propio hijo. Si el hijo, de manera autónoma, peticiona dicha obligación, ya este mero hecho haría presumir que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente para poder intervenir y defender sus derechos, en este caso, su derecho alimentario. No se debe temer a la falta de fijación de una determinada edad, ya que si lo que se intenta es la participación activa y directa del propio interesado, se le debe permitir el acceso a la justicia, ya que este tipo de solicitudes judiciales quedarán abiertas a los hijos que cuenten con un interés sincero para ello.

Tanto la legitimación del progenitor conviviente como la del hijo con edad y grado de madurez suficiente son los principales legitimados. En un segundo nivel de carácter supletorio se encuentran otros parientes y el Ministerio Público.

III.3) *Tercer legitimado: otros parientes y el Ministerio Público*

Como bien se expresa en la disposición en análisis, de manera subsidiaria, o sea, ante la falta o inacción del progenitor conviviente o si el hijo carece de edad y grado de madurez suficiente, el Código

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

faculta a otros parientes –porque ya el progenitor conviviente es jurídicamente un pariente en grado ascendente– o al Ministerio Público a incoar el reclamo alimentario contra el progenitor que no cumple con su obligación.

La razón de este rol secundario que se le asigna a otros parientes como al Ministerio Público reside en que, en principio, lo más loable es que sea el progenitor conviviente –cuando el hijo no cuenta con edad y grado de madurez suficiente o, directamente, desista de iniciarlo en forma personal y prefiera que lo haga aquél– quien está en mejores condiciones para peticionar los alimentos debidos al hijo.

Por otra parte, esta intervención supletoria por parte del Ministerio Público se condice con lo previsto en el artículo 103, que en su parte pertinente relativa a la actuación en el ámbito judicial del Ministerio Público dispone que es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y principal, o sea, puede directamente peticionar como lo prevé el artículo en análisis, cuando los derechos de los representados están comprometidos y existe inacción de los representantes; cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes y cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación. Es claro que la habilitación subsidiaria del Ministerio Público para reclamar el cumplimiento de la obligación alimentaria por parte del progenitor no conviviente se relaciona con los dos supuestos expresamente previstos en el citado artículo 103: inacción de los representantes o para exigir el cumplimiento de deberes derivados de la responsabilidad parental.

IV) Significado de la reforma

El Código enumera quiénes son las personas legitimadas para demandar el cumplimiento de la obligación alimentaria contra el progenitor no conviviente, receptando dos niveles u orden de prelación.

En primer lugar, el progenitor conviviente y el hijo si cuenta con edad y grado de madurez, en ese caso, con su correspondiente asistencia letrada ya que el hijo interviene en el proceso en el carácter de parte

(actora). En un segundo lugar, o de manera subsidiaria, otros parientes y el Ministerio Público, en total consonancia con lo que dispone el artículo 103.

¿Cuál ha sido el cambio que trae consigo el nuevo Código? El derogado artículo 272 disponía: "Si cualquiera de los padres faltare a esta obligación, podrá ser demandado por la prestación de alimentos por el propio hijo, si fuese adulto, asistido por un tutor especial, por cualquiera de los parientes, o por el ministerio de menores". Si bien doctrina y jurisprudencia es conteste en que el progenitor conviviente está legitimado por ser representante legal del hijo, lo cierto es que en el texto anterior no estaba reflejado de manera expresa el supuesto de legitimación activa más común en la práctica. Además, no está a tono con todo el desarrollo doctrinario que ha implicado la aplicación del principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes que impone la Convención sobre los Derechos del Niño y reafirma a nivel nacional la ley 26.061. Para estar a tono con ello, la legitimación activa por el propio hijo no debe estar establecida a una edad rígida, sino a su edad y grado de madurez, debiendo intervenir no con un tutor especial que lo designa el juez, sino con la asistencia letrada que elija el principal interesado. Parecen sólo cambios de forma, pero en definitiva, son modificaciones sustanciales auspiciadas por la reiterada "constitucionalización del Derecho Privado".

Art. 662 ***Hijo mayor de edad.*** **El progenitor que convive con el hijo mayor de edad tiene legitimación para obtener la contribución del otro hasta que el hijo cumpla veintiún años. Puede iniciar el juicio alimentario o, en su caso, continuar el proceso promovido durante la minoría de edad del hijo para que el juez determine la cuota que corresponde al otro progenitor. Tiene derecho a cobrar y administrar las cuotas alimentarias devengadas.**

Las partes de común acuerdo, o el juez, a pedido de alguno de los progenitores o del hijo, pueden fijar una suma que el hijo debe percibir directamente del progenitor no conviviente. Tal suma, administrada por el hijo, está destinada a cubrir los desembolsos de su vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros que se estimen pertinentes.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

I) Resumen

Uno de los debates más arduos que generó la ley 26.579 y la consecuente modificación del código derogado incorporando una nueva tipología de alimentos: la de los hijos mayores de edad, pero que aún no alcanzaron los 21 años, giró en torno a quién debía iniciar y/o continuar el reclamo de alimentos, como así, cobrar las cuotas del progenitor no conviviente, si el propio hijo ya mayor de edad o el progenitor conviviente. El Código adopta una postura novedosa, intermedia y no salomónica, por la cual ambos afectados (el hijo como el progenitor conviviente) ven satisfecho su interés.

II) Concordancias

Alimentos, parentesco (arts. 537 a 554); concepto, patria potestad (art. 638); principios de la responsabilidad parental (art. 639); regla general de alimentos (art. 658); alimentos al hijo que se capacita (art. 663); alimentos, progenitor afín (art. 676); indemnización por fallecimiento (art. 1745). Ley 26.579.

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

Como se adelantó al analizar el artículo 658, el Código mantiene una categoría de alimentos que observa determinadas particularidades. Nos referimos a la obligación alimentaria a favor de los hijos mayores de edad y hasta que cumplen los 21 años –franja etárea en la cual recién se adquiría la plena capacidad civil antes de la reforma al código derogado introducida por la ley 26.579–.

La disminución de la edad en la que se alcanza la mayoría y el mantenimiento de la obligación alimentaria de los padres habrían generado algunos primeros debates doctrinarios en torno a la naturaleza de esta obligación. Veamos, para Di Lella se trataría de una subespecie del género de la obligación entre parientes al afirmar que "La obligación alimentaria hasta la sanción de la ley 26.579, dividía a los alimentos en los derivados de la patria potestad, de la relación conyugal y del

parentesco, además de los contractuales, que suelen ser rara avis en los ámbitos forenses, y se han visto en los raros casos en que pese a un divorcio consensuado o por causal objetiva, se pactan alimentos para uno de los cónyuges, generalmente la mujer [...] Con esta nueva ley nace una especie nueva, híbrida, podríamos decir, de alimentos que si bien derivan del parentesco porque se proporciona a los hijos mayores de edad entre los 18 y los 21 años, cuyo *quantum* es el que corresponde a los hijos bajo patria potestad"[78]. En cambio, para Kielmanovich se trata de una obligación que se deriva de la patria potestad al sostenerse que "el nuevo artículo 265 del Código Civil [...] se encuentra previsto en el Título III correspondiente a la patria potestad [...] a pesar de que, como lo indica el artículo 306 del citado ordenamiento, 'la patria potestad se acaba [...] por llegar los hijos a la mayor edad' (inc. 3°). En cuanto a los rubros que componen la pensión alimentaria, enseña el artículo 267 del Código Civil [...] trátese de los alimentos devengados antes como después que el hijo ha alcanzado los 18 años y hasta los 21 años, por lo que en este sentido la obligación alimentaria coincide materialmente con el deber alimentario 'ordinario' derivado de la patria potestad"[79]. En este mismo sentido, un fallo del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario, del 26 de febrero de 2010[80], puso de resalto que "La persona mayor de edad pero menor de 21 años que demanda por alimentos no debe acreditar la ausencia de medios para alimentarse, ni que no le es posible adquirirlos con su trabajo, conforme requiere el artículo 370 del Código Civil para la obligación alimentaria basada en el parentesco, pues deben aplicarse las reglas de los alimentos debidos a menores de edad", pero más allá de esta afirmación, se observa la diferencia entre los alimentos a los hijos menores de edad y los alimentos en análisis –de los hijos entre 18 y 21 años–, y se agrega: "A los efectos de determinar el monto de la cuota alimentaria que la progenitora deberá abonar a su hijo mayor de edad pero menor de 21 años –en el

[78] DI LELLA, Pedro, *Algunas cuestiones sobre alimentos en la ley 26.579*, Abeledo-Perrot Online, Lexis N° 0003/015001.

[79] KIELMANOVICH, Jorge L., *Reflexiones procesales sobre el deber alimentario en favor del hijo mayor*, en L. L. del 29-4-2010, p. 1.

[80] Trib.Coleg.Fam. N° 5 de Rosario, 26-2-2010, "Ch., J. c/C., L.", L. L. Litoral 2010 (junio), p. 585; AR/JUR/6128/2010.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

caso, se impuso una cuota del 20% del salario mínimo, vital y móvil–, debe tomarse especialmente en cuenta la posibilidad de éste de progresar en la vida y procurarse sus propios ingresos, pues la potencialidad económica de una persona mayor de edad no puede ser sopesada de igual manera que si se tratase de un menor".

Por su parte, Lloveras y Faraoni aseveran que "La ley 26.579 crea una categoría diferente de alimentos, pues léase claramente le confiere al hijo mayor de edad el derecho alimentario derivado de la menor de edad, en la franja comprendida entre los 18 y 21 años". Tildan a esta obligación alimentaria de "«impura» o «mezclados» o «singulares» o «diferentes», si se nos permiten en las expresiones". Agregando: "Decimos una categoría diferente a los alimentos ya existentes y regulados en la ley reglamentaria argentina: el Código Civil y leyes complementarias prevén que los padres son alimentantes de sus hijos menores de edad, y cuando los hijos son mayores de edad (más de 28 años, desde el año 2009) nace un vínculo obligacional diferente entre los padres e hijos mayores de 18 años, que es recíproco"[81].

El Código se enrola en la postura defendida por Kielmanovich –entre tantos otros– ya que la propia ley 26.579 incorpora un párrafo al artículo 265 y menciona, a la vez, el artículo 267 del código derogado, es decir, de disposiciones relativas a los alimentos derivados de la entonces patria potestad, hoy responsabilidad parental. Precisamente, la norma en análisis integra el capítulo dedicado a los *Derechos y deberes de los progenitores* (Cap. 5) que, a la vez, forma parte del título correspondiente a la *Responsabilidad parental* (Tít. VII). Así, no hay duda alguna de que la obligación alimentaria a los hijos que se encuentran en la franja entre 18 y 21 años de edad son alimentos especiales o con características propias, pero que derivan y, por ende, se les aplican todas las disposiciones relativas a los alimentos cuya causa fuente es la responsabilidad parental.

¿Quién está legitimado para reclamar estos alimentos? El hijo mayor de edad. Ahora bien, el Código se hace eco del arduo debate que se generó en la doctrina y jurisprudencia nacional tras la reforma de la

[81] LLOVERAS, Nora y FARAONI, Fabián, *La mayoría de edad argentina. Análisis de la ley 16.579/2009*, Nuevo Enfoque, Córdoba, 2010, p. 180.

ley 26.579 y el consecuente nacimiento de la obligación alimentaria entre los 18 y 21 años, en el supuesto específico de que el hijo continúe conviviendo con uno de los progenitores. Esto es lo que se regula de manera específica en la disposición en comentario y que se analiza de manera particular en el siguiente apartado.

III.2) *Alimentos al hijo mayor de edad, menor de 21 años que convive con uno de los progenitores*

El Código se interesa y resuelve de manera expresa el tema en conflicto, es decir, quién debe percibir la correspondiente cuota alimentaria –en su caso, iniciar o continuar la acción por alimentos– cuando el hijo convive con uno de los progenitores. Si bien es cierto que el hijo ya es mayor de edad y si él quisiera, podría irse a estudiar afuera, vivir solo, contraer matrimonio, etcétera, es decir, realizar todos los actos jurídicos de envergadura, tanto en la esfera patrimonial como personal, también lo es que si se niega a destinar una parte para los gastos del hogar familiar, el progenitor conviviente se ve altamente perjudicado ya que deberá afrontar de manera personal todas las erogaciones que se derivan de que el hijo permanezca viviendo con aquél. Además, y desde el punto de vista fáctico o a la luz del principio de realidad mencionado en varias oportunidades, la gran mayoría de estos casos perjudican a mujeres que tras la ruptura de la pareja quedan en situación de vulnerabilidad, la cual se agrava si no puede contar más con el aporte económico proveniente del progenitor no conviviente. Estas dos afirmaciones –la primera de carácter jurídico y la segunda de carácter social– han sido puestas de resalto en un mismo trabajo en el cual cada una de las autoras defiende y argumenta cada una de estas posturas[82].

El nuevo Código se pregunta: ¿Son posturas irreconciliables? Parte del presupuesto de que cada una algo de razón tiene y, por ende, elabora una respuesta novedosa y equilibrada. ¿En qué consiste?

[82] GROSMAN, Cecilia P. y HERRERA, Marisa, *Implicancias de la ley 26.579 que modifica la mayoría de edad en el derecho alimentario de los hijos*, en GIUSTINIANI, Rubén (ed.), *Derecho a la juventud. Ley 26.579 de reducción de la mayoría de edad a los dieciocho años*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2010, ps. 102 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Se legitima al progenitor conviviente a poder obtener la "contribución" del otro progenitor (el no conviviente) hasta que el hijo alcance los 21 años. Esta noción de contribución o colaboración es puesta de resalto, por ejemplo, en un precedente de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en fecha 1° de abril de 2011[83], en la que se afirma que "Cuando la progenitora conviviente reclama al otro el aumento de la pensión alimentaria establecida a favor de los hijos en común, actúa por el derecho y la necesidad de éstos, pero se presume que la subsistencia de los alimentados, hasta tanto se disponga un eventual incremento, opera gracias a la exclusiva colaboración de aquél, de modo que de estimarse procedente el aumento pretendido, corresponde a la madre la legitimación para demandar el pago de las diferencias que se hubieran adeudado en relación con las cuotas devengadas durante el tiempo transcurrido entre la iniciación del procedimiento de mediación y la mayoría de edad de sus hijos".

Justamente, se funda en este interés directo del progenitor conviviente esta "contribución", quedando facultado para iniciar el juicio alimentario o a continuarlo para que el juez determine la cuota que le corresponde al otro progenitor. En ese contexto, el Código permite que todos los interesados (los progenitores –el conviviente y el no conviviente– como el hijo) puedan acordar o el juez establecer, a pedido de alguno de los progenitores o del hijo, cuál es la parte de ese monto que el hijo debe percibir directamente del progenitor no conviviente para su uso personal, o sea, para cubrir los gastos de la vida diaria, como esparcimiento, gastos con fines culturales o educativos, vestimenta u otros rubros, y por defecto, la otra parte que percibirá directamente el progenitor conviviente para afrontar parte de los gastos que insume el hogar familiar, en el que aún vive el hijo ya mayor de edad, pero que no ha cumplido los 21 años.

Como bien se ha sostenido para resolver el dilema que trajo aparejado la ley 26.579 al bajar la edad en la cual se adquiere la plena capacidad civil y mantener la obligación alimentaria hasta los 21 años: "lo más adecuado es que los operadores del derecho, previo a todo,

[83] CNCiv., sala B, 1-4-2011, "S., A. M. y otros c/D., J. A. s/Alimentos", L. L. Online, AR/JUR/37269/2011.

evalúen la posibilidad de establecer un diálogo entre las partes que les permita expresar, escucharse, entenderse y acercar posiciones, ya que tales relaciones exceden las cuestiones meramente económicas o financieras. La vida cambia, y con ella el derecho también cambia, crece y se adapta –a veces como puede– a las nuevas exigencias y requerimientos. Lo importante, en todo caso, es que esta ley conduce a los padres a acompañar a sus hijos adecuadamente y sin injerencias ni intromisiones en la transición a su ansiada y celebrada autonomía definitiva"[84]. El Código, con la solución novedosa que recepta, va en este camino.

IV) Significado de la reforma

El Código mantiene la modificación introducida por la ley 26.579 en materia de obligación alimentaria de los hijos, es decir, la derivada de la responsabilidad parental, por lo cual, si bien la mayoría de edad se adquiere a los 18 años de edad, tal obligación subsiste o se mantiene hasta los 21 años, siendo recién allí que cesa *ipso iure* el deber alimentario a cargo de los progenitores.

El cambio sustancial que introduce el Código lo es con el objeto de poner fin a un debate doctrinario y jurisprudencial que desató la mencionada ley 26.579: qué acontece cuando el hijo mayor de edad, pero que aún no alcanzó los 21 años sigue conviviendo con uno de los progenitores. ¿Quién está legitimado para peticionar los alimentos a favor del hijo, él mismo y/o el progenitor conviviente? ¿El obligado alimentario se libera de su obligación si le abona la cuota alimentaria a quién? ¿Qué sucede si el hijo no colabora con el progenitor conviviente en gastos del hogar que benefician e involucran al propio hijo? Todos estos interrogantes que generó la baja de la edad en la que se adquiere la plena capacidad civil, pero el mantenimiento de la obligación alimentaria hasta los 21 años, son respondidos en el Código mediante una solución novedosa y equilibrada.

Cabe destacar que como éste ha sido el supuesto en tensión o en

[84] VEGIGA, Mónica B., *La obligación alimentaria del hijo mayor de edad*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 2011-VI, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 35.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

debate, el del hijo mayor de edad pero menor de 21 años que convive con uno de los progenitores, es éste el que llama la especial atención del legislador. Por lo tanto, cuando el hijo no convive con ninguno de ellos, el legitimado para peticionar los alimentos es el propio hijo, debiendo ser demandados ambos progenitores.

Art. 663 ***Hijo mayor que se capacita.*** **La obligación de los progenitores de proveer recursos al hijo subsiste hasta que éste alcance la edad de veinticinco años, si la prosecución de estudios o preparación profesional de un arte u oficio, le impide proveerse de medios necesarios para sostenerse independientemente.**

Pueden ser solicitados por el hijo o por el progenitor con el cual convive; debe acreditarse la viabilidad del pedido.

I) Resumen

El Código recepta un supuesto de excepción en materia de obligación alimentaria a los hijos como lo es su extensión en aquellos supuestos de hijos que se capacitan para una profesión, arte u oficio. Esta regulación cuenta con varias fuentes de apoyo. No sólo un gran cúmulo de países en el Derecho Comparado reconocen que los padres deben proseguir cubriendo necesidades alimentarias de los hijos cuando ellos continúan formándose para una futura inserción laboral y/o profesional, sino también tantísimas voces doctrinarias como jurisprudenciales en el orden nacional acompañan este tipo de regulaciones con sólidos argumentos centrados en el principio de solidaridad familiar y protección a las personas que se encuentran en una situación de vulnerabilidad como lo son los jóvenes, a pesar de haber alcanzado la plena capacidad civil. Esta novedad legislativa ya estaba prevista en los dos Proyectos de reforma y unificación civil y comercial, tanto el de 1993 como el de 1998.

II) Concordancias

Alimentos entre parientes (arts. 537 a 554); alimentos al hijo mayor de edad (art. 622).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Bases constitucionales-internacionales de la extensión alimentaria: el principio de solidaridad familiar*

Siendo los hijos mayores de 18 años personas mayores de edad, no se aplican los principios y derechos que emergen de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello no es óbice para recordar que en materia de familia rige otro principio que trasciende a los hijos menores de edad sino a todos los integrantes de un grupo familiar que por diferentes razones se encuentran en situación de vulnerabilidad. Un claro ejemplo son los hijos con discapacidad. Sucede que la protección de la familia que receptan varios instrumentos internacionales de derechos humanos, como ser el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, obliga a receptar diferentes herramientas legales para este fin: proteger a los miembros de la familia que por alguna circunstancia se encuentran en una situación de desventaja y, por ende, de desprotección.

Así, el Código tiene varias previsiones en las cuales, aun tratándose de personas mayores de edad, se les concede determinados beneficios en materia alimentaria como acontece con los alimentos de toda necesidad en el caso de alimentos entre parientes (arts. 537 y ss.) o los alimentos a favor del excónyuge cuando se trata de una persona enferma o en situación de vulnerabilidad (art. 434), o por fuera de la cuestión alimentaria, la mejora a favor del heredero con discapacidad –no sólo mental, sino también física– que establece el artículo 2448.

Por otra parte, y por aplicación del principio de realidad, es sabido que los hijos que llegan a los 21 años, por esa mera circunstancia, significa que se encuentran en condiciones de autosustentarse. Todo lo contrario, el mercado laboral suele ser muy hostil y complejo tanto para los jóvenes como para las personas bien adultas, para ambos la inserción en el mercado laboral no es sencilla y, si lo hacen, es en situaciones y condiciones adversas, con retribuciones escasas que hacen que la total independencia en su sostenimiento sea difícil de alcanzar.

Además, las carreras universitarias e incluso las terciarias, como así toda capacitación para un oficio, insumen una cantidad de años

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que trasciende o se extiende de los 21 años, por lo cual, el Código reconoce que no se le puede quitar a los hijos apoyo económico cuando más lo necesitan.

Así, el cruce entre el principio de solidaridad familiar y realidad aludidos obliga a receptar un supuesto especial de alimentos a los hijos que ya son mayores de edad, incluso, mayor de 21 años: la obligación alimentaria de aquellos que se capacitan, es decir, que estudian una carrera profesional, un oficio o arte.

El Derecho Comparado observa una gran cantidad de legislaciones que regulan este tipo de obligación alimentaria. Algunos lo hacen sin establecer un límite etario, como en el caso de Francia, Italia, Suiza, España, y en América Latina citamos a Nicaragua. Veamos, el artículo 371-2 del Código Civil francés según la modificación acontecida en el 2002 establece: "Cada uno de los padres contribuirá a la manutención y a la educación de los hijos en forma proporcional a sus recursos, a los del otro progenitor y a las necesidades del niño. Esta obligación no se extingue de pleno derecho cuando el hijo alcanza la mayoría de edad". Por su parte, el Código Civil suizo en el artículo 277 dispone: "1. La obligación de mantenimiento dura hasta la mayoría de edad del hijo. 2. Si, cumplida la mayoría de edad, el hijo no tiene una formación apropiada, el mismo puede razonablemente pretender, teniendo en cuenta las circunstancias, que debe continuar con su mantenimiento hasta el momento en que la formación pueda normalmente concluirse". En el caso de Nicaragua, la Ley de Alimentos 143, en su artículo 8°, establece: "La obligación de dar alimentos a los hijos y a los nietos cesa cuando los alimentistas alcanzan la mayoría de edad, cuando hayan sido declarados mayores por sentencia judicial, emancipados en escritura pública, por matrimonio, o cuando sean mayores en escritura pública, por matrimonio, o cuando sean mayores de 18 años, salvo casos de enfermedad o discapacidad que les impida obtener por sí mismos sus medios de subsistencia. Igualmente subsistirá esta obligación con respecto a los hijos que no hayan concluido sus estudios superiores, si los están realizando de manera provechosa".

En cambio, otras fijan un tope de edad como Panamá, Chile, Perú, El Salvador, Costa Rica y Ecuador, por citar algunos. El primero en

el artículo 377 de su Código de Familia dispone en su parte pertinente: "Los alimentos comprenden una prestación económica, que debe guardar la debida relación entre las posibilidades económicas de quien está obligado a darlos y las necesidades de quien o quienes los requieran. Éstos comprenden [...] 3. La obligación de proporcionar los recursos necesarios a fin de procurar la instrucción elemental o superior o el aprendizaje de un arte u oficio, aun después de la mayoría de edad hasta un máximo de veinticinco (25) años, si los estudios se realizan con provecho tanto en tiempo como en el rendimiento académico, salvo si se trata de un discapacitado profundo, en cuyo caso hasta que éste lo requiera..." Otras normativas extranjeras fijan el tipo etario a los 28 años, como el caso del Código Civil peruano, cuyo artículo 424 reza: "Subsiste la obligación de proveer al sostenimiento de los hijos e hijas solteros mayores de dieciocho años que estén siguiendo con éxito estudios de una profesión u oficio hasta los 28 años de edad; y de los hijos e hijas solteros que no se encuentren en aptitud de atender a su subsistencia por causas de incapacidad física o mental debidamente comprobadas". Esta misma línea legislativa es seguida por el Código Civil chileno, que expone en su artículo 332: "Los alimentos que se deben por ley se entienden concedidos para toda la vida del alimentario, continuando las circunstancias que legitimaron la demanda. Con todo, los alimentos concedidos a los descendientes y a los hermanos se devengarán hasta que cumplan veintiún años, salvo que estén estudiando una profesión u oficio, caso en el cual cesarán a los veintiocho años; que les afecte una incapacidad física o mental que les impida subsistir por sí mismos, o que, por circunstancias calificadas, el juez los considere indispensables para su subsistencia".

Sea una u otra postura legislativa –con o sin tope de edad– en ambos se prevé de manera expresa la extensión de la obligación alimentaria a favor de los hijos que estudian o continúan aprendiendo algún oficio o arte.

Esta postura –con fijación de edad– es la adoptada por el Proyecto de 1998, que en su artículo 583 referido a la *Extensión de la obligación de los padres* dispone: "La obligación de los padres de proveer de recursos a los hijos subsiste hasta que éstos, alcancen la mayoría de edad de 25 años, en tanto la prosecución de estudios o

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

preparación profesional les impida proveerse de los medios necesarios para sostener independientemente sus estudios".

III.2) *La fuerza de las voces doctrinarias y jurisprudenciales*

Los repertorios jurisprudenciales cuentan con bastantes precedentes en los cuales, a pesar del silencio en el código derogado, se hizo lugar al mantenimiento de la obligación alimentaria a pesar de que el hijo haya alcanzado los 21 años de edad, siempre que continuara formándose, para su desarrollo profesional (estudio u oficio).

Por citar algunos, de los más cercanos en el tiempo, un Juzgado Civil y Comercial de Jujuy, en fecha 10 de marzo de 2009, afirmó de manera elocuente: "Como bien lo afirma la doctrina y jurisprudencia unánime, y lo expresa la legislación de fondo, la mayoría de edad de los hijos, hace cesar de pleno derecho la obligación alimentaria que pesa sobre los padres, y si bien tal principio no es absoluto, sino que admite ciertas excepciones, ello tiene lugar cuando se prueba que no obstante la mayoría adquirida, el hijo sigue requiriendo del apoyo económico de sus progenitores, dentro de sus posibilidades, por motivos justificados. Que, asumo esta conclusión al compartir lo sostenido en ese sentido por la jurisprudencia que ya invocara al tiempo de resolverse la reducción de cuota que con anterioridad ya hizo valer el actor, y que afirma: 'cuando el hijo llega a la mayoría de edad o se emancipa, cesa de pleno derecho la obligación alimentaria, salvo que hubiera demostrado que los alimentos le son indispensables, y que no está en condiciones de procurárselos' (CNCiv., sala A, 10-12-87, R. 34057) y precisamente en este caso tal falta de condiciones no se ha demostrado, porque si bien se invoca, como ya se hizo en la causa anterior tramitada y mencionada precedentemente, que sufre de asma, esa dolencia sin embargo, no lo inhabilita para desempeñar tareas remuneradas, dentro de sus condiciones"[85].

Esta misma línea argumental es sostenida en varios precedentes, en los que se reconoce que si bien el principio es el cese de la obligación alimentaria al cumplir los hijos los 21 años, éste observa una excepción.

[85] JCCom. N° 1 de Jujuy, 10-3-2009, "Z., D. A. c/Z., J. A.", L. L. NOA 2009 (julio), p. 571.

Así, se ha sostenido que "El principio general que rige la materia es que la obligación alimentaria de los padres, por ser inherente a la patria potestad, cesa cuando los menores arriban a la mayoría de edad (art. 306, inc. 3° del Cód. Civ.). Pero se puntualizó que, no obstante ello, este principio reconoce ciertas excepciones, como la planteada por situaciones en las que se trata de hijos que, si bien han arribado a la mayoría de edad, se encuentran estudiando carreras universitarias. Resultan coincidentes las soluciones adoptadas por otros tribunales, en el sentido de que la prestación alimentaria puede extenderse aun después de adquirida la mayoría de edad, con basamento en la continuación de los estudios universitarios del hijo"[86].

O en otros términos que "Si bien es exigible a un padre que mantenga la calidad de vida y la posibilidad de estudio de que gozaban sus hijos menores antes de la separación, tal obligación no puede extenderse una vez cumplida la mayoría de edad. En esas circunstancias y hasta tanto no se reforme la legislación positiva vigente, la excepción al principio de cese automático de la obligación alimentaria, sólo procederá cuando el peticionario demuestre la necesidad de asistencia justificando su imposibilidad física o psíquica para procurarse medios de subsistencia. Con este enfoque la asistencia económica puede exigirse cuando medien circunstancias excepcionales tales como que el hijo mayor se encuentre con algún impedimento de magnitud que no le permita afrontar las necesidades de la vida como cuando se demuestre la incapacidad laborativa parcial por déficit de rendimiento intelectual del reclamante que justifica su necesidad alimentaria cuyo *quantum* debe establecerse en la proporción justa a fin de no caer en abusos confiscatorios de los ingresos del alimentante"[87].

Sin legislación expresa, la doctrina aseveraba que la extensión alimentaria al hijo que estudia y se capacita era posible, pero le cabía una interpretación restrictiva. En tal sentido, se ha expresado que "de

[86] CCCom. de Azul, sala II, 4-12-2008, "T. G. R. c/T. J. R. y otra", L. L. B. A. 2009 (abril), p. 314.

[87] CNCiv., sala J, 18-9-2008, "B., R. c/B., O. R. s/Alimentos", J073754 (sum. 18.913 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil), citado por Mariana Fortuna, síntesis jurisprudencial sobre alimentos, en LLOVERAS, GROSMAN y HERRERA, *Summa de familia* cit., t. III, ps. 3132/3133.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

acuerdo con la legislación vigente, la jurisprudencia mayoritaria concluye que sólo sería posible acceder al pedido de extender la obligación alimentaria de los hijos luego de alcanzada la mayoría de edad, en el caso de acreditarse los extremos que autorizan la fijación de la cuota entre parientes mayores de edad"[88].

Esta mirada restrictiva no es una postura unánime, por el contrario, algunas voces doctrinarias –y también jurisprudenciales más actuales– han sido proclives a hacer lugar a la obligación alimentaria a favor del hijo que estudia o se capacita. En este sentido, se ha expresado: "La presunción de ley de que el hijo llegado a los 21 años está en condiciones de abastecerse a sí mismo no se compadece con el tiempo que demandan los estudios superiores ni con el ingreso al mercado de trabajo. Parece lógico pensar que si el hijo en la menor edad inició estudios terciarios o universitarios, ello ha sido con la anuencia de los padres y, consecuentemente, con la posibilidad de éstos de realizar los aportes necesarios que este tipo de preparación requiere [...] hoy el deber alimentario de los padres respecto a los hijos que se encuentran en un proceso de formación profesional es sostenido por algunos autores que consideran que la educación del hijo integra la obligación paterna, aun después de la mayoría de edad"[89].

¿Cómo sortear estas miradas encontradas –restrictiva y flexible– en torno a los alimentos a favor de los hijos que estudian o se capacitan? Mediante una regulación expresa.

III.3) *Del silencio al texto*

El Código sigue la línea legislativa que propone el Proyecto de reforma de 1998, es decir, regular de manera expresa la obligación alimentaria de los padres a favor del hijo mayor de 21 años que estudia o se capacita en algún oficio o arte fijándose un tope o límite de edad: 25 años, como acontece en algunos países.

La regulación expresa pone fin a las dos posturas encontradas:

[88] BELLUSCIO, *Prestación alimentaria* cit., p. 372.

[89] MARTINO, Gloria y MOURELLE DE TAMBORENEA, María Cristina, *Alimentos al hijo mayor de edad y al hijo discapacitado*, en GROSMAN, *Alimentos a los hijos y derechos humanos* cit., p. 319.

interpretación restrictiva y flexible en torno al tema en análisis, con el consecuente efecto negativo que se deriva de esta incertidumbre, y la discrecionalidad judicial según qué línea interpretativa adopte el juez que intervenga.

¿Por qué se fijó una determinada edad? ¿Por qué en 25 años? La fijación de una edad evita, justamente, la mencionada discrecionalidad judicial, es decir que según qué opinión o consideración tenga quien deba resolver la contienda, va a establecer una edad o también podría no hacerlo y dejarlo sujeto a que el obligado demuestre que el hijo culminó el estudio o no lo está prosiguiendo. Claramente, esta situación sería más desventajosa para el justiciable, tanto para el obligado como para el beneficiario.

La edad de 25 años se funda, entre otros argumentos, en que varias legislaciones comparadas establecen el límite en esa edad, y ello responde a que son los 25 años la edad promedio en la cual los jóvenes culminan una carrera universitaria que es más extensa que otro tipo de carrera –terciaria– o curso de capacitación de un oficio o arte. Además, como se ha adelantado, ésa era la postura asumida en el Proyecto de 1998, el último proyecto de reforma y unificación elaborado, y el que fue tenido en cuenta para regular varias cuestiones en el presente Código.

IV) Significado de la reforma

El Código se hace eco de las voces doctrinarias y jurisprudenciales cada vez más fuertes a favor de extender la obligación alimentaria de los hijos que han alcanzado los 21 años cuando éstos continúan estudiando y formándose en algún oficio a fin de poder desarrollarse profesionalmente y tener una adecuada inserción laboral que les permite autosustentarse.

Una vez más, el Código extiende una obligación a modo de excepción por aplicación del principio de solidaridad familiar y de vulnerabilidad, siendo la ley quien debe estar presente para revertir o dar respuesta a situaciones de cierta debilidad como lo son aquellos jóvenes que no cuentan con recursos económicos propios para poder solventar los gastos que insume su formación y desarrollo profesional.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

En alguna oportunidad, un autor concluyó, refiriéndose al tema en análisis, que sobre la obligación alimentaria al hijo que estudia o se capacita: "lo correcto sería sancionar –en un futuro cercano– una norma que contemple tales excepciones, al igual que lo han hecho otras legislaciones [...] y los Proyectos que intentaron unificar nuestra legislación civil y comercial en 1993 y 1998"[90]. Así lo hace el nuevo Código.

Art. 664 ***Hijo no reconocido.*** **El hijo extramatrimonial no reconocido tiene derecho a alimentos provisorios mediante la acreditación sumaria del vínculo invocado. Si la demanda se promueve antes que el juicio de filiación, en la resolución que determina alimentos provisorios el juez debe establecer un plazo para promover dicha acción, bajo apercibimiento de cesar la cuota fijada mientras esa carga esté incumplida.**

I) Resumen

Los alimentos al hijo no reconocido son uno de los conflictos que observa el deber alimentario derivado de la responsabilidad parental que hasta ahora había presentado un preocupante vacío legislativo. Siendo el derecho alimentario un derecho humano cuya urgencia en la efectiva satisfacción constituye un rasgo esencial, el Código reconoce la petición de alimentos provisorios durante el proceso de reclamación de la filiación extramatrimonial y aun antes del inicio de tal petición tendiente a clarificar el vínculo filial. En este caso, y a fin de evitar el abuso del derecho, el Código establece un plazo dentro del cual, fijados los alimentos provisorios, se debe proceder a instar a acción relativa al vínculo filial, es decir, la causa fuente de la obligación alimentaria entre padres e hijos.

[90] BELLUSCIO, Claudio, *Continuidad de la cuota alimentaria para el hijo mayor de edad*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 38, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, noviembre-diciembre de 2007, p. 11.

II) Concordancias

Alimentos entre parientes (arts. 537 a 554); determinación de la filiación (arts. 566 a 575); alimentos provisorios (art. 586); concepto de responsabilidad parental (art. 638); principios de la responsabilidad parental (art. 639); medidas ante el incumplimiento (art. 670); procesos de familia (arts. 705 a 707 y 716).

III) Interpretación de la norma

Otras de las novedades que trae el nuevo Código, y que ha tenido desarrollo en la doctrina y en la jurisprudencia nacional[91], son los alimentos a favor del hijo no reconocido debidos por el presunto padre. Si bien la cuestión ha tenido mayor acogida en el marco de un proceso de reclamación de la filiación paterna extramatrimonial bajo la figura de los alimentos provisorios, principalmente la doctrina ha señalado que también sería viable incoar tal petición aun antes del inicio de reclamo filial.

En un precedente de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Garantías de Zárate-Campana, del 8 de agosto de 2006[92], se coloca de resalto que a pesar de que en nuestro país –hasta la sanción del presente texto legal– "no existe acción similar a la indicada, así como tampoco mención expresa –tal como en el Código Civil español– de la pretensión alimentaria pendiente el proceso filiatorio. No obstante, el tema ha sido debatido por la doctrina y es materia de fallos judiciales. Cecilia Grosman considera que la acción alimentaria podría iniciarse aun antes del proceso filiatorio, pero en tal caso el juez puede intimar al peticionante a promover el juicio de reclamación de paternidad dentro de un plazo determinado a partir de la fecha en que se ha hecho el reclamo alimentario, bajo apercibimiento de suspenderse los alimentos fijados o los procedimientos, si aún no se hubiera establecido la cuota alimentaria (Grosman, Cecilia, *Acción ali-*

[91] Ver entre otros, GROSMAN, Cecilia P. y HERRERA, Marisa, *Un fallo que actualiza el debate sobre la díada, alimentos a los hijos y derechos humanos*, en LNC 2007-6-477.

[92] CCCGar.Pen. de Zárate-Campana, 8-8-2006, "C., C. c/V., N. A.", Abeledo-Perrot Online, Lexis N° 70036699.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

mentaria de los hijos extramatrimoniales no reconocidos o no declarados como tales, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, ps. 65/67). También considera, en tal caso, que podría solicitarse, asimismo, una suma en concepto de litisexpensas que pudiera requerir la promoción del juicio filiatorio".

En este sentido, en el Primer Encuentro Regional de Derecho de Familia en el Mercosur, realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, se propuso que "Corresponde fijar alimentos provisorios al hijo no reconocido, bajo las siguientes condiciones: 1. El pedido podrá iniciarse antes o durante la tramitación del juicio ordinario de reclamación de filiación paterna. En el caso de que el pedido preceda la acción filial, el peticionante deberá promover esta última en el término que fije la respectiva legislación, bajo apercibimiento de suspenderse los alimentos fijados o los procedimientos, si aún no se hubiera fijado la cuota alimentaria. Los alimentos provisorios pueden ser reclamados por la madre y los órganos de tutela de los niños y adolescentes y podrán decretarse *inaudita parte*, con la prueba de la verosimilitud del vínculo invocado. 3. La verosimilitud del nexo invocado es posible determinarla mediante las pruebas genéticas o hematológicas, la posesión de estado, la acreditación de la convivencia del presunto padre con la madre durante la época de la concepción o bien la existencia de relaciones íntimas entre ellos durante dicho período. 4. La negativa a someterse a las pruebas biológicas ordenadas constituye una presunción grave en contra del demandado, suficiente para tener por verosímil la pretensión de alimentos provisorios. 5. Corresponde la restitución de la suma entregada en concepto de alimentos provisorios, con más los daños y perjuicios, en el caso de que el actor hubiese actuado con dolo. 6. Son indispensables campañas de promoción de una paternidad responsable que impulse el reconocimiento paterno y mayor participación y compromiso de los hombres en las políticas de salud sexual y reproductiva".

Todo este desarrollo doctrinario –con una menor intensidad en el campo jurisprudencial– ha sido la fuente de inspiración del reconocimiento legal expreso de los alimentos al hijo extramatrimonial no reconocido, otorgando la posibilidad de que reclame alimentos provisorios siempre que se pruebe sumariamente el vínculo filial que lo

uniría al presunto progenitor. Esta facultad no sólo está habilitada durante el proceso de reclamación de la filiación extramatrimonial, sino incluso antes de ello. En este último supuesto, y por aplicación del principio general de abuso del derecho, el Código impone al juez que establezca un plazo para la promoción del juicio de fondo, es decir, el proceso de filiación tendiente a esclarecer la presunta paternidad. En caso de no interponerse la pertinente demanda, el Código establece a modo de sanción la facultad de ordenar el cese de la cuota fijada mientras no se proceda a iniciar dicho juicio.

Esta amplitud en la regulación en materia alimentaria a favor de las personas menores de edad o que se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad como acontece con las mujeres embarazadas responde al principio de protección legal al más débil que pregona el nuevo Código.

Por otra parte, y en el tema en análisis: alimentos al hijo no reconocido, también a cumplir con el principio constitucional-internacional de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. Nos explicamos. A los hijos matrimoniales siempre les será más fácil ver cumplida su obligación alimentaria en razón de la presunción legal de filiación derivada del matrimonio. Es decir, son niños que nacen con doble vínculo filial y, por ende, doble fuente alimentaria. Por el contrario, los hijos extramatrimoniales, por razones fácticas, necesitan del reconocimiento del presunto padre para poder contar con doble vínculo filial y, así, doble fuente alimentaria. Es por ello que esta obligación alimentaria a favor de los hijos antes de que quede establecido el vínculo filial con el presunto progenitor beneficia a los hijos extramatrimoniales que aún no han sido debidamente reconocidos o que no cuentan con el emplazamiento filial derivado de una sentencia acaecida tras un largo proceso judicial.

Se trata de alimentos provisorios por el derecho humano comprometido, el alimentario que debe ser satisfecho con extrema urgencia. Así, se ha sostenido que "El reclamo de los alimentos provisorios, basado en el artículo 375 del Código Civil, ha recibido distintas comprensiones. Para unos [...] su determinación constituye una 'medida anticipatoria', o sea, una tutela anticipada para cubrir los gastos imprescindibles, un adelanto de jurisdicción. En la doctrina y en algunos

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

fallos se ubica el pedido de alimentos provisorios dentro de los procesos urgentes destinados a una tutela jurisdiccional efectiva que evite un perjuicio irreparable para quien los reclama, aun cuando ello implique correr riesgos. Entre dos valores, la seguridad jurídica y el derecho del niño a reclamar lo necesario para cubrir sus requerimientos esenciales, debe optarse por el respeto de los derechos que hacen a su supervivencia. El sistema legal, por consiguiente, asume el riesgo de que la demanda de filiación resulte rechazada con posterioridad, ya que en aras de la protección del niño, afronta la posibilidad de que pueda resultar un daño para el patrimonio del demandado"[93]. Ésta es la tensión que admite el Código al habilitar la petición de alimentos al hijo no reconocido y que a la vez resuelve por aplicación del principio de buena fe, al establecer un límite: la necesidad de incoar la acción principal, la reclamación de la filiación, dentro de un lapso temporal que determine el juez según las circunstancias del caso.

IV) Significado de la reforma

El Código regula otro supuesto especial en materia alimentaria derivado de la responsabilidad parental que la doctrina –y en menor medida, la jurisprudencia– ha admitido con el objeto de ampliar la efectiva satisfacción del derecho humano de todo niño a una vida digna, siendo el cumplimiento de la obligación alimentaria un elemento sustancial para ello.

Los alimentos al hijo no reconocido, amén de beneficiar al niño, también lo son a favor de la madre, quien, de lo contrario, no sólo debe afrontar la crianza de su hijo, sino también todos los gastos que insume el buen desarrollo de un hijo.

El Código al reconocer de manera expresa la obligación al hijo no reconocido protege a la familia monoparental, es decir, aquella cuya responsabilidad sobre un hijo recae en un solo progenitor, admitiendo la doble carga que ello significa y la necesidad, por ello, de otorgar herramientas legales para afrontar y contrarrestar tal situación de vulnerabilidad.

[93] GROSMAN y HERRERA, *Un fallo que actualiza el debate sobre la díada, alimentos a los hijos y derechos humanos* cit.

De este modo, el Código –una vez más– cumple con uno de los objetivos centrales: proteger al vulnerable o más débil, siendo los hijos que aún no fueron reconocidos por sus padres, y, por ende, carecen de doble vínculo filial, quienes se encuentran en una clara situación de desventaja con relación a aquellos niños que cuentan con la presencia de ambos progenitores.

A fin de brindar una respuesta acabada, extensa o completa en la satisfacción de la obligación alimentaria a favor del hijo no reconocido, no sólo se faculta a solicitar alimentos provisorios durante el proceso de reclamación de la filiación extramatrimonial, sino, además, antes del inicio de dicha acción. En este último caso, se obliga a los jueces a fijar un plazo para que se incoe la acción principal, es decir, aquella tendiente a establecer el vínculo jurídico de padre e hijo del cual deriva la correspondiente obligación alimentaria.

Art. 665 *Mujer embarazada.* **La mujer embarazada tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada.**

I) Resumen

Una de las principales innovaciones que plantea el Código en materia de obligación alimentaria que se deriva de la responsabilidad parental son los alimentos a favor de la mujer embaraza. No sólo ha habido algunas voces jurisprudenciales en este sentido, sino también que se expiden a favor varias voces doctrinarias. Los alimentos que prevé este artículo son a favor de la mujer embarazada, por ende, es ella la única persona legitimada para solicitarlos, presumiéndose que si no se los reclama es porque se carece de necesidad o urgencia para que el presunto progenitor deba hacerse cargo de los gastos de embarazo, parto y posparto.

II) Concordancias

Existencia de la persona humana (art. 19); filiación (arts. 566 y 570); responsabilidad parental (arts. 638 y 639).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma

Una de las principales finalidades del nuevo Código es la de brindar solución a conflictos que afectan, en particular, a las personas más vulnerables.

Es sabido que el embarazo es una situación en la cual las mujeres se encuentran en un momento especial de mayor labilidad. Esta situación se complejiza si, además, se trata de mujeres embarazadas que no cuentan con red social de contención (una pareja, familiares, etc.), y más aún si carecen de recursos económicos para poder solventar los gastos que se derivan de toda situación de embarazo.

Así, el Código debe estar presente en este tipo de circunstancias, es por ello que se reconoce de manera precisa que toda mujer embarazada pueda peticionar alimentos al presunto progenitor a fin de poder contar con recursos mínimos para autosustentarse en un momento de importancia como lo es cuando está esperando la llegada de un hijo.

Es claro que este tipo de normativas benefician a los más débiles, como ser aquellas mujeres que no cuentan con una pareja con quien afrontar de manera conjunta la crianza de un hijo. Así, si la mujer embaraza estuviera casada, es evidente que el reclamo de alimentos debería ir dirigido a su marido. Ello no suele acontecer porque, por lo general, en esta primera etapa el cónyuge suele estar presente o, al menos, cubrir los gastos necesarios que se derivan de la situación de preñez.

¿A quién va dirigido el deber alimentario a favor de la mujer embarazada? A todos los diferentes supuestos en los cuales se puede encontrar una mujer embarazada: casada (sea en convivencia o separada de hecho), divorciada o soltera, en unión convivencial o sin una relación estable[94]. Es justamente a este último grupo, el más vulnerable, al cual se pretende que esta normativa también tenga aplicación aunque en la práctica, la faz probatoria sea la más compleja. Se trata de aquellas mujeres embarazadas que al no encontrarse unidas en matrimonio y, por ende, al no operar la presunción de filiación del cónyuge de quien da a luz, la petición de alimentos es más difícil, pero no por ello imposible.

[94] SILVA, Cristina I., *Derecho alimentario a la mujer embarazada*, en GROSMAN (dir.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos* cit., ps. 159 y ss.

Sucede que no se debe perder de vista el reiterado principio de igualdad entre los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. En ese contexto, también las personas por nacer deberían poder verse satisfechas del cumplimiento de la obligación alimentaria dirigida al presunto progenitor, tanto se tratara de una unión matrimonial o no. Es cierto que si se trata de un matrimonio, la prueba será más sencilla, pero ello no quiere decir que las mujeres embarazadas y no casadas no tengan el mismo derecho a ver cubiertas sus necesidades mínimas al poder reclamar alimentos al presunto padre.

Diversas normas de jerarquía constitucional plantean la protección de la mujer embarazada, por citar algunas, el Preámbulo y el artículo 6° de la Convención sobre los Derechos del Niño; el artículo 7° de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Además, es necesario recordar, y así resaltar, que el artículo 75, inciso 23, de la Constitución Nacional dispone de manera expresa que corresponde al Congreso, entre tantas otras cosas: "Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad. Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental, y de la madre durante el embarazo y el tiempo de lactancia". ¿Los alimentos a la mujer embaraza no cumplen con esta manda constitucional? La respuesta positiva se impone.

Por su parte, el derecho comparado observa varias regulaciones que reconocen los alimentos a favor de la mujer embaraza o al niño por nacer. Veamos, alimentos durante la "preñez" prevén diferentes legislaciones de América Latina, como El Salvador, Paraguay, Ecuador, Colombia, Perú, República Dominicana y Panamá. Otras legislaciones reconocen el derecho a peticionar alimentos con posterioridad al parto-nacimiento, pero para que cubran rubros referidos al embarazo y parto, como ser Francia, Suiza, España, Alemania y Costa Rica.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Cabe destacar que en el Derecho argentino ha habido algunos supuestos en los que se reconoce la obligación alimentaria a la persona por nacer, es decir, mientras la mujer está cursando un embarazo. Así, el Tribunal Colegiado de Familia N° 1 de La Plata, en fecha 23 de diciembre de 2002, obligó a un hombre a pagar alimentos provisorios para dos personas por nacer (mellizos), "advirtiendo a la actora que deberá activar el diligenciamiento del oficio a la Dirección de Asesoría Pericial a fin de determinar –a la mayor brevedad posible–, la calidad de hijo de los menores de autos, con relación al alimentante". Al comentar este fallo, Bigliardi, Lopes, Pietra y Robledo aseveran que se trató de un caso de alimentos provisorios como medida cautelar a favor de los no nacidos, lo cual "exige la concurrencia de dos presupuestos: 1) la verosimilitud del derecho, y 2) el peligro en la demora. Respecto del primer presupuesto, doctrinariamente se enfatiza en que abarca tres aspectos: a) la existencia del vínculo entre el actor y el demandado que conforme a las leyes civiles, dan derecho a los alimentos; b) la necesidad de quien los solicita, que comprende la justificación de la falta de recursos suficientes y la imposibilidad de obtenerlos por otros medios, y c) la posibilidad del demandado de proporcionarlos"[95]. Con relación a la legitimación activa, este cuarteto autoral agrega: "Si bien no desconocemos que el derecho alimentario se apoya en el emplazamiento en el estado de hijo, dado el carácter impostergable de las necesidades que los alimentos atienden, no nos cabe duda que la madre puede interponer la acción para solicitar que se fijen alimentos provisorios a favor de sus hijos por nacer"[96].

La jurisprudencia nacional observa también precedentes en los cuales se han fijado alimentos a la mujer embarazada casada, pero separada de hecho. Aquí la cuestión de la legitimación pasiva y la prueba es mucho más sencilla. Nos referimos al fallo del Tribunal de Familia N° 5 de Rosario del 6 de agosto de 2008[97]. Como se señala en el

[95] BIGLIARDI, Karina; LOPES, Cecilia; PIETRA, Luciana y ROBLEDO, Leandro, *Alimentos provisorios para el hijo por nacer*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 26, LexisNexis, Buenos Aires, 2004, p. 185.

[96] Ídem, p. 186.

[97] Trib.Coleg.Fam. N° 5 de Rosario, 6-8-2008, "G., B. P. c/M., H. H.", Abeledo-Perrot Online N° 70047101.

fallo: "se trata del reclamo alimentario de característica provisional impetrado por la progenitora y en representación de su hijo por nacer contra su marido el cual abandonó el hogar conyugal estando embarazada aquélla", en el que se destaca que la legitimación activa "se encuentra probada conforme constancia certificada de la libreta matrimonial [...] el certificado de su embarazo obrante [...] y la propia declaración de la presentante que se halla encinta (conf. art. 65 del Cód. Civ.). La titularidad de la patria potestad existe sin que medie reconocimiento, no deriva de la ley sino que ésta se limita a constatarla como preexistente. En cuanto a la legitimación pasiva el marido de la madre es quien la ley presume el padre del hijo (conf. art. 243, Cód. Civ.) y de acuerdo a la constancia instrumental citada ut supra, ello también se encuentra acreditado". En este precedente se reconoce que se carece de una normativa expresa que reconozca los alimentos a favor de la persona por nacer como aquel nacido que aún no ha sido debidamente reconocido, pero que ello no es óbice para su aceptación jurisprudencial. Además, que "El pedido de que se fije una cuota de alimentos provisoria no requiere necesariamente sustanciación, en atención a su provisoriedad y naturaleza cautelar pues tiende a cubrir las necesidades imprescindibles de la persona por nacer e indirectamente a la madre durante el curso del juicio, hasta tanto se arrimen otros elementos que permitan establecer el importe de la pensión definitiva", por lo cual, se hace lugar al reclamo de alimentos provisorios "a favor de la persona por nacer" disponiendo que los perciba la madre en su carácter de "representante legal".

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

Más allá de esta diferencia en materia de legitimación activa, los otros interrogantes que plantea esta especial obligación alimentaria son los mismos. El primero se refiere a la prueba. ¿Cuál podría ser prueba suficiente para acreditar la verosimilitud del derecho? Cualquier medio de prueba tendiente a demostrar que el demandado es el presunto

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

padre de la persona por nacer, es decir, que fue la persona que embarazó a la mujer. Por citar alguna, la convivencia durante el período de la concepción, el haber mantenido relaciones íntimas, diferentes actos que muestran un determinada posesión de estado (por ejemplo, acompañarla al médico, haber estado presente en ecografías, etc.). No así en principio, o por el momento, pruebas biológicas prenatales como ser vellosidades coriónicas o muestra de líquido amniótico por el riesgo que significa.

¿Cuáles son los rubros que debería cubrir la obligación alimentaria especial que regula el Código? Básicamente, todo lo esencial para cubrir las necesidades básicas de la mujer en ese momento particular como lo es estar transcurriendo un embarazo: alimentación, alojamiento, vestimenta, cobertura-gastos médicos e incluso el parto.

La doctrina admite que se trata de alimentos provisorios. En este sentido se ha expresado: "Se trata de una medida cautelar urgente que fenecerá si el niño no nace con vida. Entre dos derechos en pugna –por un lado, el perjuicio patrimonial del demandado que abone los alimentos y finalmente se compruebe que no es el padre de la persona por nacer, y por el otro, el derecho a la vida del *nasciturus*–, la justicia debe inclinarse por este último"[98]. Cabe destacar que del modo que se regula esta obligación en el Código, los alimentos no sólo tienen en cuenta la persona por nacer, sino, principalmente, a la mujer embarazada, siendo ella la única titular de la acción.

Los únicos requisitos que impone la norma son la prueba sumaria de la filiación alegada. Sucede que siendo un proceso de carácter cautelar, se debe probar la verosimilitud del derecho.

IV) Significado de la reforma

Una vez más, el Código recepta un supuesto especial de obligación alimentaria que beneficia a las personas más vulnerables, ya que no sólo se encuentran en un momento particular como lo es estar embarazada, sino también que al carecer de recursos económicos para autosustentarse se la faculta a peticionar la cobertura de gastos para su subsistencia y atención médica por parte del presunto padre.

[98] SILVA, ob. cit., p. 168.

Los alimentos a favor de la mujer embarazada protegen a ésta, pero también a la persona por nacer, dándose cumplimiento a una manda constitucional-internacional como lo es satisfacer el derecho de toda persona a un buen desarrollo, siendo imprescindible para ello que se vean satisfechas sus necesidades aun antes del nacimiento.

Con la obligación alimentaria a la mujer embarazada, el Código también intenta dar cumplimiento con otra manda constitucional-internacional como lo es la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales. En este sentido, cuando la mujer embarazada se encuentra unida en matrimonio, la petición y efectiva satisfacción de la obligación alimentaria es más sencilla; por el contrario, cuando se trata de una mujer embarazada que no está casada, se vería imposibilitada de recurrir a la justicia para el efectivo cumplimiento de dicha obligación. En otras palabras, los hijos que nacen en el marco de un matrimonio cuentan, por el sistema de determinación legal de la filiación, con doble vínculo jurídico. Los hijos que nacen fuera de un matrimonio no, ellos dependen del consecuente acto de reconocimiento. Ya a esta diferencia de carácter fáctico no se le deberían sumar otras como ser que uno pueda contar con el cumplimiento de la obligación alimentaria por parte de ambos progenitores y el otro sólo deba serlo de uno solo. El Código advierte que debe facilitar que todo niño –tanto el no reconocido como el por nacer– pueda, en la medida de lo posible, ver satisfecha la obligación alimentaria debida también por parte de dos personas: la madre y el presunto padre.

Más allá de las cuestiones probatorias que pueden observar cierta complejidad por la cual, en la práctica, pueda ser dificultoso que la mujer embarazada peticione obligación alimentaria alguna, lo cierto es que el legislador tiene un compromiso constitucional-internacional de receptar todas las herramientas legales posibles para que la obligación alimentaria pueda ser satisfecha en todos los momentos y etapas en que sean necesarias para que todo niño tenga una mejor calidad de vida.

Éste es otro supuesto fáctico en el cual la familia monoparental, con la consecuente situación de vulnerabilidad que pueda padecer, tenga su espacio en el nuevo texto legal.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Art. 666. ***Cuidado personal compartido.*** **En el caso de cuidado personal compartido, si ambos progenitores cuentan con recursos equivalentes, cada uno debe hacerse cargo de la manutención cuando el hijo permanece bajo su cuidado; si los recursos de los progenitores no son equivalentes, aquel que cuenta con mayores ingresos debe pasar una cuota alimentaria al otro para que el hijo goce del mismo nivel de vida en ambos hogares. Los gastos comunes deben ser solventados por ambos progenitores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 658.**

I) Resumen

La obligación alimentaria que se deriva de la responsabilidad parental no está directamente relacionada con el cuidado personal compartido. Así, es posible que a pesar de que ambos progenitores comparten con sus hijos una cantidad de tiempo similar, uno de ellos esté obligado a pasar una cuota alimentaria al otro al contar con mayores ingresos. Se trata de que los hijos gocen, en la medida de lo posible, el mismo nivel de vida, siendo beneficioso para ellos que el tiempo que pasen con cada uno tenga una calidad similar y no haya fuertes desproporciones en la calidad de vida.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 638, 639, 641, 644, 646, 650, 651, 653 y 658).

III) Interpretación de la norma

Principalmente en la doctrina, se suele tener cierto temor a que la idea del cuidado personal compartido –"tenencia compartida" en la terminología que se ha utilizado en la práctica hasta ahora– sea una herramienta legal utilizada para evadir la obligación alimentaria por parte de uno de los progenitores. Es decir que con la excusa de que el tiempo que los hijos pasan con cada uno de los padres es similar y que la obligación alimentaria recae en ambos progenitores, ninguno debe pasar alimentos al otro, o sea, no sería necesaria la petición y fijación de cuota alimentaria alguna. Este debate lo coloca de resalto

Claudio Belluscio –entre otros–, quien cita a Kielmanovich y algún precedente jurisprudencial en el que se afirmó que en el caso de "tenencia alternada" (cuidado personal compartido en modalidad alternada para utilizar terminología acorde con el Código) "no cabe fijar una cuota alimentaria en dinero para cualquiera de los progenitores, pues cada uno de éstos deberá hacerse cargo de las erogaciones que derivan de la manutención y cuidado de aquélla durante el tiempo que permanezca bajo su guarda". Este autor destaca que eso es "siempre que ambos progenitores cuenten con los ingresos suficientes para la manutención económica del menor"[99]. En el nuevo Código se va más allá, ya que ello sería así si los progenitores cuentan con recursos económicos equivalentes y así el hijo mantiene un mismo o similar nivel de vida en ambos hogares, que no es lo mismo.

De este modo, la loable finalidad del cuidado personal compartido –en cualquiera de sus modalidades: indistinto o alternado– se diluye, ya que no se lo observaría como una figura tendiente a dar cumplimiento efectivo al derecho de todo niño a relacionarse de igual modo y con igual intensidad con ambos progenitores, sino sólo a que uno de ellos se exima de tener que pagar alimentos.

Para evitar prácticas que, en definitiva, perjudiquen a los niños y al grupo familiar en general, el Código dispone expresamente que la obligación alimentaria no está en consonancia directa con el tiempo en que los progenitores pasan con sus hijos, sino, fundamentalmente, en la mencionada dupla integrada por las necesidades del alimentado y el caudal económico del alimentante. Ergo, si los padres acuerdan que el cuidado personal es compartido, no va de suyo que también lo sea la participación de cada uno en lo relativo a la obligación alimentaria. En este sentido, el progenitor que carezca de medios suficientes para poder afrontar los gastos que insume el hijo cuando esté con él, o que sí cuente con recursos, pero que sean de un nivel muy inferior al del otro progenitor, es posible que peticione se le abone una cuota alimentaria si el progenitor posee medios económicos que permitan al niño mantener el nivel de vida en ambos hogares.

El cuidado personal compartido no puede ni debe ser usado de

[99] BELLUSCIO, *Prestación alimentaria* cit., p. 294.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

manera extorsiva, básicamente, para eludir obligaciones alimentarias que permitirían que el hijo pueda gozar de una calidad de vida similar con los dos progenitores. Para ello, el legislador se preocupa de manera expresa de distinguir el cuidado personal compartido de la obligación alimentaria, es decir, de reconocer que se puede peticionar la fijación de una cuota alimentaria a favor de uno de los progenitores, a pesar de que el cuidado personal sea compartido, tanto en la modalidad indistinta como alternada.

IV) Significado de la reforma

El Código introduce cambios sustanciales en el régimen referido al cuidado personal de los hijos. De un sistema uniparental a uno fundado en la noción de "coparentalidad". Esa modificación trae consigo nuevos interrogantes en su aplicación práctica, en particular, qué incidencia tiene en la obligación alimentaria.

El nuevo texto se encarga de aclarar que el cuidado personal compartido no es óbice para que se pueda acordar por convenio o peticionar y establecer por orden judicial una cuota alimentaria a favor de un progenitor: el más vulnerable desde el punto de vista económico.

Así, una vez más, el Código se preocupa de manera especial por las personas más vulnerables, en este caso, de aquel progenitor que si bien pasa tiempo similar con el hijo, lo cierto es que carece de un caudal económico suficiente para que la diferencia con el otro progenitor no sea abismal o considerable y que, en definitiva, perjudique al hijo.

En el interés superior del niño, es necesario que el nuevo texto civil diferencie el cuidado personal compartido de la obligación alimentaria que si bien en un principio es compartida, o sea, cada uno de los progenitores se hace cargo de los gastos de los hijos mientras cada uno está con ellos, lo cierto es que en determinadas situaciones de gran desproporción en el nivel de vida en uno y otro hogar, se entiende que correspondería que el que se encuentra en mejor situación pueda contribuir económicamente con el otro progenitor en acortar la brecha en el nivel de vida en beneficio, principalmente, del hijo, pero también, en definitiva, de todo el grupo familiar.

Amén de la aplicación del principio de protección al más vulnerable o débil, este tipo de previsión también se funda en otro principio muy reiterado: el de solidaridad familiar.

Art. 667 ***Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores.*** **El hijo que no convive con sus progenitores, que se encuentra en un país extranjero o en un lugar alejado dentro de la República, y tenga necesidad de recursos para su alimentación u otros rubros urgentes, puede ser autorizado por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan sus necesidades. Si es adolescente no necesita autorización alguna; sólo el asentimiento del adulto responsable, de conformidad con la legislación aplicable.**

I) Resumen

El Código regula un supuesto especial que ya estaba contemplado en el texto civil derogado tras la reforma sustancial que introdujo la ley 23.264, relativo a los hijos que no viven con sus padres y que están alejados desde el punto de vista físico de ellos, ya sea dentro o fuera del país. Se prevé la situación en que los hijos tengan necesidades alimentarias y cómo se resuelve.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 638, 639, 643, 646, 657 y 658); procesos de familia (art. 704). Ley 26.061 (art. 3°).

III) Interpretación de la norma

Si bien en la mayoría de los casos los hijos menores de edad, e incluso aquellos mayores que no alcanzaron la edad de 21 años, conviven con ambos o uno de los progenitores, hay supuestos en los cuales esto no acontece. Ya sea que se trate de hijos que se van a estudiar a otro lugar, alejado del hogar familiar, o que por alguna otra razón decidan vivir fuera del radio de acción o en el que hasta ese momento habían tenido su "centro de vida" (art. 3°, ley 26.061).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Ya la ley 23.264 se ocupó de esta cuestión al disponer en el derogado artículo 284 que "Los menores adultos ausentes del hogar con autorización de los padres, o en un país extranjero, o en un lugar remoto dentro de la República, que tuviesen necesidad de recursos para su alimento u otras necesidades urgentes, podrán ser autorizados por el juez del lugar o por la representación diplomática de la República, según el caso, para contraer deudas que satisfagan las necesidades que padecieren".

Esta previsión se relacionaba con el también derogado artículo 275, que admitía que los hijos pueden habitar en otro lugar con autorización de los padres. En este contexto, alejados del hogar familiar, se permitía que los hijos pudieran contraer deudas para solventar los gastos alimentarios para cubrir sus necesidades. De ese modo, el artículo 284 implicaba reconocer: 1) que los hijos "menores adultos", es decir, de 14 años en adelante –hasta los 21 primero, y tras la sanción de la ley 26.579, hasta los 18–; 2) el alejamiento del hijo siempre que existiera autorización de los padres; 3) que el juez o la representación diplomática autorizara al hijo "mayor adulto" a contraer deudas para satisfacer sus necesidades[100].

El Código mantiene esta regulación, pero introduce algunas modificaciones, y así estar en consonancia con otros tantos cambios auspiciados por la obligada perspectiva constitucional-internacional.

La normativa vigente, y en análisis, no se circunscribe a los hijos "menores adultos", sino que este beneficio es para todo hijo que esté alejado de los progenitores por diferentes razones. Puede ser un niño que debido a una enfermedad debe estar en otra provincia a cargo de hecho de un pariente, por ejemplo, y no necesariamente alguien que tenga como mínimo una determinada edad (menor adulto, es decir, 14 años según el régimen derogado, o su par en el sistema vigente de adolescente, aquel que cuenta con 13 años o más). Por lo cual, ya aquí se observa una mayor flexibilidad que ostenta la previsión actual. Sí incide para la nueva normativa el carácter de adolescente para que no sea necesaria autorización judicial alguna, sino que sólo basta con

[100] BUERES, Alberto (dir.) y HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Hammurabi, Buenos Aires, t. 1B, p. 513.

el asentimiento del adulto responsable según la legislación que se aplique. Si se trata de un hijo que vive dentro del país, lo será de conformidad con las normas del Código. Aquí se regula otro acto jurídico complejo, en el cual para su validez se necesita del consentimiento del hijo adolescente, el que se completa o debe complementarse con el asentimiento de la persona que lo tenga a su cargo desde un sentido amplio, es decir, haya o no delegación de la responsabilidad parental (art. 643), guarda otorgada por el juez (art. 657) o una simple guarda o cuidado personal de facto.

Por último, también se observa otra flexibilidad: la previsión en análisis no se circunscribe al concepto de alimentos (con el contenido que le otorga el Código en el art. 569), sino que se alude de manera más amplia a "otros rubros urgentes".

IV) Significado de la reforma

El Código mantiene el supuesto excepcional de hijos que viven alejados de sus padres, ya sea dentro o fuera del país, pero introduce algunas modificaciones en consonancia con el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes, amén de reconocer que los supuestos por los cuales los hijos –de manera provisoria o permanente– están separados físicamente de sus padre pueden ser múltiples, por lo cual, no se limita a los hijos "menores adultos" (adolescentes en la nueva terminología y concepción del Código). Ésta es una modificación sustancial.

La otra reside en extender los supuestos de consentimiento-asentimiento, es decir, en reconocer que el hijo –en este caso, el adolescente, o sea, de 13 años en adelante– puede asumir deudas para solventar los gastos de su vida diaria o para algún otro rubro en particular que sea beneficioso para aquél, siempre que cuente con el asentimiento del adulto que esté a cargo de él. La razón de ello es que toda autorización judicial insume un tiempo, proceso, acceso e incluso gasto, que cuando se trata de solventar de manera urgente necesidades de tipo alimentarias sería mejor evitarlo si la protección al hijo aún menor de edad se puede obtener de un modo más sencillo, como ser, en este caso, contar con el asentimiento de la persona responsable.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Otra normativa más en la cual se observa la clara intención del legislador de facilitar o no entorpecer la efectiva satisfacción de un derecho humano como lo es el alimentario.

Art. 668 *Reclamo a ascendientes.* **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 verosímilmente las dificultades del actor para percibir los alimentos del progenitor obligado.**

I) Resumen

Si bien los alimentos entre parientes tienen una regulación propia, lo cierto es que la obligación a cargo de ascendientes cuando el alimentado o beneficiario son personas menores de edad observa ciertas particularidades. En especial, la obligación alimentaria entre abuelos y nietos ha tenido una consideración especial tanto en doctrina como en jurisprudencia auspiciada por la relectura que impone el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El Código tiene en cuenta todo este desarrollo y por eso flexibiliza algunas consideraciones de la obligación entre parientes cuando se involucra a personas menores de edad y se debe acudir a los ascendientes por imposibilidad o dificultad de los principales responsables y obligados: los padres.

II) Concordancias

Parentesco (arts. 539 a 544, 546 a 552 y 554); responsabilidad parental (arts. 638, 669 y 670); procesos de familia (art. 704).

III) Interpretación de la norma

La obligación alimentaria entre personas menores de edad y ascendientes es una obligación alimentaria entre parientes que observa algunas particularidades. Esto no sólo lo han destacado la doctrina[101]

[101] BÍSCARO, Beatriz R., *Alimentos a cargo de los abuelos. Principio de solidaridad de la obligación*, en SJA del 1-3-2006 y J. A. 2006-I-21; CATALDI,

y la jurisprudencia[102] en varias oportunidades, sino que también lo admite el nuevo Código. Tan así es que amén de destacar algunas consideraciones al regular en el Capítulo 2 del Título IV, sobre *Parentesco*, la cuestión de los *Deberes y derechos de los parientes*, cuya Sección 1ª se ocupa de los *Alimentos*, en particular, al afirmarse en el artículo 541 dedicado al contenido de la obligación alimentaria entre parientes que ésta se extiende a la educación cuando el alimentado es una persona menor de edad; en este capítulo dedicado a los alimentos derivados de la responsabilidad parental, también se alude en forma expresa al reclamo alimentario hacia ascendientes –en la gran mayoría de las veces, los abuelos–.

Es cierto –y el Código da cuenta de ello– que no es lo mismo ser padres que ser abuelos. En principio, los principales obligados a cumplir con el deber alimentario son los primeros. Ahora bien, cuando se trata de hijos menores de edad o que se encuentran en una situación de especial vulneración como también se reconoce a los hijos que se encuentran en la franja etárea entre los 18 y 21 años de edad, por el principio de *solidaridad familiar*, no se los puede tratar desde el plano jurídico de igual modo que a un adulto.

En este contexto, el interrogante es qué hay de diferencia en los alimentos entre abuelos y nietos, que si bien son alimentos entre parientes, no se les aplican exactamente las mismas reglas que a esta causa fuente alimentaria y, a la vez, no se trata de alimentos entre padres e hijos porque estos niños cuentan con obligados principales como son sus padres. En otras palabras, en qué difieren los alimentos entre abuelos y nietos del resto de los casos de alimentos entre parientes fundado, ni más ni menos, que involucra a personas menores de edad

Myriam M., *Obligación alimentaria de los abuelos*, en RDF 2007-I-97; FAMÁ, María Victoria, *Obligación alimentaria de los abuelos*, en GROSMAN (dir.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos* cit., ps. 279 y ss.; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *La obligación alimentaria de los abuelos de hoy*, en elDial, Número Especial, del 17-11-2008, Año XI, Nº 2659.

[102] CCCom. de Junín, 16-8-2008, "T. N. L. c/G. Vda. de L. M. E.", J. A. 2009-I-28; CNCiv., sala C, 23-2-2011, "V., M. M. y otros c/M., A.", Abeledo-Perrot Online Nº 70069892; CFam. 2ª Nom. de Córdoba, 14-9-2011, "G., M. A. c/S., C. R. y otro", L. L. C. 2011 (octubre), p. 993; CCCom. de Mercedes, sala I, 3-11-2011, "M., A. c/A. R. s/Tenencia", L. L. Online, AR/JUR/73901/2011.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

en pleno-desarrollo madurativo y esta especialidad es puesta de resalto por instrumentos internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual es reafirmada por la ley 26.061.

Como ejemplo del debate doctrinario y jurisprudencial que ha generado la obligación alimentaria entre abuelos y nietos desde la obligada perspectiva constitucional-internacional, cabe traer a colación un resonado precedente jurisprudencial dictado por el Tribunal de Familia N° 1 de Quilmes, Provincia de Buenos Aires, de fecha 18 de abril de 2007[103]. Aquí se decretó de oficio la "inaplicabilidad" del derogado artículo 367, que establecía un orden de prelación o preferencia de los obligados alimentarios como lo hace el texto actual en su artículo 537. Para defender su postura se argumentó, entre otras cosas, que: a) "el artículo 367 del Código Civil, no se halla en sintonía funcional con los fines que, de manera imperativa y preferente, propicia la CDN"; b) se "Ha flexibilizado también, la postura tradicional que considera que la obligación alimentaria de los abuelos nace cuando existe imposibilidad por parte de los propios padres para prestarla, afirmando que dicho principio debe ceder cuando se configuran circunstancias especiales que denotan la necesidad de hacer primar la tutela de derechos básicos de los menores"; c) "las disposiciones constitucionales desplazan la operatividad del artículo 367 del Código Civil, el cual no resulta oponible al menor titular del derecho fundamental y personalísimo que lo legitima a proponer directamente (no de modo sucesivo o subsidiario) la acción por alimentos contra sus abuelos, obligados sin más, acreditados los requisitos de procedencia, a su cumplimiento", y d) que "el principio de subsidiariedad de la obligación alimentaria de los abuelos con relación a los padres, se contrapone con las previsiones del artículo 27, incisos 2°, 3° y 4° de la CDN que establecen la procedencia del reclamo alimentario del niño contra sus padres u otras personas encargadas (inc. 2°), a otras personas responsables (inc. 3°) u otras personas que tengan responsabilidad financiera (inc. 4°) en pie de igualdad sin sucesividad ni subsidiariedad alguna".

[103] Trib.Fam. N° 1 de Quilmes, 18-4-2007, "B., L. E. c/C., D. y otra s/Alimentos", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 38, LexisNexis, Buenos Aires, 2008, ps. 219 y ss.

Como bien lo sintetizan Famá y Herrera, sobre este tema relativo a la "subsidiariedad" o no de la obligación alimentaria de los abuelos a favor de sus nietos se han esgrimido tres posturas: "La primera sería aquella que se la caracteriza de 'absoluta', afirmándose que constituye una 'visión tradicional'; la segunda entiende que se trata de una subsidiariedad 'relativa', siendo una postura intermedia defendida por la *Corte Suprema de Justicia de la Nación* en el fallo del 15 de noviembre de 2005; y la tercera que recepta el fallo en análisis y también los autores que tuvieron a su cargo comentarla, afirman la posibilidad de exigir el cumplimiento de la obligación alimentaria de los abuelos de manera directa a la luz de la obligada doctrina internacional de los derechos humanos"[104].

El Código adopta la postura intermedia o de subsidiariedad relativa, en la cual se comparte que no es lo mismo ser padre que ser abuelo, 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 deba 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 admite que existe una subsidiariedad de fondo, debiéndose demostrar al menos verosímilmente que el principal obligado no cumple con el deber que tiene a su cargo. Pero ello no es óbice, precisamente porque se trata de una persona menor de edad en la cual el incumplimiento alimentario lo perjudica en su desarrollo y sobre el cual recae una protección especial, flexibilidad de la cuestión procedimental. En este contexto procedimental, no habría subsidiariedad.

Esta flexibilización procesal que recepta el Código es seguida por varias legislaciones del Derecho Comparado, como el Código Civil de Quebec[105] y la Ley de Alimentos de Nicaragua[106], donde se establece que el alimentado puede demandar a uno de los obligados alimentarios o a todos simultáneamente.

A su vez, cabe destacar que ya el Proyecto de reforma, aprobado

[104] FAMÁ y HERRERA, *La obligación alimentaria de los abuelos hoy* cit.
[105] Art. 594, Cód. Civ. de Quebec.
[106] Ley 143.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

por la Cámara de Diputados en 1993, dispone expresamente que el requirente de alimentos podrá accionar simultáneamente, incluso, contra los obligados de distinto orden y que la sentencia impondrá el deber al más próximo o, en caso de que éste no pudiera satisfacerlo, a los que lo siguen, sin perjuicio del derecho de repetición en caso de existir más de un obligado[107].

IV) Significado de la reforma

El Código introduce una modificación sustancial auspiciada por el reconocimiento de los alimentos como un derecho humano tal como lo dispone el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que tal derecho observa ribetes especiales cuando compromete a una persona menor de edad. De este modo, no es lo mismo cuando los alimentos entre parientes involucran a adultos que cuando una de las partes, la más débil, como lo es quien necesita los alimentos, es un niño o adolescente.

En este contexto, si bien se admite 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.

Así, el Código asumiría que los alimentos entre abuelos y nietos son alimentos entre parientes "especiales". ¿En qué reside esta especialidad en beneficio del alimentado? En dos cuestiones: 1) admitir que el contenido de la obligación alimentaria se amplía, extendiéndose a un rubro tan esencial cuando se trata de niños y adolescentes como lo es la educación, tal como se prevé en el artículo 541 en su última parte, y 2) en la falta o flexibilidad en la denominada "subsidiariedad procesal", es decir, en la posibilidad de extender el reclamo por alimentos impagos por parte del principal pagador, los padres, a los abuelos en el mismo proceso.

Si bien la normativa en análisis exige a los fines de que proceda

[107] Ver arts. 319 y 320.

la acción contra los abuelos (ascendientes) demostrar verosímilmente las dificultades para el cobro por parte del principal obligado (el progenitor), lo cierto es que en la práctica este elemento es de muy fácil cumplimiento y sin dilación alguna ya que se permite que en el mismo proceso de alimentos contra el padre se pueda reclamar el pago a los abuelos, ergo, todo lo que se sustanció y probó en el proceso contra el primero será de utilidad para demostrar la verosimilitud que prevé la norma. ¿En qué reside este requisito? Se funda en el reconocimiento del Código de que, precisamente, no es lo mismo ser padre que ser abuelo, y que el reclamo contra este último surge del incumplimiento del primero. ¿Acaso si ambos progenitores cumplieran con el deber alimentario a su cargo en tiempo y forma sería viable peticionar, igual, contra los abuelos? La respuesta negativa se impone y la reforma da cuenta de ello.

Art. 669 ***Alimentos impagos.*** **Los alimentos se deben desde el día de la demanda o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación.**

Por el período anterior, el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente.

I) Resumen

El Código resuelve el debate doctrinario y jurisprudencial sobre desde cuándo se deben los alimentos, más precisamente desde cuándo son exigibles, que es de lo que realmente se ocupa el texto en análisis. El Código dispone que la obligación alimentaria incumplida es exigible desde el día de la interposición de la demanda o de la interpelación del obligado por medio fehaciente, teniéndose en cuenta que varios ámbitos provinciales establecen una etapa previa de mediación, la cual también debe ser considerada un modo fehaciente de interpelar al incumplidor. Ello es así siempre que la demanda se inicie dentro de los seis meses de tal interpelación. ¿Qué sucede con los alimentos anteriores? Se legitima al progenitor que afrontó de manera personal y en

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

soledad la obligación alimentaria para que peticione el reembolso de la parte que este progenitor abonó y que le hubiera correspondido solventar al progenitor deudor.

II) Concordancias

Alimentos entre parientes (arts. 542 a 553); medidas ante el incumplimiento (art. 670); procesos de familia (arts. 705, 706 y 716); Derecho Internacional Privado (arts. 2629 y 2630).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Desde cuándo se deben los alimentos*

Como se ha puesto de resalto en varias oportunidades, en materia alimentaria la cuestión de la interacción entre fondo y forma es menos clara o su entrecruzamiento es más evidente, lo cual hace que el tema sea más complejo.

Para poder comprender a qué se refiere o qué le interesa regular a la normativa en análisis, se debe diferenciar desde cuándo nace la obligación alimentaria entre padres e hijos de otra cuestión que se refiere a desde cuándo es exigible la obligación alimentaria cuando ésta es incumplida.

De querer tener una visión de conjunto, puede decirse que, en lo fundamental, el Código regula la obligación alimentaria (art. 658) estableciendo *desde cuándo nace la obligación alimentaria* (arts. 658, 664, 665), *hasta cuándo* es debida (arts. 658, 2° párr. y 663), su *contenido prestacional* (arts. 659 y 660) y las *contribuciones* entre los obligados (arts. 662 y 668).

En la normativa en análisis, lo que se resuelve no es la cuestión de fondo acerca del nacimiento de la obligación alimentaria, sino desde cuándo ella es exigible en supuestos en donde uno de los obligados no cumple con su efectiva satisfacción.

Entrando en el tema que sí interesa al legislador en esta oportunidad, es dable destacar en primer lugar que se sigue la propuesta del Proyecto de 1998, que en su artículo 625 referido a la *Retroactividad de la sentencia* asevera que "Los alimentos se deben desde el día de la demanda

o desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda dentro de los seis meses de la interpelación". Esta normativa se encuentra dentro del capítulo referido a los "derechos y deberes de los parientes", al igual que lo hace el Código en el artículo 548. Esta normativa es igual, tanto en materia de alimentos derivada del parentesco como de la responsabilidad parental.

¿Cuál ha sido el avance que trae consigo el Código? El artículo 375 del texto derogado (también en el capítulo relativo a los *Derechos y obligaciones de los parientes*) establecía que "El procedimiento en la acción de alimentos, será sumario, y no se acumulará a otra acción que deba tener un procedimiento ordinario; y desde el principio de la causa o en el curso de ella, el juez, según el mérito que arrojaren los hechos, podrá decretar la prestación de alimentos provisorios para el actor, y también las expensas del pleito, si se justificare absoluta falta de medios para seguirlo". Esta normativa no era clara para resolver el interrogante referido a desde cuándo se deben los alimentos una vez que ellos ya son peticionados ante su incumplimiento. Como bien lo señala Wagmaister al comentar el mencionado artículo 625, que prevé el Proyecto de reforma de 1998 y que se sigue en el Código: "El artículo 375 del Código Civil vigente al decir [...] desde el principio de la causa o en el curso de ella [...] ha suscitado controversias acerca de la determinación de los efectos de la sentencia. La jurisprudencia mayoritaria estableció el carácter retroactivo de la sentencia de alimentos a la fecha de la interposición de la demanda y luego el Código Procesal de la Nación en su artículo 644, párrafo primero *in fine* y el Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires en el artículo 641, consideraron que: «Admitida la presentación, el juez fijará la suma que considere equitativa, y la mandará a abonar por meses anticipados, desde la fecha de la interposición de la demanda»". Agrega esta autora que "En cuanto a la posibilidad de sentencia condenatoria que pueda declarar la existencia de derecho a percibir alimentos desde la constitución en mora extrajudicial, no hay previsión expresa alguna en nuestra ley"[108]. Esta misma aseveración surge de algunos precedentes

[108] WAGMAISTER, Adriana, *Los alimentos en el Proyecto de Código Civil unificado con el Código de Comercio*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 18, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 90.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

jurisprudenciales que destaca Alicia Castro y por los cuales afirma: "Por el momento, en nuestro sistema jurídico la interpelación judicial no tiene recepción legislativa ni judicial. La sala F de la Cámara Nacional en lo Civil ha manifestado que no existe en nuestro Derecho posibilidad de constituir al deudor en mora extrajudicial con la virtualidad de permitir al acreedor retrotraer los efectos de la sentencia anterior a la demanda"[109]. He aquí un primer avance –y sustancial– que trae la reforma: *la admisión de toda interpelación por medio fehaciente, entendiendo que este hecho tiene la virtualidad de hacer retrotraer los efectos de la sentencia* (y, por ende, desde cuándo se hacen exigibles los alimentos impagos).

Sobre este punto, es dable resaltar que por interpelación debe ser interpretado en sentido amplio, es decir, también se entiende por tal la etapa de mediación prejudicial que ya tantísimos precedentes jurisprudenciales habían admitido que la sentencia de alimentos se retrotraiga a la interposición de la mediación. Al respecto, Pagés afirma que la claridad del artículo 644 del CPCCN, mediante la cual se establece que la cuota alimentaria se manda a pagar retroactivamente desde la interposición de la demanda, fue puesta en crisis "a partir de la sanción de la ley de mediación 24.573, cuyo artículo 2° no excluyó del trámite previo obligatorio a los reclamos de alimentos, se hizo necesario efectuar una interpretación que permitiera armonizar el alcance del artículo 644 del Código Procesal con el contenido de dicha ley. Es que, al erigirse la mediación como un trámite obligatorio previo al inicio del proceso, ninguna duda cabe de que –no obstante su naturaleza no jurisdiccional– constituye un requisito de admisibilidad de la demanda. Por ende, no parece adecuado condicionar un efecto propio de la interposición de la demanda, como es el devengamiento de la cuota alimentaria, a la presentación de ésta en el juzgado luego de fracasada la mediación, pues en tal caso se privaría injustificadamente al actor –durante ese período– de la prestación"[110]. Esta misma mirada crítica, ¿no podría extenderse a los casos en que el actor notifica al deudor del incumplimiento y, por ende, comienza a realizar actos y

[109] CASTRO, Alicia, *¿Desde cuándo se deben los alimentos?*, en GROSMAN (dir.), *Alimentos a los hijos y derechos humanos* cit., p. 247.

[110] PAGÉS, Hernán H., *Proceso de alimentos*, Astrea, Buenos Aires, 2009, p. 95.

así exterioriza su reclamo, su necesidad alimentaria? Sin previsión legal expresa, la jurisprudencia no se ha atrevido a extender los efectos retroactivos de la sentencia. La reforma sí lo hace.

El Código al receptar de manera expresa la interpelación de modo fehaciente no sólo admite de manera expresa la mediación –y así compatibilizar la ley de mediación con la legislación civil–, sino que la amplía a cualquier tipo o manera de exteriorizar la falta de cumplimiento y la consecuente necesidad alimentaria de modo fehaciente. Si bien es cierto que la mediación es en la actualidad el "modo fehaciente" que fija el momento al cual se retrotrae la sentencia de alimentos, ello lo es, precisamente, porque la jurisprudencia no acepta otro tipo de interpelación que no sea ésa.

III.2) *La acción de reembolso*

¿Qué sucede con la doble carga alimentaria que ha debido cubrir el progenitor conviviente o no deudor? Éste también es otro interrogante que resuelve el Código, regulando de manera expresa el derecho de reembolso que tiene el progenitor no deudor respecto del incumplidor para que le reintegre la parte que el progenitor conviviente abonó y que le correspondía hacerlo al otro.

El reconocimiento expreso del derecho a reembolso del progenitor que debió cargar con la totalidad de los alimentos ante el incumplimiento del otro obligado –por lo general, el progenitor no conviviente– ha sido otro de los temas debatidos en la doctrina, y en la jurisprudencia se han manifestado voces dispares.

El Código admite que quien está legitimado para reclamar los gastos que ya abonó es el mismo progenitor, quien hizo el desembolso, y no el hijo que ya se vio satisfecho de sus necesidades alimentarias, precisamente, porque el progenitor conviviente lo hizo. Se trata de un reclamo que hace el progenitor en carácter de acreedor, es decir, por derecho propio y no en representación del hijo.

Así lo han sostenido Castro y Sesin[111], al entender que si el progenitor ha soportado los gastos de su hijo, sea éste quien tiene derecho

[111] CASTRO, Alicia M. y SESIN, María Patricia, *Legitimación procesal en el reclamo de cuotas alimentarias atrasadas*, en E. D. 175-787.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

a verse reembolsado de ese gasto, más allá de que el hijo haya llegado o no a la mayoría de edad. Se trata de un crédito que se le reconoce a quien solventó el total de la obligación alimentaria, por lo cual, deviene irrelevante que el planteo se esgrima antes o después de que el hijo haya arribado a la mayoría de edad.

Como bien se señala en un trabajo, "Esta postura mayoritaria de la jurisprudencia, ha sido recepcionada por el actual Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación (conforme dec. 191/2011), ya que la segunda parte de su artículo 669 (referido a los alimentos impagos), dice que «el progenitor que asumió el cuidado del hijo tiene derecho al reembolso de lo gastado en la parte que corresponde al progenitor no conviviente»"[112].

IV) Significado de la reforma

El Código introduce algunas modificaciones solicitadas por varias voces doctrinarias y jurisprudenciales. Se trata de incorporar en la ley conflictos que observan una dispar solución, apelándose a la doctrina que se siga.

La mediación prejudicial ha sido uno de los tantos cambios que observa la práctica en el campo del derecho alimentario ya que este tipo de conflictos se dirimen, previamente, en una etapa previa al proceso. ¿Qué incidencias ha tenido esto en la cuestión alimentaria? Una de ellas se refiere a la retroactividad de la sentencia y, consigo, a desde cuándo se deben los alimentos que se reclaman. ¿Las necesidades de un derecho humano como lo son los alimentos, sólo se explicitan cuando se inicia la etapa de mediación o también se podrían reclamar antes, mediante carta documento u otro modo fehaciente? El Código tiene por objeto proteger a las personas más vulnerables. El caso de los hijos en que uno de sus padres no cumple su obligación alimentaria, y ésta recae totalmente en el otro, constituye una clara situación de vulnerabilidad.

[112] BELLUSCIO, Claudio, *Actualización. El cobro de las cuotas atrasadas, al momento en que el hijo adquirió la mayoría de edad*, en http://www.garciaalonso.com.ar/actualizacion.php?id=94.

¿Cómo se reconoce y resuelve en el nuevo texto legal esta situación? Ampliando la cobertura del reclamo alimentario, el cual se retrotrae a la interposición de la demanda o al momento de la interpelación de manera fehaciente, no siendo únicamente la notificación de la etapa de mediación el único modo de interpelar al demandado. Y concediéndole al progenitor que ha cubierto las necesidades alimentarias del hijo a pesar del incumplimiento del otro el derecho de verse reembolsado de tales gastos en proporción a lo que solventó y le correspondía al deudor hacerlo.

Art. 670 ***Medidas ante el incumplimiento.*** **Las disposiciones de este Código relativas al incumplimiento de los alimentos entre parientes son aplicables a los alimentos entre padres e hijos.**

I) Resumen

El Código regula diferentes tipos de fuente de la obligación alimentaria. Algunas previsiones referidas a una de estas obligaciones, como ser la derivada del parentesco, se deben extender también a las obligaciones alimentarias derivadas de la responsabilidad parental. Se trata de evitar reiteraciones y, a la vez, alcanzar una regulación coherente, integral y sistémica, en la que se mantengan ciertas normativas que, en definitiva, son comunes o se aplican para ambas causas fuentes alimentarias: parentesco y responsabilidad parental.

II) Concordancias

Parentesco (arts. 537, 539, 542 a 544, 547, 548, 550 a 553); responsabilidad parental (arts. 638 y 639); procesos de familia (arts. 706, 707, 709, 710 y 711).

III) Interpretación de la norma

El Código no incurre en reiteraciones, sino que, por el contrario, al tener una reelaboración sistémica apela a las remisiones.

Si bien los alimentos derivados de la responsabilidad parental como

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

así de la del parentesco –y en mayor medida las derivadas de la relación matrimonial– observan claras diferencias, las dos primeras encuentran también varias similitudes.

En primer lugar, y ello le cabe a todas las fuentes alimentarias, todo lo relativo a las diferentes medidas que se pueden adoptar ante su incumplimiento involucra instituciones del Derecho Procesal. Así, el embargo o la inhibición general de bienes, por citar algunas, son figuras que se aplican como una de las tantas medidas que se pueden solicitar y el juez otorgar ante el incumplimiento alimentario que carecen de una regulación particular o un espacio especial en el Código por las obvias limitaciones que trae consigo la distinción entre materia de fondo/incumbencia federal y materia de forma o procesal/incumbencia provincial o local. Esta restricción o cuidado que la legislación de fondo debe tener presente cabe para cualquiera de las causas fuentes de la obligación alimentaria.

En segundo lugar, cabe a modo de aclaración otra afirmación. La regulación de la obligación alimentaria entre parientes observa mayores similitudes que la obligación alimentaria que se deriva del vínculo matrimonial en sentido amplio, es decir, extensible a los alimentos posdivorcio. No sólo en materia alimentaria entre parientes como en mayor medida en la derivada de la responsabilidad parental pueden estar involucrados niños y adolescentes con la consecuente protección especial que les cabe, sino que además presentan una gran cantidad de similitudes en el campo procedimental hábil para que la reforma pueda tejer un puente entre ambas mediante la postura legislativa de la remisión. Remisión que responde, además, de que la obligación alimentaria entre parientes se regula antes (a partir del art. 540) que aquella derivada de la responsabilidad parental (desde el art. 658). Por lo tanto, si se pretende evitar reiteraciones, era claro que la obligación alimentaria que observaría un mayor desarrollo o interés normativo serían los alimentos entre parientes y una regulación más breve por efecto de la reiterada remisión, los alimentos derivados del vínculo entre padres e hijos.

En tercer término, no se deben perder de vista las leyes locales especiales que prevén la creación de un registro de deudores alimentarios (por citar una, la ley 269 de la Ciudad de Buenos Aires),

la cual constituye otra típica medida –de escaso poder práctico– ante el incumplimiento alimentario. Si bien no está dentro del Código, no se duda de su condición de ser una medida –entre otras– para disuadir y también sancionar el incumplimiento del deber alimentario.

¿Cuáles son las normativas relativas a la obligación entre parientes referidas al incumplimiento alimentario que se aplican de manera extendida a los casos de incumplimiento del deber alimentario derivado de la responsabilidad parental? Varias son las normativas compatibles y, por ende, que se aplican a ambas fuentes de la obligación alimentaria. Por citar alguna, los alimentos provisorios que prevé el artículo 544, incluidas las expensas del pleito que expresamente recepta esta normativa. De manera general, el artículo 550 establece que el dictado de medidas cautelares –sin especificar cuáles, por ende todas las que sean pertinentes– pueden serlo para asegurar el pago de alimentos futuros, provisionales, definitivos o convenidos. Esta previsión se extiende, sin lugar a dudas, a los alimentos que deben los padres a sus hijos. Igual postura se debe seguir con relación a la previsión de que son solidariamente responsables del pago de una deuda por alimentos el demandado como así su empleador si no cumple con la orden judicial que lo conmina a depositar la suma fijada para cumplir con dicha obligación.

Además, el artículo 553 se refiere a *Otras medidas para asegurar el cumplimiento*, aludiéndose de manera general que los jueces están facultados a imponer al responsable del incumplimiento reiterado de la obligación alimentaria medidas razonables para asegurar la eficacia de la sentencia. Esta normativa amplia, que también se aplica a los casos de alimentos derivados de la responsabilidad parental, responde a la necesidad de que un Código siempre pueda estar o verse actualizado por el desarrollo de la práctica, o sea, a no ser tan estricto y así cerrar posibilidades constitucionalmente válidas tendientes a satisfacer el derecho de toda persona a ver cumplida la obligación alimentaria de la cual es destinataria.

Un claro ejemplo de la pertinencia de la normativa flexible que recepta el Código en el artículo 553, y al cual se remite, de manera general, la disposición en análisis, es el caso resuelto por el Tribunal

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

de Familia N° 5 de Rosario, en fecha 29 de octubre de 2010[113], en el que se dispuso la restricción de salida del país del progenitor no conviviente que no cumplía con los alimentos provisorios fijados a favor de su hijo de 3 años de edad. Para así decidir, se puso de manifiesto en la sentencia: "Que a raíz de su actividad el alimentante realiza viajes dentro y fuera del país, por razones laborales o de placer como ser a EE. UU., China, Japón, Paraguay, etcétera. Se peticiona una medida de restricción migratoria no prevista legalmente, aunque existió un proyecto de ley aprobado por la Cámara de Diputados en 1993 en ese sentido y hay países que receptan la solución, así Ley de Tutela de Menores de Venezuela (art. 55); Código del Menor de Ecuador (art. 74); Código del menor de Colombia (art. 148); Código de Familia de El Salvador (art. 258), entre otros", por lo tanto, se entendía que en el caso en concreto la restricción de salida del país sería una medida adecuada ya que al incumplidor realmente le causaría un perjuicio no poder ausentarse del país y, por ello, verse conminado ante tal necesidad de cubrir con los alimentos provisorios fijados y reiteradamente incumplidos. En tal sentido, se expuso: "Es procedente ordenar la prohibición de salir del país al progenitor alimentante, incumplidor de la cuota alimentaria fijada judicialmente, en tanto las medidas tomadas en pos de su cumplimiento –inscripción de éste en el Registro de Deudores Alimentarios Morosos y denuncia en su contra en sede penal por incumplimiento a los deberes de asistencia familiar– resultaron infructuosas, ya que debe atenderse la satisfacción del superior interés del niño, el cual prevalece por encima de cualquier otro interés legítimo o simple, conforme el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, y la tutela judicial efectiva en tiempo útil, en virtud del artículo 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos".

¿Este tipo de resoluciones tendrían andamiaje en el texto civil actual? Justamente, normativas como el artículo 553, el cual es plenamente operativo por disposición del artículo en análisis, permiten afirmar que decisiones como la que se adoptó en el precedente sintetizado también ya encuentran fundamento legal en el Código de fondo. ¿Cuá-

[113] Trib.Coleg.Fam. N° 5 de Rosario, 29-10-2010, "P., A. J. c/R., G. A., L. L.", L. L. Online, AR/JUR/64548/2010.

les podrían ser otras medidas loables a fin de lograr el efectivo cumplimiento alimentario? La doctrina enumera varias, como ser: el retiro de la licencia de conducir, percepción directa de asignación familiar, la comunicación a la entidad gremial o profesional del incumplimiento, anotación en otros registros que no sea el de deudores alimentarios, entre otros[114]. Todos ellos, debidamente fundado por el juzgador, podrían ser ordenados de conformidad con esta vía de ingreso o apertura que recepta el Código.

IV) Significado de la reforma

El Código se hace eco de todos los avances que ha habido en materia alimentaria auspiciado, principalmente, por la obligada perspectiva constitucional-internacional y, en especial, al considerar que el derecho alimentario es un derecho humano cuya efectiva satisfacción constituye una clara obligación estatal en el que la ley tiene un importante rol.

Siendo las necesidades alimentarias un derecho cuya efectiva satisfacción está en relación directa con el tiempo y ese elemento, a la vez, con la faz procesal o procedimental para que se pueda cumplir con la obligación alimentaria lo antes posible, el Código sabe que para la efectividad del Derecho de fondo se debe contar con herramientas procedimentales hábiles para tal finalidad. De allí que en materia alimentaria, el Código no sólo tenga previsiones de fondo, sino también algunas de índole procesal. Es por ello que en el Título IV del Libro Segundo referido al *Parentesco*, el tema de la obligación alimentaria observa un lugar relevante, receptándose varias novedades normativas tendientes a satisfacer el deber alimentario en su carácter de derecho humano. Todas estas herramientas de fondo y forma que se prevén en el campo de la obligación alimentaria entre parientes son tenidas en cuenta en la obligación alimentaria que se deriva de la relación entre padres e hijos.

De esta manera, el Código extiende todo el manto legal de pro-

[114] Ver, entre tantos otros, PREVALIL, Sandra, *Medidas frente al incumplimiento alimentario*, en GROSMAN, *Alimentos a los hijos y derechos humanos* cit., ps. 325 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

tección a un tipo de relación familiar como lo es el parentesco, a otra tipología de mayor interés práctico como lo es el derivado de la responsabilidad parental. Esta remisión expresa que recepta el artículo en análisis permite, ni más ni menos, extender a la obligación alimentaria de los padres las mejoras y avances que ha alcanzado el Código en materia de alimentos entre parientes, en particular, en la difícil y compleja búsqueda por alcanzar su cumplimiento efectivo a través de diferentes medidas que se pueden adoptar o que en el futuro se puedan llegar a ordenar. Esta previsión flexible y amplia que permite la extensión a otro tipo de medidas es, de por sí, un gran acierto de la reforma.

CAPÍTULO 6

DEBERES DE LOS HIJOS

Art. 671 *Enumeración.* **Son deberes de los hijos:**

a) respetar a sus progenitores;

b) cumplir con las decisiones de los progenitores que no sean contrarias a su interés superior;

c) prestar a los progenitores colaboración propia de su edad y desarrollo y cuidar de ellos u otros ascendientes en todas las circunstancias de la vida en que su ayuda sea necesaria.

I) Resumen

La relación entre padres e hijos ha sufrido modificaciones en los últimos tiempos relacionadas con la autonomía progresiva reconocida a los hijos y con los límites a la "potestad" de los progenitores en la persona de los niños. El Código enumera cuáles son los deberes de los hijos en este marco de transformación de la "patria potestad" a la "responsabilidad parental".

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 638 y 639); derechos y deberes de los progenitores (art. 658).

III) Interpretación de la norma

El artículo en comentario enumera en forma concreta los deberes de los hijos estableciendo, en primer lugar, que deben respetar a sus progenitores. En segundo lugar, que deben cumplir las decisiones cuando no sean contrarias a su interés superior, en tercer lugar, que deben colaborar de acuerdo a su edad y grado de madurez o desarrollo. Por último, el deber de cuidar a sus progenitores y ascendientes en las circunstancias que sea necesario.

Esta postura legislativa que adopta el Código en cuanto a considerar al niño, niña o adolescente sujeto de derecho, integrante de la familia, se inspira en los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño receptada constitucionalmente en la reforma de 1994. En ese marco, es entendible que el Código no sólo reconceptualice los derechos y deberes de los padres, sino también los derechos y deberes a cargo de los hijos.

Por lo tanto, la obligada "constitucionalización del Derecho Privado" no sólo impacta en la mirada de los adultos (los padres), sino también en la de los niños (los hijos).

El Código introduce modificaciones en el derogado artículo 266, dejando de lado el concepto de obediencia que remite a la antigua concepción de patria potestad, donde el padre de familia era quien tomaba las decisiones, e incorpora la posibilidad de cumplir con las decisiones de sus progenitores cuando no sean contrarias a su interés superior, principio rector y pilar de la reforma en lo concerniente a niños, niñas y adolescentes y responsabilidad parental. En ese sentido, no sólo se deroga la noción de "obediencia", sino que se establece el deber de los hijos de cumplir las decisiones de sus padres siempre que ello sea en su interés superior, límite que se funda en lo previsto en el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por el contrario, la norma mantiene el vocablo "respeto" como uno de los deberes de los hijos con los padres.

Asimismo, incorpora en el artículo la regla de la autonomía progresiva al establecer que los niños y adolescentes deben colaborar con sus padres de acuerdo a su edad y a su desarrollo. Podemos citar,

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

como un ejemplo, la colaboración en tareas del hogar o en el cuidado de hermanos más pequeños, etcétera.

Por último, siendo los niños y adolescentes sujetos de derecho en los que se tiene en cuenta su edad y grado de madurez, es entendible que el Código reconozca también el deber de éstos de poder colaborar y asistir a sus padres como, en general, a todo otro ascendiente (por lo general, los abuelos).

De este modo, no sólo hay deberes a cargo de los padres, sino también a cargo de los hijos, pero siempre teniéndose en cuenta la protección especial que gira en torno a este grupo etario[115].

IV) Significado de la reforma

Este artículo, incorporado en el Capítulo 6 del Título VII, luego de los deberes y derechos de los progenitores, modifica de manera sustancial el derogado artículo 266[116], que establecía que los hijos debían respeto y obediencia a sus padres y que, aun estando emancipados, estaban obligados a cuidarlos en su ancianidad o en situación de enfermedad o demencia, así como también proveer a sus necesidades de ser esto necesario, este deber incluía también a sus ascendientes.

El nuevo texto no sólo introduce modificaciones de índole formal o relativas a la redacción, quitándose, por ejemplo, la palabra "demencia", sino que también introduce cambios de fondo, a tono con la idea de los hijos como sujetos de derecho y la importancia de la edad y grado de madurez para poder exigirles una mayor presencia o actividad en lo relativo a la ayuda en el hogar y colaboración con los adultos.

Por otra parte, no se debe perder de vista la expresa derogación del término "obediencia", el que se observa contradictorio con la idea más democrática de familia.

En este sentido, se considera que el Código, al regular los deberes de los hijos en el modo que lo hace, no sólo focaliza en la democratización desde el rol de los adultos, sino también de los hijos, quienes están facultados para tomar decisiones siempre según su edad y grado

[115] Arts. 3°, 5° y 12 de la CDN, y 3°, 24 y 27 de la ley 26.061.

[116] Que se encontraba reformado por la ley 23.264.

de madurez. Dentro de estas decisiones, también está el cumplir determinados deberes hacia sus padres y demás parientes.

CAPÍTULO 7

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES E HIJOS AFINES

Art. 672 ***Progenitor afín.*** **Se denomina progenitor afín al cónyuge o conviviente que vive con quien tiene a su cargo el cuidado personal del niño o adolescente.**

I) Resumen

El Código regula a la llamada "familia ensamblada". De este modo, define como progenitor afín al cónyuge o conviviente del progenitor que tiene a su cargo el cuidado del niño o adolescente. Le otorga determinados derechos y deberes a cargo de tales personas en beneficio de los hijos de su pareja –casada o no– con quienes convive. Esta denominación se utiliza con independencia de que el progenitor no conviviente haya fallecido o se lo haya privado de su responsabilidad parental. Es decir, no se trata de reemplazar al progenitor no conviviente, sino, por el contrario, de reconocer desde el plano normativo la ampliación de lazos afectivos que un niño puede tener. Así, se trata de una figura que suma, adiciona y no que reemplaza o excluye.

II) Concordancias

Matrimonio (arts. 403 y ss.); uniones convivenciales (arts. 509 y ss.); derechos y deberes de los parientes (arts. 538 y ss.).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Algunas consideraciones sobre familia ensamblada*

Este Código incorpora un concepto que se viene desarrollando hace años en la doctrina nacional que tiene su raíz en las segundas uniones de los miembros de una pareja que tienen hijos de la unión anterior, lo que se denominó familia ensamblada.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

La legislación al referirse de manera amplia a "protección integral de la familia" (art. 14 bis de la Const. Nac.) obliga a extender el reconocimiento jurídico de los lazos de afecto con los que puede contar un niño. Podemos observar a la Convención sobre los Derechos del Niño que en su artículo 5° se refiere de manera expresa a otros referentes afectivos o comunitarios del niño y localmente en el decreto reglamentario de la ley 26.061 que hace hincapié en los referentes afectivos (art. 7°).

La realidad social muestra que una vez finalizada una unión por divorcio, separación o fallecimiento, uno de los miembros de la pareja o ambos vuelven a formar pareja, lo cual implica nuevas interacciones y lazos sociales entre los integrantes (en especial, los hijos) de la primera unión y la segunda pareja del progenitor, que a la vez, puede haber tenido nueva descendencia.

Así, se entiende por familia ensamblada a la "estructura familiar originada en el matrimonio o unión de hecho de una pareja, en la cual uno o ambos de sus integrantes tienen hijos provenientes de un casamiento o relación previa"[117].

Como bien se ha expresado: "Hoy ya no existe un modelo único de familia, sino que existen diferentes tipos de familias: la nuclear, la monoparental, las uniones de hecho, familias heterosexuales y homosexuales, y todas han recibido a lo largo de la historia reconocimiento y regulación legal. Las familias ensambladas también integran estos nuevos modelos de familia y con ellas se identifica una situación consistente en la presencia, en el mismo hogar, y como consecuencia de un nuevo matrimonio, a raíz del divorcio o de la muerte de uno de los cónyuges, hijos de diferentes nupcias, es decir, de los nacidos en la anterior relación conyugal o de hecho, y de la nueva unión"[118]. Esta realidad social ha sido puesta de resalto en el plano jurídico por

[117] GROSMAN, Cecilia P. y MESTERMAN, Silvia, *Organización y estructura de la familia ensamblada. Sus aspectos psicosociales y el aspecto legal*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 2, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, p. 29.

[118] GUERRA, Claudia, *Familias ensambladas. La necesidad de su regulación legal*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 52, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, noviembre de 2011, p. 47.

Grosman, quien viene analizando desde hace tiempo los nuevos interrogantes que plantea este tipo de organización familiar conocida coloquialmente como "los tuyos, los míos y los nuestros"[119].

Sucede que el fenómeno de las familias ensambladas va en aumento, siendo cada vez más común hablar del "marido de mi mamá", "la esposa de mi papá" o "el hijo de mi pareja", de una manera más neutra y fundada en el principio de igualdad.

En estas formas familiares, el cónyuge o conviviente del progenitor que convive con el niño o adolescente ejerce de hecho una serie de actividades relativas al cuidado, la crianza del hijo de su cónyuge o conviviente, pero este vínculo que la realidad imponía no se encontraba regulado de forma alguna salvo de manera restrictiva en el caso de matrimonio.

De este modo, ante diferentes supuestos de la vida cotidiana de un niño, como ser retirarlo del colegio, autorizar al niño a ir a la casa de un compañero, o ir al médico, el cónyuge o conviviente del progenitor es considerado un tercero, ajeno a la vida de ese niño.

El Código está a tono con esta amplitud que observa en la práctica el término familia ensamblada, por ello se la entiende como el núcleo integrado por el progenitor a cargo de sus hijos de una unión anterior que vuelve a casarse, como si no lo hace, habiendo hijos de una primera unión o de esta nueva pareja[120].

Por último, es importante destacar que en muchas familias hay alternancia en la convivencia con uno y otro progenitor, razón por la cual al estar ambos progenitores encargados del cuidado del hijo y si ambos forman nuevas parejas, las interacciones de carácter "ensambladas" se amplían y complejizan.

III.2) *Algunas nociones sobre parentesco por afinidad*

La noción de parentesco es una noción cultural que se va modificando a lo largo del tiempo y de acuerdo al grupo social del que hablemos.

[119] Para profundizar sobre este tema, GROSMAN, Cecilia P. y MARTÍNEZ ALCORTA, Irene, *Familias ensambladas. Nuevas uniones después del divorcio. Ley y creencias*, Universidad, Buenos Aires, 2000.

[120] GROSMAN y MARTÍNEZ ALCORTA, *Familias ensambladas...* cit., p. 35.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

En el ordenamiento jurídico argentino el parentesco está establecido por tres fuentes u origen del mismo. De este modo decimos que se puede ser pariente por consanguinidad, por afinidad y por adopción.

En el parentesco por consanguinidad lo que une a una persona con otra es un lazo sanguíneo, es decir, el vínculo de un niño con su progenitor o con el progenitor de su progenitor, o con la hermana de éste, etcétera.

El parentesco por afinidad se produce cuando a raíz del matrimonio se generan vínculos con los parientes consanguíneos del cónyuge. Es decir, por ejemplo, el hermano del cónyuge es el hermano afín.

Con anterioridad a la regulación que propone el Código, la familia ensamblada desde el plano jurídico era visualizada sólo en el caso de parentesco por afinidad en primer grado (conf. art. 363 derogado), en el cual se establecían ciertos derechos y obligaciones derivados del vínculo de parentesco.

En el Código la figura del padre afín involucra tanto al cónyuge como al conviviente del progenitor que está a cargo del niño. Véase que no se dice "unión convivencial", sino, simplemente, convivencia, por lo cual no rigen los requisitos previstos por los artículos 509 y 510. Por lo tanto, *la regulación sobre los derechos y deberes de los progenitores afines involucra tanto al cónyuge como al unido en convivencia como al que simplemente constituye una convivencia* –es decir, tiene menos de 2 años dicha relación de pareja– por aplicación del aforismo "no se puede distinguir donde la ley no distingue".

III.3) *Denominación del conviviente o cónyuge del progenitor del niño*

Cabe destacar que desde épocas inmemorables, la figura que este Código regula ya era vislumbrada en la práctica. Así, de manera peyorativa se aludía a la "madrastra", "padrastro" e "hijastro", a quienes se consideraba que los primeros tenían un vínculo dificultoso o negativo hacia los "hijastros" o "hijastras".

El Código destierra esta mirada negativa no sólo al regular de manera particular este tipo de vínculos afectivos, sino al hacerlo de

manera positiva, en respeto y reconocimiento de estas figuras en beneficio de niños y adolescentes.

El Código adopta la denominación de padre e hijo "afín". Si bien, como se ha expresado, el parentesco por afinidad se genera tras el matrimonio y las uniones convivenciales no hacen nacer este tipo de lazos jurídicos, se mantiene la noción de "afín" con un sentido más amplio o laxo, más allá de que técnicamente se configure o no un vínculo de parentesco.

IV) Significado de la reforma

El Código realiza una incorporación muy importante al establecer los derechos y deberes de los hijos y de los progenitores afines.

Ya la doctrina y cierta jurisprudencia han reconocido el rol de este tipo de recursos afectivos, considerándose necesaria su expresa regulación y aceptación jurídica.

El Código no se circunscribe a la noción de parentesco por afinidad que establece el artículo 538, sino que lo extiende también a relaciones de pareja y convivencia con el hijo de quien no está unido por un vínculo matrimonial.

Cabe destacar que la categoría de madre o padre afín queda reservada a quien convive con el progenitor y con el niño o adolescente y no a una mera o circunstancial relación afectiva de alguno de los progenitores del mismo.

El Código reconoce y, a la vez, fortalece el vínculo que se genera entre quien se encuentra casado o conviviendo con una persona y los hijos de una unión anterior de éste.

Art. 673 ***Deberes del progenitor afín.*** **El cónyuge o conviviente de un progenitor debe cooperar en la crianza y educación de los hijos del otro, realizar los actos cotidianos relativos a su formación en el ámbito doméstico y adoptar decisiones ante situaciones de urgencia. En caso de desacuerdo entre el progenitor y su cónyuge o conviviente prevalece el criterio del progenitor.**

Esta colaboración no afecta los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

I) Resumen

El Código recepta lo que acontece en la práctica: que la pareja del progenitor conviviente lleva adelante ciertos actos de la vida cotidiana de los hijos de aquél, en beneficio de estos niños o adolescentes. Esto es recogido de manera expresa en la normativa en análisis. De este modo, se le brinda un ropaje jurídico a lazos de afecto que muestra la realidad cada vez con mayor presencia y envergadura. Además, también se le permite en forma expresa al progenitor afín poder tomar decisiones en situaciones de urgencia en las que se encuentre el niño o adolescente. El Código prevé que ante una situación en la que el progenitor y el progenitor afín no acuerden en circunstancias que afecten al niño o adolescente deberá primar la decisión del padre o madre del niño. A fin de evitar cualquier tipo de desplazamiento, el Código deja bien aclarado que la colaboración que realice el padre afín en el cuidado del niño o adolescente no modifica los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (art. 641 y ss.); progenitores afines (art. 672, 674, 675 y 667). Decreto reglamentario 415/2006 (art. 7°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Implicancias de la incorporación del padre afín*

Cuando hablamos de la función de cuidado y educación de un niño o adolescente, debemos tener presente que, aunque es una labor primordial de los padres, puede abarcar a parientes o personas que asumen tales tareas que pueden distribuirse o complementarse, pero ello en modo alguno implica el desplazamiento o la sustitución de la figura materna o paterna[121].

La incorporación de la categoría padre afín viene a regular una realidad existente. Los cónyuges o convivientes de los padres de los

[121] GROSMAN, Cecilia y HERRERA, Marisa, *Relaciones de hecho en las familias ensambladas*, en RDF, N° 46, julio-agosto de 2010, Abeledo-Perrot, Buenos Aires.

niños o adolescentes son en muchas ocasiones los encargados de colaborar en el cumplimiento de las actividades diarias de los niños, llevarlos o traerlos del colegio, acompañarlos al médico, colaborar con las tareas escolares, etcétera, todas cuestiones que hacen a la vida cotidiana del niño o adolescente.

Es preciso señalar que esta colaboración debe estar consensuada en el seno familiar e incluso, de ser posible, con el progenitor no conviviente del niño o adolescente, a fin de garantizar una buena dinámica familiar en virtud del interés superior del niño.

Este artículo permite que de acuerdo al tipo familiar y a las necesidades de sus miembros, el progenitor afín tenga mayor o menor injerencia o participación en las actividades del niño, pero establece como deber el ocuparse de la crianza y la educación del mismo.

Pero el Código se preocupa de dejar asentado que el niño sigue teniendo dos progenitores a quienes les caben todos los derechos y deberes como principales responsables en el cuidado y crianza de los hijos, siendo el progenitor afín una figura que complementa la dinámica de la vida cotidiana de los hijos, en beneficio de éstos.

III.2) *Solución en caso de desacuerdos*

A fin de evitar conflictos, el Código prevé que el progenitor afín debe colaborar con el cuidado y educación del hijo de su cónyuge o conviviente en todo lo concerniente al desarrollo cotidiano de la vida y que debe tomar decisiones en caso de urgencia, pero con ciertas limitaciones como se verá en el próximo apartado.

De conformidad con el valor pedagógico de la ley y para evitar posibles conflictos, se deja aclarado que en caso de desacuerdo entre el padre/madre (progenitor de origen) del niño y su cónyuge o conviviente (progenitor afín), prevalece la postura del primero por ser el responsable primario del cuidado del hijo.

III.3) *Límite a la colaboración del padre afín*

Como hemos adelantado, el deber de colaboración del padre afín tiene como límite las posibilidades familiares a tal fin.

Dado su carácter de complementario de la función materna/paterna

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que ejerce el progenitor que tiene a cargo a su hijo, la participación del padre afín estará determinada en relación con el vínculo que se genere tanto con el padre como con el hijo.

Es decir, *el límite no es estricto, sino que estará dispuesto de acuerdo a la dinámica de cada familia*. Debemos señalar que de todos modos quien es el obligado a ejercer la responsabilidad parental es el padre o madre del niño o adolescente y que esta colaboración que preste el padre afín de ningún modo afecta la titularidad de la responsabilidad parental que tienen ambos progenitores en los casos donde se encuentran divorciados o separados o el progenitor en caso de que el otro haya fallecido o se presuma su fallecimiento.

IV) Significado de la reforma

Al incorporar al progenitor afín en el Código, también se determinan los derechos y deberes a su cargo, es decir, se establece un piso mínimo de deberes que tendrá que ejercer quien conviva o sea cónyuge del progenitor que ejerza la responsabilidad parental.

Este piso mínimo gira en torno a las actividades cotidianas relacionadas con la formación en el ámbito doméstico, entendiéndose por ello colaborar en las tareas diarias.

El artículo dice que el progenitor afín debe "cooperar", esto es así porque la figura del progenitor afín coexiste con la de los progenitores, quienes son los que detentan y/o ejercen la responsabilidad parental en relación con el niño. Cooperar en el sentido de colaborar, asistir, acompañar, favorecer la crianza y educación de los hijos del cónyuge o conviviente.

Además, el Código extiende las facultades y deberes de los progenitores afines al permitir que también actúe ante situaciones de urgencia, y ello es así porque se lo establece en beneficio del hijo afín.

Este Código plantea que, en caso de desacuerdo entre el progenitor del niño o adolescente y su cónyuge o conviviente, prima el criterio del primero en los casos que tienen que ver con la persona del niño. De este modo, queda reforzada la idea de colaboración del conviviente o cónyuge y el rol secundario de éste, siendo que se prioriza la decisión del progenitor conviviente.

Y para remarcar o reforzar esta noción de complementariedad, el Código establece que la colaboración que realice el progenitor afín no afecta ni lesiona los derechos de los titulares de la responsabilidad parental.

Art. 674 ***Delegación en el progenitor afín.*** **El progenitor a cargo del hijo puede delegar a su cónyuge o conviviente el ejercicio de la responsabilidad parental cuando no estuviera en condiciones de cumplir la función en forma plena por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, y siempre que exista imposibilidad para su desempeño por parte del otro progenitor, o no fuera conveniente que este último asuma su ejercicio.**

Esta delegación requiere la homologación judicial, excepto que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente.

I) Resumen

El Código permite la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental al padre/madre afín por parte del progenitor conviviente por circunstancias específicas y en forma temporal. La delegación del ejercicio de la responsabilidad parental es una excepción que requiere de homologación judicial o de que el otro progenitor exprese su acuerdo de modo fehaciente. En este supuesto, el padre afín ejerce la responsabilidad parental con las atribuciones que tenía el progenitor delegante.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 641 y 643); progenitores afines (arts. 672 y 673).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Breve explicación del ejercicio de la responsabilidad parental*

Cabe recordar que el Código define a la *Responsabilidad parental*

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

en el artículo 638 como "el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado".

Partiendo de este concepto, se puede observar que el ejercicio de la responsabilidad se refiere a los derechos y deberes que se derivan del vínculo entre padres e hijos.

Ahora bien, en los casos de separación de los progenitores de un niño o adolescente puede ocurrir que uno se haga particularmente cargo del cuidado del hijo y el otro mantenga un adecuado régimen de comunicación (conf. arts. 648 y ss.).

Cabe también recordar que el código derogado no permitía de manera expresa la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 643), por lo tanto, lo que aquí se regula es una consecuencia directa de esta novedad, pero circunscripta o vinculada a la familia ensamblada y el progenitor afín.

El mencionado artículo 643 dispone que puede delegarse el ejercicio de la responsabilidad parental en un pariente o en un tercero idóneo siempre que sea por una razón justificada y por el plazo máximo de un año. Asimismo dicho acuerdo debe ser homologado judicialmente y debe oírse al niño o adolescente. ¿Acaso el progenitor no debería ser considerado un tercero calificado si se trata de convivencia o un pariente calificado si se trata de un matrimonio?

III.2) *El supuesto de no conveniencia de que ejerza la responsabilidad parental el otro progenitor*

En este artículo, el Código establece que si el progenitor encargado del cuidado del niño o adolescente por alguna circunstancia determinada, como se explicita en la norma como ser: viaje, enfermedad o incapacidad transitoria, no puede hacerse cargo del cuidado de su hijo puede delegar el ejercicio de la responsabilidad parental en su conviviente o cónyuge, padre afín del niño o adolescente.

Esto podría hacerlo siempre que el otro progenitor no se encontrase en condiciones de ejercer él la responsabilidad parental o no sea conveniente, teniendo en cuenta el interés superior del niño que la ejerza.

Así, de encontrarse el otro progenitor en condiciones de ejercerla no sería viable la delegación, precisamente porque los padres son los principales responsables de la crianza y cuidado de los hijos.

Por su parte, si el progenitor que no ejerce la responsabilidad acuerda o presta conformidad expresa a la delegación, no es necesaria la homologación judicial, en consonancia con la noción de "desjudicialización" que rige todo el régimen de Derecho Privado.

IV) Significado de la reforma

El Código recepta distintos supuestos en los que el progenitor que ejerce la responsabilidad parental no puede encargarse del cuidado del niño o del adolescente y tampoco puede hacerlo el otro progenitor o no es conveniente que este último asuma el ejercicio de la responsabilidad parental.

Ante estos supuestos establecidos, que son por razones de viaje, enfermedad o incapacidad transitoria que impiden cumplir por parte del progenitor la función parental en forma plena, el mismo puede delegarla en el progenitor afín.

Para que esta delegación sea posible, no debe poder asumir el ejercicio de la responsabilidad parental el otro progenitor con quien el niño o adolescente no convive, o puede no ser conveniente, por distintos motivos, que éste la asuma.

Dadas las características de este acto, el mismo debe contar con la homologación judicial, salvo que el otro progenitor no conviviente preste consentimiento en forma expresa y de modo fehaciente.

Art. 675 ***Ejercicio conjunto con el progenitor afín.*** **En caso de muerte, ausencia o incapacidad del progenitor, el otro progenitor puede asumir dicho ejercicio conjuntamente con su cónyuge o conviviente.**

Este acuerdo entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente debe ser homologado judicialmente. En caso de conflicto prima la opinión del progenitor.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Este ejercicio se extingue con la ruptura del matrimonio o de la unión convivencial. También se extingue con la recuperación de la capacidad plena del progenitor que no estaba en ejercicio de la responsabilidad parental.

I) Resumen

La función del progenitor afín es la de cooperar con el progenitor que tiene el ejercicio de la responsabilidad parental. Ahora bien en los supuestos donde el otro progenitor, quien no ejerce la responsabilidad parental, fallece, se encuentra ausente o tiene restringida la capacidad, puede asumir el progenitor el ejercicio juntamente con su cónyuge o conviviente. Entre el progenitor en ejercicio de la responsabilidad parental y su cónyuge o conviviente puede acordarse el ejercicio conjunto, debiendo ser homologado judicialmente. Cuando se genere un conflicto entre el progenitor y el progenitor afín, primará la opinión del primero. Tal ejercicio conjunto se extingue con la ruptura del matrimonio o de la convivencia.

II) Concordancias

Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641); progenitores afines (arts. 672 a 674).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Disposiciones generales de ejercicio conjunto de responsabilidad parental*

En un primer momento, y con el objeto de aclarar la norma en análisis, es dable diferenciar la titularidad de la responsabilidad parental del ejercicio de la misma.

Se entiende por titularidad al conjunto de deberes y derechos que otorga la ley a favor de los padres y en relación con sus hijos menores de edad. En cambio, el ejercicio de la responsabilidad parental es la facultad de actuar en virtud de esos derechos y deberes.

El ejercicio de la responsabilidad parental puede ser unipersonal, conjunto o indistinto. Es unipersonal cuando se concentra en cabeza

de uno solo de los progenitores, conjunto cuando los actos tanto de la vida cotidiana como del resto deben ser decididos por ambos padres, e indistinto cuando pueden realizarlos uno u otro progenitor. Es sabido que el Código se inclina por este último, por el ejercicio conjunto, pero no siempre ello es posible.

En caso de que ambos progenitores no ejerzan la responsabilidad parental y lo haga sólo uno de ellos, éste podría ejercerla de manera con su pareja, es decir, con el progenitor afín.

III.2) *Diferencias entre ejercer conjuntamente la responsabilidad parental y el deber de colaboración del progenitor afín*

Este artículo va más allá del rol de cuidado y colaboración previsto en el artículo 673. Permite que el progenitor afín pueda ejercer la responsabilidad parental juntamente con el progenitor del niño con quien convive.

En este punto, es necesario señalar que el deber de colaboración en el cuidado y educación del hijo de su cónyuge o conviviente no es igual en cuanto a sus funciones que el ejercicio de la responsabilidad parental que asume, y de ahí que se requiera de la homologación judicial, procedimiento en el cual se presenta el acuerdo celebrado entre el progenitor y el progenitor afín con el objeto de que judicialmente se dé valor legal al mismo.

El fundamento de este artículo es el principio de realidad que ha impregnado al Código tanto así como el principio de solidaridad familiar.

El vínculo existente entre el padre afín y el hijo del cónyuge puede en determinados casos de ausencia del progenitor no conviviente ser de mayor presencia. Así, si el progenitor no conviviente que tampoco ejerce la responsabilidad parental se encuentra con sus capacidades restringidas, ausente o ha fallecido, en beneficio del hijo afín es dable que se reconozca la posibilidad de que el progenitor conviviente pueda compartir el ejercicio con su pareja. Ello no sólo beneficia al hijo, sino también al progenitor conviviente como al afín; es decir, a todo este núcleo familiar.

El límite establecido por este artículo al ejercicio conjunto de la

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

responsabilidad parental entre el padre afín y su cónyuge o conviviente está dado por la ruptura del vínculo entre ellos, que afectará necesariamente la dinámica familiar.

El artículo prevé también que ante una situación de conflicto o desacuerdo entre el progenitor del niño o adolescente y el padre afín en ejercicio conjunto de la responsabilidad parental en relación con temas que afectan al niño prima la decisión del padre o madre conviviente.

IV) Significado de la reforma

El Código también permite el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental en cabeza del progenitor y el progenitor afín colocando a este último en una posición de mayor participación en la vida del niño y no sólo como un "cooperador" en la crianza.

El artículo prevé que en casos excepcionales, como ser muerte, ausencia, incapacidad o capacidad restringida del progenitor que no ejerce la responsabilidad parental, el progenitor afín asuma el ejercicio juntamente con el progenitor conviviente.

Este acuerdo, por las implicancias legales y sociales que significa, debe ser homologado ante la autoridad judicial.

Del mismo modo que en el artículo anterior se dispone que ante el desacuerdo entre el progenitor y el progenitor afín en el ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, prima el criterio del progenitor.

Por último, se dispone que tal ejercicio conjunto se extingue –asumiendo el progenitor conviviente el ejercicio de manera total si el otro progenitor no está en condiciones de reasumirlo– tras la ruptura del vínculo, sea éste matrimonial o convivencial.

Art. 676 *Alimentos.* **La obligación alimentaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro, tiene carácter subsidiario. Cesa este deber en los casos de disolución del vínculo conyugal o ruptura de la convivencia. Sin embargo, si el cambio de situación puede ocasionar un grave daño al niño o adolescente y el cónyuge o conviviente asumió durante la vida en común el sustento del hijo del otro, puede fijarse una cuota asistencial a su**

cargo con carácter transitorio, cuya duración debe definir el juez de acuerdo a las condiciones de fortuna del obligado, las necesidades del alimentado y el tiempo de la convivencia.

I) Resumen

El Código establece la obligación alimentaria subsidiaria del cónyuge o conviviente respecto de los hijos del otro. En principio, esta obligación cesa con la ruptura de la convivencia o la disolución del vínculo conyugal que lo une con el progenitor del niño, salvo que el progenitor afín haya asumido durante la convivencia el sustento del hijo afín y el cese de convivencia y consecuente cese alimentario le cause al hijo un grave perjuicio. A fin de que el juez evalúe la pertinencia de la obligación alimentaria, el Código brinda como pautas: la fortuna del progenitor afín, las necesidades del alimentado y el tiempo que haya durado la convivencia.

II) Concordancias

Parientes afines (arts. 537 y 538); contenido de la obligación alimentaria (art. 541); progenitores afines (arts. 672 a 674); obligación de alimentos (arts. 658 y ss.).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

El Código amplía la obligación alimentaria cuando ésta tiene como destinatarios a personas menores de edad, fundado en el principio de solidaridad familiar y, también, en la especial protección que gira en torno a este grupo etario.

Es necesario aclarar que quienes se encuentran obligados a prestar alimentos a sus hijos son los progenitores, derivando esta obligación de la titularidad de la responsabilidad parental (conf. arts. 658 y ss.). Para ello, no se requiere prueba alguna más que acreditar el vínculo entre el progenitor y el niño, es decir, entre alimentado y alimentante.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Esto quiere que, en principio, la obligación alimentaria se encuentra en cabeza de ambos progenitores del niño o adolescente.

El código derogado establecía en el artículo 368 el derecho alimentario recíproco entre un cónyuge y los hijos del otro, este derecho era subsidiario y se daba siempre que medie un vínculo matrimonial entre el progenitor de los hijos y el padre afín y siempre que no hubiese parientes consanguíneos que pudieran ocuparse o de haberlos no contasen con los recursos para hacerlo. Esto se circunscribía al parentesco por afinidad. *En la normativa en análisis, se encuentra ampliada tal previsión ya que también se extiende al progenitor afín que es el conviviente del progenitor a cargo de los hijos.* Si bien entre ellos no los une un vínculo de parentesco por afinidad, por aplicación de la normativa en análisis, se puede fijar una obligación alimentaria de manera excepcional a cargo del progenitor afín.

Es sabido que el deber alimentario debe ser satisfecho en primer término por quienes poseen vínculo consanguíneo con el niño o niña. Sólo será objeto de reclamo el padre o madre afín a falta de estos parientes, o cuando éstos no tuvieran recursos o fueran insuficientes[122].

La doctrina ha dicho en relación con este tema que consideraba necesario acotar el derecho alimentario de los hijos afines con el padre afín, de todos modos, ante estas soluciones planteadas expresa que "No deben asustarnos estas soluciones, ya que se trata de una obligación subsidiaria: sólo se torna exigible ante ausencia o imposibilidad de sus progenitores, abuelos, hermanos. Y en estos casos extremos de acuerdo a las pautas que fijan los artículos 370 y 372, es decir, lo necesario para la subsistencia y en la medida de las posibilidades del alimentante. No debe olvidarse que hablamos de alimentos de toda necesidad, derivados del parentesco y no de la patria potestad"[123].

Este Código establece que, en forma subsidiaria, el padre o madre afín puede verse obligado al pago de alimentos a favor del hijo del cónyuge o conviviente.

¿Qué entiende el Código entonces por subsidiaria? Se establece

[122] GUERRA, *Familias ensambladas. La necesidad de su regulación legal* cit., p. 47.

[123] CHECHILE, Ana M., *Derecho alimentario entre hijos y padres afines*, en J. A. 1997-I-860.

como subsidiaria la obligación alimentaria del padre/madre afín dado que el reclamante debe acreditar que los progenitores se encuentran imposibilitados de cumplir con la obligación derivada de la responsabilidad parental, es decir, hay una imposibilidad de prestar alimentos de ambos progenitores.

Esta previsión se funda en el principio de solidaridad familiar que se deriva, a su vez, de la amplitud con que se regula en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño el derecho a una calidad de vida y, en especial, el derecho alimentario. Cabe recordar que esta normativa dispone en su parte pertinente que "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño". Es destacable que en este artículo, la Convención no realiza diferencia alguna entre los obligados primarios y quienes quedan obligados en forma subsidiaria a satisfacer las necesidades del niño o adolescente.

Este Código expresamente establece en el artículo 538 que entre los parientes por afinidad se deben alimentos sólo los que se encuentran en primer grado en línea recta.

III.2) *Causal de cese de la obligación alimentaria*

El Código, en aplicación del reiterado principio de solidaridad familiar en las relaciones de familia, prevé que el padre afín tiene con relación al hijo afín deber alimentario en forma subsidiaria, esto, dado que es obligación de ambos progenitores del niño el deber alimentario.

Este Código también establece que el periodo en el que estos alimentos del progenitor afín tienen vigencia es durante el matrimonio o la convivencia con el progenitor del niño.

Ahora bien, de manera excepcional –más excepcional que la obligación alimentaria– se permite el mantenimiento de dicha obligación si ante la ruptura de la unión entre el progenitor del niño o adolescente y el padre afín se podría generar un daño a aquéllos, o si durante la vigencia del vínculo entre los adultos el padre afín asumió el sustento del niño o adolescente, por lo cual el cese de la convivencia y el repentino cese de la obligación alimentaria podría acarrear un grave perjuicio.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Es fundamental destacar que los alimentos asistenciales posconvivencia no son iguales a los alimentos durante la convivencia, dado que los alimentos asistenciales tienen por objeto cubrir las necesidades básicas del niño o adolescente que no pueden ser cubiertas por sus progenitores.

III.3) *Pautas para la cuantificación*

El Código también se ocupa de brindar ciertas pautas a los jueces para determinar el monto o *quantum* de la obligación alimentaria.

Se trata de tres elementos que se relacionan: 1) las condiciones de fortuna del obligado, es decir, del progenitor afín; 2) las necesidades del alimentado, y 3) el tiempo de la convivencia.

En relación con las condiciones de fortuna del obligado, éstas se pueden presumir del estilo de vida que el niño o adolescente tuvo durante la convivencia con el progenitor afín.

Por otro lado, para la valoración de las necesidades del alimentado debe tenerse en cuenta lo que se destaca al comentar los artículos 658 y 659, sabiéndose que a mayor edad, mayores son las necesidades de los niños o adolescentes.

En tercer lugar, el juez debe valorar el tiempo de convivencia que tuvieron el progenitor afín y el hijo afín.

De esta forma será el juez quien a partir de estos tres elementos deberá establecer la cuota alimentaria para el hijo afín siempre que no existan posibilidades de que dichos alimentos no sean prestados por quienes se encuentran obligados.

IV) Significado de la reforma

El Código recepta de manera expresa el deber alimentario del progenitor afín, por aplicación del principio que está muy presente en la normativa civil, en especial cuando se trata de alimentos, como lo es el de solidaridad familiar.

Se trata de una obligación con varias limitaciones. En primer lugar, se pone de resalto que es de carácter subsidiario, o sea, ante la imposibilidad o dificultad de los principales obligados: los padres.

Además, que cesa en principio con la ruptura de la convivencia o la disolución de la unión matrimonial.

Por último, que deben ser solicitados judicialmente, siendo fijados según algunos elementos que explicita la normativa en análisis.

CAPÍTULO 8

REPRESENTACIÓN, DISPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO MENOR DE EDAD

Art. 677 ***Representación.*** **Los progenitores pueden estar en juicio por su hijo como actores o demandados.**

Se presume que el hijo adolescente cuenta con suficiente autonomía para intervenir en un proceso conjuntamente con los progenitores, o de manera autónoma con asistencia letrada.

I) Resumen

El deber de representación del hijo por parte de sus progenitores exhibe distintas facetas, y la presente repara en una de ella. El Código autoriza a aquéllos a acudir a juicio en defensa de los derechos de su descendencia, ya sea para promover una demanda en su favor o cuando se haya interpuesto una acción en su contra. En atención a la maduración del hijo que está en consonancia con el paso de los años, se establece la presunción de autonomía suficiente de los hijos adolescentes para participar en forma activa en los procesos que los tengan como parte, en forma concomitante con la actuación de sus progenitores, o bien separado de ellos, a través de la correspondiente asistencia técnica profesional.

II) Concordancias

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26); menor de edad y adolescente (art. 25); autonomía progresiva del hijo (art. 639, inc. b); derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta (art. 639, inc. c); actuación del Minis-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

terio Público (art. 103); autorización de ambos progenitores para estar en juicio (art. 645, inc. c); participación en el proceso de niños, niñas y adolescentes (art. 707).

III) Interpretación de la norma

Lejos de entenderse como una mera potestad, la función de representación en las cuestiones de índole personal y económica que involucran a sus hijos constituye un deber que la ley positiva impone a los progenitores, cuya realización hace al funcionamiento básico de la institución que el título abordado sistematiza. En esa inteligencia es que se inscribe el presente, por medio del cual se autoriza a aquéllos –y en rigor de verdad se los obliga en cuanto el mejor interés del hijo así lo exigiera– a actuar en nombre de la descendencia por ante las instancias jurisdiccionales competentes, ya sea en calidad de parte actora o demandada.

Esta actividad de representación que en los primeros años de vida de los hijos goza de un gran vigor, llegando incluso al punto de sustituirlos enteramente, comienza a menguarse con el paso de los años, a partir de la adquisición por su parte de un conjunto de aptitudes, habilidades y bienes simbólicos que les permiten ejercer por sí los derechos que la ley les asigna.

Empapada por esta idea es que la segunda parte de la norma sancionada supone un grado de autonomía suficiente del hijo adolescente –es decir, de entre 13 y 18 años de edad– para tomar parte en el proceso judicial en el que sus derechos se encuentren en juego, por sí o en forma coadyuvante a la labor llevada a cabo por sus ascendientes. Como presunción *iuris tantum*, admitirá en contrario la alegación de todo tipo de circunstancia que pudiera generar la convicción en el juzgador respecto al insuficiente desarrollo del adolescente que desaconseje su participación activa en la causa, teniendo siempre en miras la realización de su mejor interés. Las mismas deberán ser examinadas en forma estricta por el magistrado, pues precisamente al inhibir su participación en el juicio se consagra un apartamiento del criterio general que rige en materia del ejercicio de

las personas menores de edad de los derechos puestos en su cabeza por el ordenamiento legal.

IV) Significado de la reforma

Según el Código, resulta un hecho innegable la calidad de sujetos de derecho que gozan las niñas, niños y adolescentes. Empero, a su vez mal puede dejar de ser observado que los mismos adquieren distintas aptitudes y capacidades en forma gradual, de conformidad con su desarrollo en el plano psíquico y físico, pues a medida que crecen, su cuerpo y psiquis maduran, encontrándose paulatinamente en condiciones de afrontar determinadas responsabilidades, no sólo aquellas que les impone su condición de hijo o escolar[124]. No todos los niños tienen las mismas capacidades ni transcurren por la misma edad en su evolución hacia la madurez[125], no siendo igual la capacidad de decisión de un niño de tres años a la de un joven de dieciséis años[126].

En los primeros años de vida del hijo, la función de representación de los progenitores es plena, pues aquéllos no cuentan con un determinado bagaje en el plano simbólico que les permita actuar por sí en los asuntos que les atañen. Sin embargo, el transcurrir de los años lentamente comienza a poner en crisis esa labor sustitutiva, proceso que hasta llegar a la vida adulta no se revierte, avanzando a una asombrosa velocidad.

En cuanto concierne a la actuación parental en sede judicial en nombre de los hijos, el legislador brinda en la norma anotada una respuesta que se aparta de los cánones tradicionales que guiaron experiencias anteriores mostradas en nuestro Derecho, pues aun sosteniendo el deber de los progenitores de acudir a la instancia jurisdiccional en nombre de la descendencia, como actores o demandados, recorta fuertemente dicha actuación a partir de la presunción de au-

[124] BENAVENTE, María Isabel, en WEINBERG, Inés M. (dir.), *Convención sobre los Derechos del Niño*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002, p. 268.

[125] BACIGALUPO DE GIRARD, María, *Una primera aproximación al análisis de la ley 26.061*, en J. A. 2006-I-942.

[126] Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28-8-2002, Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (párrafo 101).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

tonomía de los hijos de los adolescentes. En este caso, la ecuación habitual se invierte, porque son en principio ellos quienes ejercen en forma personal el reclamo ante los estrados en defensa de los derechos que titularizan, admitiéndose solamente la prueba concreta y contundente respecto a las razones que tornen desaconsejable su intervención para apartarse de ese entendimiento.

La solución plasmada resulta ser un fiel reflejo del esquema de real participación de los hijos en el campo de las relaciones familiares que el Código unificado pretende mostrar, tan alejado de la verticalidad que anteriormente tanto mostraba nuestro sistema jurídico. Se abandona así la inflexible respuesta que daba la legislación anterior en el artículo 274 del código derogado, que permitía a los padres actuar en juicio "...sin intervención alguna de sus hijos menores...", resultando ser el mejor interés del hijo el principio informante del dispositivo, encontrándose su contenido en sintonía con las pautas emanadas de los instrumentos internacionales de derechos humanos aplicables en la materia.

Art. 678 ***Oposición al juicio.*** **Si uno o ambos progenitores se oponen a que el hijo adolescente inicie una acción civil contra un tercero, el juez puede autorizarlo a intervenir en el proceso con la debida asistencia letrada, previa audiencia del oponente y del Ministerio Público.**

I) Resumen

El Código exhibe el mecanismo a emplear para dirimir cualquier tipo de conflicto que pudiera llegar a suscitarse como resultado de la pretensión del hijo adolescente de promover una acción civil contra una persona ante la expresa disconformidad de sus progenitores. Se prevé la actuación de la instancia judicial para resolver la disputa planteada, la que deberá disponer la realización de una audiencia en sede judicial a la que deberán asistir el oponente y el representante del Ministerio Público, en la que se oirá a las partes. Tras ello, el juez podrá autorizar al hijo a iniciar el juicio del que se trate, contando para tal propósito con la respectiva asistencia técnica letrada.

II) Concordancias

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26); menor de edad y adolescente (art. 25); autonomía progresiva del hijo (art. 639, inc. b); derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta (art. 639, inc. c); actuación del Ministerio Público (art. 103); autorización de ambos progenitores para estar en juicio (art. 645, inc. c); participación en el proceso de niños, niñas y adolescentes (art. 707). Ley 26.061, abogado del niño (art. 27, inc. c).

III) Interpretación de la norma

Dentro del terreno de las posibilidades, nada obsta –y de hecho, la práctica forense nos muestra innumerables casos en que ello sucede– a que los deseos de los hijos adolescentes se contrapongan a los de sus progenitores. Y una de las situaciones en que este disenso se puede manifestar es ante la voluntad de aquél de acudir a juicio para interponer una acción civil contra un tercero.

Advertido de esa realidad es que el legislador decidió la inclusión de este artículo, con el que pretende brindar una pronta y efectiva respuesta ante el conflicto suscitado hacia el interior del grupo familiar. Así es que dispone la realización de una audiencia por ante el organismo jurisdiccional correspondiente, a la que deberán concurrir el o los progenitores oponentes y los representantes del Ministerio Público. De igual modo, y aun cuando no se lo señalara en forma expresa, mal puede entenderse que el propio adolescente no tomará intervención en la citada audiencia, puesto que de lo contrario el juez no contaría con los elementos convictivos suficientes para decidir respecto a la conveniencia o inconveniencia de la promoción de la acción civil contra el tercero, al prescindirse del legítimo parecer de una de las personas interesadas en el resultado de la decisión a ser dictada.

Por su parte, no es ocioso resaltar que al constituir un apartamiento de los principios generales imperantes en materia del ejercicio de los derechos por los adolescentes, y particularmente la normativa relativa a la participación de estos últimos en juicio que recién fuera examinada,

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

la oposición de los progenitores deberá fundarse en motivos ciertos, actuales y concretos que no recomienden la iniciación de la demanda de la que se trate, no resultando propio ni idóneo para ello las alegaciones de carácter genérico o meramente potenciales.

Finalmente, y tal como hemos tímidamente adelantado algunas líneas más arriba, una vez escuchadas las partes, y en base a los elementos que le fueran acercados, el juez se encontrará habilitado para decidir. Y así es que, tomando como norte ineludible el mejor interés del adolescente, puede hacer lugar a la oposición oportunamente deducida, o bien autorizarlo a instaurar la acción civil, contando a tales efectos con la necesaria colaboración de un profesional letrado, como modo de asegurar su defensa en el plano técnico. En este sentido, resulta difícil soslayar el hecho de que la ley 26.061 instituye en su artículo 27, inciso c, como una garantía mínima del proceso reconocida para los sujetos a los cuales ella abarca la intervención de un abogado en toda causa en que ellos intervengan. En este contexto, siguiendo las enseñanzas de reconocidos especialistas de nuestra materia, es menester diferenciar con claridad la figura del patrocinio letrado con la de los representantes legales de niñas, niños y adolescentes: en efecto, el cuerpo normativo sustantivo recientemente suplantado establecía un sistema rígido de representación de las personas en la menor edad, para la realización de los actos sobre su persona y sus bienes, al que además se añadía la representación del Ministerio de Menores, coadyuvando ambos a una adecuada tutela de los derechos de sus representados.

Lo dicho no debe ser confundido con el patrocinio letrado del niño, fijado tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la ley de protección nacional, previsto como defensa técnica de sus derechos en el ámbito de actuación jurisdiccional. Estas disposiciones demandan que el abogado del niño actúe en condición de parte legítima en el proceso, patrocinando al niño en su carácter de tal, sin obstar ello a la representación legal puesta en cabeza de los progenitores[127]. Y lo que es importante dejar asentado es que resulta esencial

[127] SOLARI, Néstor E., *Un importante precedente de la Corte Suprema sobre la figura del abogado del niño*, en L. L. 2010-F-422.

para los fines de su correcta labor que no pertenezca a la órbita de influencia de alguno de los padres, propendiendo a la real defensa de sus asistidos, como modo necesario de lograr los altos fines de la jurisdicción[128].

La pregunta que esto plantea es a partir de qué edad puede el niño requerir un abogado en los términos de la legislación mencionada. El repaso por el catálogo jurisprudencial nos muestra la proliferación de casos en que la cuestión ha sido puesta en tela de juicio[129], mereciendo la atención del más alto tribunal en un pronunciamiento reciente[130], por el cual bajo el régimen de capacidad de las personas en la menor edad previsto por la legislación anterior, se entendió que los menores impúberes no contaban con aptitud suficiente como para procurarse un abogado por sí, debiendo contar para tales menesteres con catorce años, edad en que adquirían discernimiento para los actos lícitos. Bajo este horizonte es que debe ser entendida la norma, armonizándolo al sistema que inaugura el Código en materia de capacidad de ejercicio por parte de los menores de edad y a la nueva categoría que establece de los adolescentes.

IV) Significado de la reforma

A diferencia de lo que sucedía durante la vigencia de la legislación derogada, el nuevo esquema inaugurado por el nuevo Código enfrenta la situación de conflicto entre el deseo de los hijos adolescentes de promover una acción judicial y el criterio de sus progenitores respecto a la inconveniencia de seguir dicho curso de acción. Efectivamente, tal y como se ha expuesto, la capacidad de aquéllos para actuar en juicio es presumida. Sin embargo, la experiencia nos muestra que no

[128] CNCiv., sala B, 19-3-2009, "K. A. y otro c/K. S.", SJA del 29-7-2009.

[129] CNCiv., sala I, 4-3-2009, "L., R. c/M., Q., M. G.", SJA del 1-7-2009; Trib.Fam. N° 2 de Mar del Plata, 18-2-2009, "M., C. A.", Abeledo-Perrot N° 70058594; SCJ de Mendoza, sala I, 21-11-2007, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2008, N° II, p. 159; CNCiv., sala K, 28-9-2006, "R., M. A.", *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 2007, N° III, p. 65.

[130] CSJN, 26-6-2012, M.394.XLIV, "M. G. c/P., C. A.", SJA del 19-9-2012, p. 47; J. A. 2012-III; Abeledo-Perrot N° AP/JUR/1445/2012.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

siempre la voluntad de la persona menor de edad responde a su interés, por lo que no cabe sacralizar su opinión y seguirla incondicionalmente, sino corresponde tenerla como un fuerte elemento de decisión para juzgar cualquier oposición que en el caso tratado pudieran plantear los titulares de la responsabilidad parental.

Precisamente, al aprehender la esencia del conflicto suscitado entre los progenitores y sus hijos es que la presente da con una respuesta que exige ser debidamente remarcada, puesto que a más de reservar un espacio para que aquéllos manifiesten su disenso respecto a la voluntad de la prole de acudir a la instancia jurisdiccional, prevé un mecanismo breve y sumario para discernir el mismo. Y es a través del contacto personal con los interesados que el magistrado interviniente podrá apreciar de un modo más pleno las razones dadas por cada una de las partes para sustentar su parecer, lo que a su vez le permitirá llegar a una resolución más justa, sin ceñirse a dogmas ni pautas apriorísticas, sino tan sólo merituando cuál es el camino que el interés superior del adolescente proponga seguir para el caso en concreto.

Art. 679 ***Juicio contra los progenitores.*** **El hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.**

I) Resumen

La norma legitima expresamente al hijo menor de edad a entablar una demanda contra sus progenitores en defensa de sus derechos, sin ser necesario para ello la autorización judicial previa, sí y sólo sí se verificaran además dos condiciones: la primera de ellas refiere a las cualidades personales del pretenso demandante, en cuanto se exige que el mismo cuente con la edad y el grado de madurez suficiente como para tomar ese curso de acción; la segunda hace al aseguramiento de una adecuada defensa técnica, toda vez que deberá contar con asistencia letrada para tal propósito.

II) Concordancias

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26); menor de edad y adolescente (art. 25); actuación del Ministerio Público (art. 103); autonomía progresiva del hijo (art. 639, inc. b); derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta (art. 639, inc. c); legitimación para demandar por alimentos (art. 661, inc. b); participación en el proceso de familia de niños, niñas y adolescentes (art. 707). Ley 26.061, abogado del niño y del adolescente (art. 27, inc. c).

III) Interpretación de la norma

El Código reconoce a las personas menores de edad capacidad procesal amplia para estar en juicio contra sus progenitores. El texto no establece una limitación de edad en forma rígida, sino que toma como estándar la verificación de un grado de madurez suficiente para comprender la naturaleza de la acción. En este contexto, la aptitud para ser parte deberá ser evaluada en cada caso a partir de un juicio en concreto, que contemple las circunstancias particulares presentes y tenga en miras el interés superior del niño.

La capacidad procesal encuentra su fundamento por la existencia abierta de un conflicto de intereses entre la persona menor de edad y quienes ejercen su representación legal en virtud de los términos del artículo 646, inciso f, y disposiciones relacionadas.

La disposición es concordante con lo establecido en el artículo 26 en cuanto establece que la persona menor de edad que cuenta con un grado de madurez suficiente "En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada", aplicable a la generalidad de los actos que les son permitidos por el ordenamiento jurídico.

La norma exige en todos los casos contar con asistencia letrada. En tal sentido, siguiendo la doctrina sustentada en el fallo de la Corte Suprema, referido a la parte final del artículo precedente, corresponde distinguir entre la capacidad de ser parte en juicio y la capacidad para contratar un letrado patrocinante. Esta última requiere como mínimo contar con discernimiento suficiente para celebrar actos lícitos, el cual

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

se adquiere a los trece años (art. 26, inc. c). Bajo este supuesto, la contratación de un abogado seleccionado por el adolescente, constatada la existencia de madurez suficiente, requerirá una habilitación especial por parte del juez.

En todos los casos, podrá suplirse la ausencia de capacidad para contratar, mediante la designación de un letrado patrocinante por parte del juez a instancias del Ministerio Público.

IV) Significado de la reforma

El Código aborda de manera concreta un tema complejo como es lo que sucede cuando un hijo demanda a sus padres. Pocas dudas pueden caber de la complejidad del supuesto fáctico que el artículo abordado trae con sí. En efecto, cuando un hijo pretende iniciar un reclamo en sede judicial contra uno o ambos progenitores, a más de un conflicto de corte jurídico, nos hallamos ante una problemática humana de alto impacto en el seno del grupo familiar. No obstante ello, por más indeseada que fuese la cuestión, la ley no puede actuar creyendo que ella jamás puede suceder y así no prever los mecanismos necesarios para la defensa de los derechos de los hijos, pues ello importa negarles el acceso a una adecuada jurisdicción.

Algo de ello parecían sugerir los textos hasta aquí aplicables, no pudiendo encontrarse en el título dedicado al estudio de la patria potestad dispositivo alguno que refiriera explícitamente a la cuestión. Ello, precisamente, porque la legislación civil derogada no fue elaborada sobre los cimientos hoy claves y básicos en materia de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Éstos no eran considerados sujetos de derechos y, por ende, tampoco se permitía que ellos cuenten con asistencia letrada propia, sino, únicamente, la figura del *tutor ad litem*, prevista en el derogado artículo 397.

El Código abandonó esa inteligencia más propia de la consideración de los hijos como "objetos" de protección por parte de sus padres; en este marco, el artículo en análisis no hace más que reflejar la calidad de sujetos de derecho de los hijos, confiriéndoles en forma expresa legitimación para incoar una demanda por sí contra sus progenitores, prescindiendo para tales menesteres del permiso judicial previo. Así,

se brinda una respuesta eficiente para resolver el complejo conflicto de intereses planteado en la especie.

Art. 680 ***Hijo adolescente en juicio.*** **El hijo adolescente no precisa autorización de sus progenitores para estar en juicio cuando sea acusado criminalmente, ni para reconocer hijos.**

I) Resumen

La norma trae dos supuestos que habilitan al hijo adolescente a intervenir directamente en juicio sin contar con el permiso de sus progenitores o la autorización judicial supletoria, como son los casos de demanda penal en su contra en orden a la comisión de un delito y para el reconocimiento de hijos.

II) Concordancias

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26); menor de edad y adolescente (art. 25); autonomía progresiva del hijo (art. 639, inc. b); determinación de la filiación extramatrimonial (art. 571); formas del reconocimiento (art. 572); caracteres del reconocimiento (art. 573).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Capacidad para reconocer hijos*

Este artículo encuentra su antecedente en el texto del anterior artículo 286, que establecía la capacidad de los menores adultos para reconocer hijos, defenderse en juicio criminal y testar sin la respectiva autorización de sus padres. A continuación, analizaremos el abordaje de la norma actual de estas tres cuestiones.

En primer lugar, el artículo reconoce la capacidad de los menores sujetos a la responsabilidad parental, desde los trece años, para reconocer hijos sin necesidad de autorización de sus progenitores. Para la aplicación de este artículo "el oficial público deberá comunicar el acta de reconocimiento a los organismos competentes creados por

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

la ley 26.061" (art. 44, ley 26.413), sin que se requiera la intervención de los representantes legales.

De igual modo cabe decir que esta aptitud debe también reconocerse para el caso excepcional de la mujer menor de trece años que hubiera dado a luz un hijo[131].

III.2) *Capacidad para estar en juicio criminal*

Los menores adultos tienen capacidad para defenderse en juicio criminal, sin requerir autorización de sus padres. Esta disposición no elimina el deber de los padres de proveer los medios materiales necesarios para su adecuada defensa en juicio[132].

III.3) *Capacidad para testar*

La presente cuestión era objeto de debate en forma anterior a la sanción de la ley 26.579, texto que reavivó fuertemente los debates que giraban en torno a la aparente contradicción entre los términos de los artículos 286 (texto según ley 23.264) y 3614 del código derogado, sumado a las interpretaciones realizadas por parte de la doctrina desde la entrada en vigencia de la ley 26.061. Esta contradicción se hizo evidente luego de que la mentada pieza legislativa redujera la edad de adquisición de la plena capacidad civil a dieciocho años[133].

El artículo elimina toda mención en cuanto se refiere a la capacidad para testar de los menores de edad. En forma concordante, el artículo 2464 establece que "Pueden testar las personas mayores de edad al tiempo del acto". De la lectura conjunta de ambos surge con claridad que no se reconoce a aquéllos capacidad para realizar testamentos, quedando zanjada toda discusión que la cuestión hubiese generado.

[131] TOBÍAS, José W., *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil*, La Ley, Buenos Aires, 2009; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 13ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, Nº 489, p. 456.

[132] TOBÍAS, *Derecho de las personas. Instituciones de Derecho Civil* cit., p. 151.

[133] MUÑIZ, Carlos, *Capacidad para testar de los menores. Un nuevo acercamiento luego de la ley 26.579*, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, año 3, Nº 11, diciembre de 2011, ps. 123-129.

IV) Significado de la reforma

El Código también introduce modificaciones sustanciales en materia de representación de los hijos. En primer lugar, y de manera general, el Código reduce la edad en la cual se permite y faculta a los hijos a ejercer por sí determinados derechos que antes poseían –escasos derechos– cuando eran "menor adulto" a los 14 años y ahora –más derechos– cuando son adolescentes, es decir, cuando cuentan con un mínimo de 13 años. De este modo, se reduce en un año la edad para reconocer hijos o actuar sin el respectivo permiso de sus progenitores, símbolo verdadero de la visibilización que la legislación sancionada hace de la categoría de los adolescentes, dándole entidad jurídica y confiriéndoles aptitud para ejercer ciertos actos por sí a la par de su maduración en el plano físico, psíquico, intelectual y emocional.

Por su parte, resulta también destacable la asunción de la discusión que desde algún tiempo atrás venía acaparando el interés de sectores especializados de la doctrina autoral, respecto a la capacidad de testar del menor de edad, debate que recibió un nuevo impulso a partir de la sanción de la ley 26.061. La supresión de toda mención respecto al tema en el artículo clarifica la cuestión, acabando con las contradicciones normativas otrora observadas y echando por tierra todas las discusiones que aquélla generó.

Art. 681 ***Contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años.*** **El hijo menor de dieciséis años no puede ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a su persona de otra manera sin autorización de sus progenitores; en todo caso, debe cumplirse con las disposiciones de este Código y de leyes especiales.**

I) Resumen

El artículo fija la edad de dieciséis años debajo de la cual la persona menor de edad no podrá ejercer oficio, profesión o industria, o celebrar cualquier otro tipo de acuerdo por el que él mismo quede obligado a cumplir con una prestación de hacer a favor de un tercero, sin contar

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

con el expreso permiso de sus progenitores, debiendo tomarse en consideración la normativa para la materia tanto en este Código como en las leyes especiales sancionadas.

II) Concordancias

Persona menor de edad con título profesional habilitante (art. 30); contratos por servicios del hijo mayor de dieciséis años (art. 682). Ley de Contrato de Trabajo: capacidad para celebrar contrato de trabajo (art. 32); prohibición de empleo de las personas menores de dieciséis años (art. 189).

III) Interpretación de la norma

El régimen del código derogado y sus sucesivas reformas planteaban numerosos problemas de interpretación a partir de la superposición de normas de distinta naturaleza y ámbito específico de aplicación, en cuanto refiere a la capacidad de las personas menores de edad para el trabajo profesional, independiente y bajo relación de dependencia. Por tal motivo, el Código unificado procura armonizar su contenido con las disposiciones que rigen la materia en el ámbito del Derecho del Trabajo, en particular luego del dictado de la ley 26.390.

La norma aprobada hace concordar al sistema del Código con lo dispuesto en la Ley 26.390 de Prohibición del Trabajo Infantil y Protección del Trabajo Adolescente, que establece como pauta general en su artículo 2°: "La presente ley alcanzará el trabajo de las personas menores de dieciocho (18) años *en todas sus formas*. Se eleva la edad mínima de admisión al empleo a dieciséis (16) años en los términos de la presente. Queda prohibido el trabajo de las personas menores de dieciséis (16) años *en todas sus formas, exista o no relación de empleo contractual, y sea éste remunerado o no...*"[134]

El artículo aquí abordado establece, en sentido concordante con la pieza normativa recién aludida, una prohibición general del menor para obligarse a prestar servicios sin autorización de sus progenitores

[134] El destacado nos pertenece.

y respetando en todos los casos las restantes normas del Código y de las leyes especiales. De esta forma, los menores de edad que pueden ejercer su profesión sin necesidad de previa autorización en los términos del artículo 30 son solamente aquellos que hubieran cumplido la edad de dieciséis años.

IV) Significado de la reforma

Bajo la vigencia de la legislación fondal recientemente reformada, la persona menor de edad tenía la posibilidad de realizar un conjunto de actos, mas para su validez requería contar con la necesaria autorización paterna, la cual, en algunos casos, podía ser suplida por el correspondiente permiso judicial. La celebración del contrato de locación de servicios, de trabajo, el ejercicio de profesión, oficio o industria por los menores de dieciocho años quedaba alcanzada por dicha inteligencia, conforme lo disponía el artículo 275 del código derogado a través de la redacción conferida por la ley 23.264.

No obstante la aparente simpleza de la receta adoptada, su confronte con la normativa especial aprobada en materia de prestación de servicios laborales generó un campo fértil para la proliferación de discusiones jurídicas: en efecto, mal puede olvidarse que la Ley de Contrato de Trabajo, anterior a la sanción de la ley 23.264, ya estipulaba en el párrafo segundo de su artículo 32 que los mayores de catorce años y menores de dieciocho, que con conocimiento de sus padres o tutores vivan independientemente de ellos, gozaban de capacidad para celebrar contrato de trabajo. La ley 26.390 modificó la mentada disposición, aunque conservó igualmente a grandes rasgos la respuesta del texto que enmendó, al autorizar a los menores desde los dieciséis hasta los dicciocho años a celebrar contrato de trabajo, contando a tales fines con la autorización de sus progenitores, la que se presume para el caso en que el adolescente viviera independientemente de ellos.

La contradicción normativa lucía patente, generando confusión en los intérpretes del Derecho, la que se proyectaba hacia el conjunto de los justiciables. A partir de ello es que el artículo estudiado adapta su contenido a las ya referidas pautas fijadas por las leyes específicas

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que gobiernan en materia de régimen de empleo o industria por parte de las personas menores de edad, y apelando a un lenguaje claro y conciso borra de plano todo diferendo interpretativo que la cuestión hubiera generado. La solución seguida uniforma al Derecho vigente, lo que a su vez redunda en una mayor previsibilidad jurídica, siendo por tanto sumamente beneficiosa para el grupo social.

Art. 682 ***Contratos por servicios del hijo mayor de dieciséis años.*** **Los progenitores no pueden hacer contratos por servicios a prestar por su hijo adolescente o para que aprenda algún oficio sin su consentimiento y de conformidad con los requisitos previstos en leyes especiales.**

I) Resumen

El Código vuelve a receptar la edad de dieciséis años, por encima de la cual los progenitores deberán contar con el expreso consentimiento de sus hijos para concluir contratos de servicios profesionales a ser prestados por estos últimos o para el aprendizaje de algún oficio, debiendo ser siempre observados los requisitos previstos en las disposiciones específicas que gobiernan en la materia.

II) Concordancias

Menor de edad y adolescente (art. 25). Ley de Contrato de Trabajo: capacidad para celebrar contrato de trabajo (art. 32) (texto según ley 26.390); protección del trabajo adolescente (art. 187); certificado de aptitud física para trabajadores adolescentes (art. 188).

III) Interpretación de la norma

Esta norma prohíbe a los progenitores la celebración de cualquier contrato que obligue a los mayores de dieciséis años a cualquier prestación de servicios de carácter personal, cuando no contaran con su consentimiento.

La disposición comprende a todo tipo de contrato que implique la prestación de servicios por parte del hijo bajo responsabilidad parental,

entre ellos los de locación de servicios, locación de obra, contrato de trabajo bajo relación de dependencia o la realización de cualquier actividad de servicio, empleo o industria, en forma dependiente o independiente. Efectivamente, su realización sólo podrá ser hecha por el hijo, en forma directa (ejercicio profesional) o con autorización de los progenitores cuando ésta es requerida, aunque no es ocioso recordar que en los términos del artículo 683 ella es presumida.

En la materia, el Código remite a las disposiciones generales establecidas para la actividad profesional, laboral o de empleo independiente previstas en sus disposiciones y en la legislación especial aplicable. En materia laboral, la capacidad contractual de la persona menor de edad está establecida en el segundo párrafo del artículo 32 de la ley 20.744 (texto según ley 26.390), el que reza: "Las personas desde los dieciséis (16) años y menores de dieciocho (18) años, pueden celebrar contrato de trabajo, con autorización de sus padres, responsables o tutores. Se presume tal autorización cuando el adolescente viva independientemente de ellos".

IV) Significado de la reforma

Junto con el dispositivo que lo antecede y el que le sigue, el artículo en análisis forma parte del grupo de normas dedicadas a tratar desde la legislación civil la capacidad para prestar servicios por la persona menor de edad, abordando cada uno de ellos distintas facetas de la misma. La respuesta que en el presente otorga el legislador, por medio de la cual requiere el consentimiento expreso del hijo mayor de dieciséis años como elemento que hace a la validez de los acuerdos concluidos por sus progenitores por servicios a ser prestados por aquél, refleja nuevamente el claro propósito de otorgar a los hijos en la menor edad una participación activa en el proceso de decisiones que atañen a su persona, confiriéndole voz y voto para que manifieste cuál es su deseo; lo contrario conduciría a transitar un camino harto peligroso que no merece la pena ser recorrido, pues implicaría negar la calidad misma de sujeto de derecho del hijo, quien pasaría a convertirse en un simple espectador de las decisiones que por él toman sus progenitores, desatendiéndose de sus legítimos deseos.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Art. 683 *Presunción de autorización para hijo mayor de dieciséis años.* **Se presume que el hijo mayor de dieciséis años que ejerce algún empleo, profesión o industria, está autorizado por sus progenitores para todos los actos y contratos concernientes al empleo, profesión o industria. En todo caso debe cumplirse con las disposiciones de este Código y con la normativa especial referida al trabajo infantil.**

Los derechos y obligaciones que nacen de estos actos recaen únicamente sobre los bienes cuya administración está a cargo del propio hijo.

I) Resumen

El efectivo ejercicio de empleo, profesión o industria por parte de los hijos mayores de dieciséis años de edad hace presumir la autorización de sus progenitores para la conclusión de los contratos que los vinculan a la actividad practicada. Sin perjuicio de ello, en tales supuestos deberá darse cumplimiento con lo que para ellos prevén las disposiciones aplicables contenidas en este Código, así como también en la normativa especial tendiente a regular el régimen de trabajo infantil. Además, se dispone que en los casos que ella trata, los derechos y obligaciones que emanan del ejercicio profesional por parte de los hijos solamente recaigan sobre el conjunto de bienes cuya administración se halla expresamente reservada a ellos.

II) Concordancias

Menor de edad y adolescente (art. 25); ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26). Ley de Contrato de Trabajo: capacidad para celebrar contrato de trabajo (art. 32); facultad de libre administración y disposición de los bienes conseguidos por el trabajador adolescente (art. 34).

III) Interpretación de la norma

Este artículo establece una presunción *iuris tantum* de autorización de los progenitores a la persona menor de edad para la celebración de todos los actos concernientes a su empleo, profesión o industria,

y su responsabilidad se encuentra limitada a los bienes que se encontraran bajo su administración.

Del texto surge que, salvo en cuanto se refiere al ejercicio profesional previsto en el artículo 30, la prestación de servicios por parte de menores de edad requiere la autorización de sus padres, la cual no podrá ser otorgada en cuanto exceda el marco establecido por las normas de trabajo infantil (ley 26.390). La expresa conformidad para el desarrollo de la actividad genera una presunción general de permiso para realizar todos los actos jurídicos vinculados a la misma. Las cuestiones relativas al empleo bajo relación de dependencia quedan regidas por la legislación especial (art. 32, ley 20.744).

IV) Significado de la reforma

El artículo comentado cierra el conjunto de normas destinadas a tratar la capacidad de la persona menor de edad para ejercer empleo, industria o profesión, formando una unidad inescindible con las dos normas que lo preceden, sin las cuales resultaría imposible entender la respuesta que se plasma. En efecto, en forma coherente con el espíritu que hasta aquí se viene planteando, por el que se procura reservar un importante espacio para que el hijo exprese su opinión y decida sobre la prestación de actividades laborales, el Código sancionado viene a completar aquél presumiendo la autorización parental para la actuación laboral del hijo mayor de dieciséis años en los supuestos que se encontrase ejerciendo en forma efectiva algún tipo de trabajo. La edad fijada recepta los estándares fijados por la legislación especial que rige en la materia, armonizando el sistema vigente en aras de evitar interpretaciones disímiles.

La fórmula que la previsión comentada emplea en sus líneas finales, por medio de la cual hace responder al hijo con los bienes que administra las obligaciones que surgieran a partir de la relación laboral que lo tiene como parte, resulta también razonable, en tanto lo contrario resentiría fuertemente cualquier criterio de justicia al cual la ley debe propender, pues implicaría poner en cabeza de los progenitores las responsabilidades que pudieran surgir por un acuerdo concluido en

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

forma personal por su hijo, y del cual se presume su anuencia, verdadero sinsentido que no puede merecer el apoyo de la legislación.

Art. 684 *Contratos de escasa cuantía.* **Los contratos de escasa cuantía de la vida cotidiana celebrados por el hijo, se presumen realizados con la conformidad de los progenitores.**

I) Resumen

La norma contiene la presunción de conformidad de los progenitores respecto de los contratos concluidos por los hijos en la menor edad, por pequeños montos y pagados en efectivo que hacen a su vida cotidiana.

II) Concordancias

Menor de edad y adolescente (art. 25); ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26); responsabilidad parental (arts. 638 y 639).

III) Interpretación de la norma

Es un hecho indiscutible que los hijos menores de edad, incluso por debajo de los 13 años, celebran a diario un significativo número de transacciones de escaso monto. Contratan viajes en el transporte público, celebran compraventa de cosas de poco valor, y toda una serie de actos de similares características, circunstancia que en el código derogado generaba un gran interrogante jurídico, toda vez que las personas de esa edad estaban caracterizadas como incapaces absolutos de hecho.

La situación planteada llevó a una discusión en el ámbito académico en torno a los fundamentos por los cuales estos actos podían ser realizados. En este contexto, diversas posturas surgieron en doctrina para explicar este hecho conciliándolo con el principio de incapacidad que regía a los menores impúberes y la ausencia de una disposición legal que los habilite expresamente a celebrar estos actos jurídicos. Conforme la primera de ellas se sostenía que la realización de estas transacciones

era una capacidad propia del menor, que surgía de una costumbre *contra legem*, derogatoria en este punto[135]. Por su parte, una postura alternativa afirmaba que estos contratos eran celebrados por los menores por mandato de sus representantes legales[136]. Finalmente, otro sector de la literatura jurídica vernácula entendía que se trataba de actos nulos de nulidad relativa, confirmados por la inacción del representante legal.

El Proyecto de 1998 para dar respuesta a esta problemática preveía en su artículo 26 que "Los menores pueden concertar los actos usuales correspondientes a su edad y condición".

El artículo 684 del Código da por terminada esta inveterada discusión. La redacción permite claramente inferir la existencia de una capacidad propia de la persona menor de edad para celebrar este tipo de operaciones de escaso valor, requiriendo la conformidad de sus representantes legales, la que a su vez es presumida por la ley con carácter *iuris tantum*.

IV) Significado de la reforma

Si pretendiera encarar la labor que le es encomendada modificando las conductas plenamente aceptadas en la arena social y que no acarrean daño alguno a cualquiera de sus integrantes, sin dudas el legislador se encontraría equivocando su camino, encomendándose a una gigantesca empresa que muy probablemente no le depare los resultados deseados.

No es ésa la postura que ha decidido seguir la comisión de juristas a cargo del Proyecto finalmente sancionado, y así es como vemos que el artículo aprobado llega a una solución en una temática que mereció la discusión entre los juristas, haciendo primar un criterio harto realista,

[135] LLAMBÍAS, *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 18ª ed. act. por Patricio Raffo Benegas, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, t. I, N° 647, p. 396; BORDA, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil. Parte general*, 13ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2008, t. I, N° 489, p. 457; YUNGANO, Arturo R. y colaboradores, *Derecho Civil. Parte general*, Ediciones Jurídicas, Buenos Aires, 1990, p. 288.

[136] CIFUENTES, Santos, *Elementos de Derecho Civil. Parte general*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 178.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que parte de incluir dentro del terreno de la legalidad a un conjunto de hábitos plenamente insertados en la realidad comunitaria que no lesionan interés legítimo de cualquiera de sus miembros. Asimismo, razones prácticas también aconsejan seguir la respuesta aquí trazada, pues pensar en la conformidad expresa de los progenitores para llevar adelante estos actos derivaría en un inconveniente obstáculo para el tráfico negocial. Por ello es que no podemos sino juzgar como acertado el recurso jurídico aquí seguido, el que actúa en beneficio de la comunidad toda.

Art. 685 ***Administración de los bienes.*** **La administración de los bienes del hijo es ejercida en común por los progenitores cuando ambos estén en ejercicio de la responsabilidad parental. Los actos conservatorios pueden ser otorgados indistintamente por cualquiera de los progenitores.**

Esta disposición se aplica con independencia de que el cuidado sea unipersonal o compartido.

I) Resumen

El Código establece un conjunto de reglas en cuanto atañe al ejercicio de la función de administración de los bienes de los hijos. En tal sentido, el principio general que rige en la materia establece la actuación común de ambos progenitores para el caso en que se encontraran ejerciendo la responsabilidad parental. Sin perjuicio de ello, se señala que los actos de carácter meramente conservatorios podrán ser llevados a cabo por cualquiera de ellos en forma indistinta, sin afectar ello a su validez. Además, se aclara que la respuesta que consagra será de aplicación tanto en los supuestos en que el cuidado de la descendencia se encontrara en cabeza de ambos progenitores como así también cuando la tarea recayera en forma exclusiva en uno de ellos.

II) Concordancias

Ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641); deber de administrar el patrimonio del hijo (art. 646, inc. f); concepto de cuidado personal del hijo (art. 648).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Administración conjunta*

El presente reconoce como antecedente el primer párrafo del artículo 294 (texto según ley 23.264).

La norma establece que la celebración de actos de administración sobre bienes que pertenecen a los hijos bajo el régimen de responsabilidad parental deberá ser hecha en forma conjunta por los progenitores. El consentimiento no se presume y debe ser efectuado en forma expresa por ellos. Resultan no obstante aplicables los principios de empleo útil y mandato tácito cuando uno de ellos, sin mediar oposición del otro, resolvió la realización de un acto de administración y éste resultó en beneficio de los intereses de la persona menor de edad[137]. Tal como lo señala jurisprudencia consolidada, la potestad de administrar los fondos de las personas menores de edad acordada a los progenitores no excluye la intervención del Ministerio Público y el control de los jueces en la disposición e inversión de los mismos[138].

La administración será ejercida en forma individual en caso de incapacidad o fallecimiento de uno de los progenitores.

III.2) *Actos conservatorios*

Se exceptúa del requisito de administración conjunta a los actos conservatorios. Se encuentran comprendidos dentro de ellos todos aquellos actos que resulten de naturaleza "urgente e ineludible para mantener en su integridad los bienes que componen un patrimonio determinado"[139], y estará justificada exclusivamente cuando de la demora en la acción pueda resultar un perjuicio al patrimonio del hijo

[137] BOSSERT, Gustavo A. y ZANNONI, Eduardo A., *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 348; ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, t. II, p. 785.

[138] CNCiv., sala F, 20-8-87, "Arana de Chalar, María E.", L. L. 1988-A-134, D. J. 1988-1-956; en pleno, 10-9-33, "Barlett, Esteban s/Suc. testamentaria", L. L. Online, AR/JUR/12/1933.

[139] BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264* cit., p. 351.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

como resultado de la pérdida o deterioro del bien, sin perjuicio de la aplicación de los principios de empleo útil y mandato tácito mencionados en el punto precedente.

III.3) *Independencia del régimen relativo al cuidado*

Para el caso de progenitores no convivientes, el régimen que eventualmente se establezca para el cuidado personal del hijo no altera las reglas que surgen del presente artículo, sin importar si éste se establece en forma conjunta o unipersonal. Esto es coherente con lo dispuesto por el artículo 653 *in fine*, en cuanto dispone que el otro progenitor es, a pesar de ello, sujeto de un derecho-deber de colaboración con respecto al progenitor que se encuentre a cargo del hijo. Frente a un incumplimiento de este deber o una negativa injustificada frente a una transacción que resulte claramente beneficiosa para el hijo, deberá recurrirse a la acción prevista por el artículo 688.

IV) Significado de la reforma

La igualdad de los progenitores en cuanto respecta al cumplimiento de los deberes y derechos impuestos por el instituto de la responsabilidad parental se proyecta en varios frentes. En ese sentido, el presente muestra una de sus aristas, previendo un conjunto de reglas de aplicación en cuanto atañe a la administración del patrimonio de los hijos, procurando lograr su ejercicio común, sólo pudiendo ser relevado ante el acaecimiento de circunstancias excepcionales. Esta sentencia queda robustecida con lo que su parte final prevé, en cuanto dispone la aplicación de la norma sin perjuicio del régimen de cuidado del hijo.

Esto que hasta resulta simple en realidad porta una importante carga simbólica, al recordar a los progenitores que independientemente del estado en que se encuentren sus relaciones personales, la crianza de su descendencia constituye una función que requiere su actuación mancomunada. Así, por tanto, para el caso de que en su oportunidad hubieran hecho vida en común, mal podrá uno de ellos argüir su interrupción como causa suficiente para inhibir al otro la participación en la tarea de la que se trata.

La inteligencia que la norma sostiene marca un punto de quiebre respecto a la legislación hasta el momento aplicable, la que ponía en cabeza del progenitor que se encontraba en ejercicio de la mal llamada "patria potestad" la administración de los bienes de los hijos, no obstante requerir el consentimiento para los actos de administración y para la disposición de inmuebles y de derechos o muebles registrables (conf. art. 264 quáter, incs. 6° y 7°). Como se ve, el dispositivo aprobado además de tener un innegable impacto que exige ser tratado desde lo jurídico, cuenta también con un notable efecto moralizador, buscando convencer a los progenitores respecto a la necesidad de encarar la tarea crianza del hijo en forma conjunta, incentivando a ambos a atender sus necesidades.

Art. 686 ***Excepciones a la administración.*** **Se exceptúan los siguientes bienes de la administración:**

a) los adquiridos por el hijo mediante trabajo, empleo, profesión o industria, que son administrados por éste, aunque conviva con sus progenitores;

b) los heredados por el hijo por indignidad de sus progenitores;

c) los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador haya excluido expresamente la administración de los progenitores.

I) Resumen

El Código establece un conjunto de bienes de titularidad de los hijos menores de edad que quedan por fuera de la administración encomendada a sus progenitores. Integran esta categoría en primer término los que hubieran sido adquiridos por aquéllos con el fruto de su trabajo, empleo, profesión o industria en los casos en que se encontraran legalmente habilitados para hacerlo. En este supuesto, la gestión recaerá en cabeza del hijo, no obstando a ello el hecho de que se halle viviendo con sus progenitores. Además se destaca que los bienes que se incorporan en el patrimonio del hijo en el caso de entrar a una sucesión en representación del progenitor que ha sido condenado

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

por indignidad quedan por fuera del ámbito de administración patrimonial respecto de este último. Se exceptúa a los progenitores de la gestión de los bienes que fueran conseguidos por sus hijos por causa de herencia, legado o donación en aquellos supuestos en que el causante manifestara en forma explícita en el título del acto trasmisivo su voluntad de apartar a aquéllos de la administración de los bienes transferidos.

II) Concordancias

Contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años (art. 681); contratos por servicios del hijo mayor de dieciséis años (art. 682); presunción de autorización para el hijo mayor de dieciséis años (art. 683); Ley de Contrato de Trabajo: facultad de libre administración y disposición del producido por el trabajo ejecutado (art. 34); causas de indignidad (art. 2281); casos en que tiene lugar la representación de los descendientes (art. 2429); testamento (art. 2426).

III) Interpretación de la norma

El principio general que rige la administración de los bienes de los menores de edad bajo el régimen de responsabilidad parental que fuera tratado en puntos anteriores encuentra en el presente tres excepciones.

En primer lugar, se excluye de la administración de los progenitores a aquellos bienes que hubieran sido obtenidos por el hijo como resultado del ejercicio de su trabajo, sea éste profesional, independiente o bajo relación de dependencia. Esta norma unifica y clarifica el régimen de capacidad patrimonial de los menores con respecto a los bienes obtenidos como fruto de su trabajo. En tal sentido, a partir de esta disposición se entiende que las personas menores de edad pueden administrar y disponer libremente de los bienes que adquieran como resultado de su actividad e intervenir en los procesos civiles y criminales que tengan como causa dicho ejercicio profesional, o estuvieren vinculados con actos jurídicos que tengan por objeto bienes que integran el mencionado peculio. De esta forma, se brinda una solución

que uniforma el régimen aplicable a las distintas posibilidades de trabajo de los menores, en forma coincidente con las propuestas por la doctrina en forma previa a la entrada en vigencia del Código, al entender que en ausencia de una disposición expresa en contrario el artículo vigente implicaba una presunción a favor de la capacidad de la persona menor de edad.

Quedan también por fuera de la función de administración puesta en cabeza de los progenitores, los bienes que se hereden con causa en la indignidad dictada contra alguno de ellos. Con respecto al artículo 293, inciso 1° del código derogado (texto según ley 23.264), antecedente inmediato de la presente, se elimina la referencia a la desheredación de los progenitores, por cuanto esta institución no ha sido regulada en el Código. La indignidad de uno de los progenitores no implicará la exclusión del otro de la administración de los bienes, la cual pasará a ejercer en forma individual.

Por último, se conserva el apartamiento, proveniente del artículo 294 del código derogado, de los bienes recibidos por legado, herencia o donación, cuando el donatario o testador hubiera expresamente excluido a los padres de la administración. En el caso de que se marginara exclusivamente a uno de los progenitores de la administración, por analogía respecto del caso de indignidad, corresponde entender que el otro podrá ejercerla en forma individual. La exclusión deberá ser hecha en forma expresa e interpretada con criterio estricto.

IV) Significado de la reforma

Tal y como hemos advertido algunas líneas más arriba, la norma aprobada reconoce como antecedente más próximo al artículo 293 del código derogado, y tan así es que sus últimos dos incisos reproducen casi fielmente su contenido, con las salvedades recién efectuadas. Sin embargo, mal podría conducirnos lo dicho a restar el justo valor que ostenta el dispositivo en examen, en tanto exhibe también una novedad digna de ser resaltada: al respecto, cabe recordar que el artículo 128 del código derogado dejaba por fuera de la administración de los bienes por los padres a los que se incorporaran al patrimonio del hijo menor de edad mayor de dieciocho años de edad (en tanto la mayoría de

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

edad se encontraba fijada en los veintiún años) como fruto del trabajo que desarrollara, en los casos y bajo las condiciones de que ello le resultara permitido. Empero, la misma no resolvía el conflicto suscitado en torno a la exclusión de la función administradora de aquellos bienes incorporados por el ejercicio del empleo de los menores que se encontraban por debajo de dicha edad y legalmente autorizados para la actividad conforme las disposiciones de la legislación laboral, interrogante que dividió a la doctrina especializada.

Sin perjuicio, todas las personas de dieciocho años de edad son reputadas adultas a todos los efectos de las leyes, la norma asume tal debate, buscando eliminar cualquier discrepancia interpretativa que la cuestión hubiese originado. De tal manera es que señala que todos los bienes adquiridos por las personas menores de edad como producto del ejercicio del empleo no caerán bajo el campo de la administración parental. Nuevamente observamos cómo la incapacidad que sobre ellos pesa como principio general se ve atenuada a partir de un conjunto de disposiciones específicas, permitiéndoles ejercitar por sí un conjunto de actos de la vida civil, haciéndolos responsables de sus decisiones en función de sus capacidades progresivas.

Art. 687 ***Designación voluntaria de administrador.*** **Los progenitores pueden acordar que uno de ellos administre los bienes del hijo; en ese caso, el progenitor administrador necesita el consentimiento expreso del otro para todos los actos que requieran también autorización judicial.**

I) Resumen

La norma reconoce a los progenitores la facultad de nombrar a uno de ellos como administrador del patrimonio del hijo, sin perjuicio de aclarar que esa designación no podrá conducir a que se prescinda del consentimiento del otro para aquellos actos para los cuales la legislación vigente exigiere contar con autorización de carácter judicial.

II) Concordancias

Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores (art. 645, inc. d); deber de administración del patrimonio del hijo (art. 646, inc. f).

III) Interpretación de la norma

Para el caso de que los progenitores tengan entre ellos una buena relación, y existan vínculos de confianza que hagan excesivamente rigurosa e infructuosa la exigencia de la conformidad expresa de ambos, se prevé la posibilidad de que de común acuerdo designen a uno de ellos para que ejerza en nombre de ambos la administración de los bienes del hijo. Esta disposición reconoce su antecedente en el texto del artículo 294, 2° párrafo, primera parte, del código derogado (texto según ley 23.264).

No empece a ello, y como una garantía adicional establecida en interés de la persona menor de edad, se establecen límites a la delegación de esta potestad. En particular, se excluye la posibilidad de establecer una representación conjunta en cabeza de un progenitor administrador para todos aquellos actos que requieren autorización judicial, para los cuales deberá en todos los casos contarse con el consentimiento expreso de ambos progenitores.

Queda comprendido en esta disposición cualquier tipo de acto que exceda la mera administración, como por tanto la enajenación de bienes inmuebles o muebles registrables que pertenezcan a los hijos, la constitución de derechos reales, o bien la transferencia de derechos reales de los hijos sobre bienes de terceros. La importancia de estos actos y el potencial perjuicio a los intereses del hijo justifican la necesidad de reglas más estrictas para su celebración.

IV) Significado de la reforma

El artículo en análisis muestra un apartamiento del principio de la administración común del patrimonio del hijo por parte de sus progenitores, empero, a diferencia de los casos que nos tocará examinar seguidamente, en el presente el ejercicio de la función en forma in-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

dividual por uno de ellos no opera como sanción, reprochando una conducta que atentara contra los fines mismos de la función reconocida por ley, si no encuentra su causa en la voluntad autónoma de aquéllos.

En tal sentido es que el legislador, albergando la correcta intuición de que son los mismos progenitores quienes mejor conocen el particular funcionamiento del sistema familiar, les acuerda la posibilidad de convenir la delegación del deber que venimos estudiando para ser asumido por sólo uno, buscando así contribuir a la realización del interés superior del hijo. Se mantiene de tal modo una solución ya prevista por la ley 23.264, y cuya puesta en práctica no generó mayores conflictos, por lo que pocas razones podían ser argüidas para propugnar su no mantenimiento en el nuevo cuerpo normativo.

Art. 688 ***Desacuerdos.*** **En caso de graves o persistentes desacuerdos sobre la administración de los bienes, cualquiera de los progenitores puede recurrir al juez para que designe a uno de ellos o, en su defecto, a un tercero idóneo para ejercer la función.**

I) Resumen

La gestión conjunta de los bienes de los hijos puede llevar a la aparición de diferencias de criterio en cuanto al camino que resulta más conveniente adoptar. En atención a ello es que el artículo sancionado prevé un mecanismo para poner fin a las mismas y así evitar la virtual paralización de la función. En efecto, presentados graves o persistentes desacuerdos, la norma legitima a cualquiera de los progenitores a acudir ante la instancia jurisdiccional competente para obtener una respuesta ante la desavenencia existente, la que a su vez podrá adoptar por seguir dos caminos: así, el juez podrá hacer recaer la administración en cabeza de uno de ellos, o bien designar a un tercero para ejercer la tarea.

II) Concordancias

Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores

(art. 645, inc. d); deber de administración del patrimonio del hijo (art. 646, inc. f); administración de los bienes del hijo (art. 685).

III) Interpretación de la norma

El artículo recoge la disposición contenida en el anterior artículo 294, 3er párrafo, del código derogado. La norma prevé la posible existencia de negativas arbitrarias e injustificadas que se dan en forma reiterada por parte de uno de los progenitores a actos que se presentan como beneficiosos para el hijo. El requisito de administración conjunta previsto en el artículo 685 no plantea dificultades en situaciones normales, mas en determinadas circunstancias, cuando la relación entre ambos progenitores no es fluida, puede ser utilizado en forma abusiva por uno de ellos para entorpecer la gestión del patrimonio, sea con el propósito de usar su poder de veto como moneda de cambio en el ámbito de alguna negociación, o simplemente en forma maliciosa, con la finalidad de perjudicar al otro.

Para evitar esta clase de abusos, el Código plantea la posibilidad de que el juez designe a uno de los progenitores o a un tercero como administrador, para que ejerza todos los actos de administración ordinaria en forma individual. Con respecto a su antecedente, el nombramiento de alguien distinto a los progenitores aparece como una innovación en nuestro Derecho positivo. Dicha posibilidad ya había sido sugerida con ocasión de la reforma de la ley 23.264 en forma previa a la redacción definitiva del Proyecto, resultando finalmente excluida en el texto aprobado.

Para proceder, la norma exige una pluralidad de desacuerdos que deben ser "graves o persistentes". Serán graves aquellos que impliquen un perjuicio significativo para el patrimonio del hijo. Se entiende como persistentes las desavenencias que aun no resultando graves, por su constante reiteración, resultan en un entorpecimiento que dificulta en forma innecesaria la normal gestión del patrimonio del hijo.

En la inteligencia de que "quien puede lo más, puede lo menos" es posible inferir que la norma concede al juez no sólo la facultad de excluir a uno o a ambos progenitores de la administración, sino

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que también lo habilita para distribuir funciones entre ellos[140], o delegar algunas funciones a un tercero.

Con el mismo criterio, corresponde entender que frente a un desacuerdo planteado con respecto a una situación particular, que no pueda caracterizarse como una reiteración de oposiciones graves, ni persistentes, el juez podrá resolver una habilitación especial, sin alterar el régimen de administración conjunta.

Por otra parte, es menester resaltar que la exclusión de uno de los progenitores de la administración de los bienes no altera la obligación de contar con el consentimiento expreso y conjunto para los actos previstos en el artículo 692.

Finalmente, cabe apuntar que en el caso de que cesaran las circunstancias de hecho que dieron lugar a la exclusión o desmembramiento de las facultades de administración de uno o ambos progenitores, el magistrado podrá a pedido de parte interesada decidir el retorno al régimen de administración conjunta, o revisar la distribución de facultades. Dicha decisión deberá estar fundada en el interés superior del niño, en cuanto resulte en una mayor garantía para la protección de su patrimonio.

IV) Significado de la reforma

El Código introduce una modificación respecto a su antecedente más próximo que permite dar cuenta de un mejor modo de los indeseados y reiterados conflictos suscitados entre los progenitores que hacen imposible el normal ejercicio de la función administrativa que se les asigna.

En tal sentido, si bien al igual que los textos anteriores la norma anotada conserva la posibilidad de llevar el diferendo ante los estrados judiciales para que éstos se expidan sobre el mismo y designen a uno de los progenitores como administrador de los bienes de los hijos, permite a los magistrados también nombrar a un sujeto ajeno a los progenitores para asumir dicho deber. El interés superior del hijo constituirá el horizonte al que debe propender la actuación jurisdiccional, debiendo evaluarse en cada caso concreto cuál es el curso de acción

[140] BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264* cit., p. 354.

que logra el mejor respeto de sus derechos, y específicamente en cuanto a la cuestión abordada concierne la gestión más eficaz de su patrimonio.

Art. 689 *Contratos prohibidos.* **Los progenitores no pueden hacer contrato alguno con el hijo que está bajo su responsabilidad, excepto lo dispuesto para las donaciones sin cargo previstas en el artículo 1549.**

No pueden, ni aun con autorización judicial, comprar por sí ni por persona interpuesta, bienes de su hijo ni constituirse en cesionarios de créditos, derechos o acciones contra su hijo; ni hacer partición privada con su hijo de la herencia del progenitor prefallecido, ni de la herencia en que sean con él coherederos o colegatarios; ni obligar a su hijo como fiadores de ellos o de terceros.

I) Resumen

El Código en principio prohíbe la contratación entre los progenitores y sus hijos sujetos a la responsabilidad parental. A partir de ello, enumera un conjunto de actos que resultan expresamente vedados.

II) Concordancias

Capacidad de derecho (art. 22); prohibición de adquirir los bienes del representado (art. 372); contrato de compraventa (art. 1123); cesión de créditos (art. 1124, inc. a); contrato de fianza (art. 1574); partición privada (art. 2369); casos en que es requerida la partición judicial (art. 2371).

III) Interpretación de la norma

La norma sienta en primer lugar el principio general aplicable en materia de contratación entre los progenitores y sus hijos, disponiendo la prohibición de la realización de cualquier tipo de contrato entre ellos. Esta regla general puede ser exceptuada, mediante una habilitación especial prevista en la ley (por ej., art. 1549, los hijos pueden aceptar donaciones de sus representantes legales, mediando una tutela

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

especial), o en algún caso concreto contando con el correspondiente permiso judicial. Estas excepciones deben ser interpretadas y decididas con criterio estricto y teniendo en miras el interés superior de la persona menor de edad.

Seguidamente, el Código enumera una serie de contratos absolutamente prohibidos para los progenitores que ejercen la responsabilidad parental, por lo que no pueden ser llevados a cabo en ningún caso, no admitiéndose el otorgamiento de un permiso judicial para su realización: a) la compraventa de cosas muebles o inmuebles de propiedad de sus hijos; b) cesión de créditos, derechos o acciones que tengan como sujeto pasivo a su hijo; c) la partición privada de herencia del progenitor fallecido o en cualquier caso en que los progenitores y el hijo fueran herederos o legatarios del mismo causante; d) la fianza, cuando el sujeto pasivo de la garantía fuera el hijo, frente a los progenitores o a terceros.

Estas disposiciones tienen como propósito fundamental evitar que los progenitores aprovechen la mayor experiencia y la posición negocial de privilegio que surge del régimen de responsabilidad parental, para que la misma sea utilizada en su beneficio, en detrimento del patrimonio del hijo. En todos los casos el conflicto de intereses entre los progenitores y el menor de edad surge en forma ostensible.

En cuanto se refiere a la prohibición de partición privada de la herencia, la norma es concordante con lo dispuesto en el artículo 2369, en cuanto exige la plena capacidad de todos los participantes en el acto, y el artículo 2371, inciso a, que manda la partición judicial "si hay copartícipes incapaces, con capacidad restringida o ausentes".

Resta señalar para finalizar que los actos celebrados en contravención de la presente disposición son de nulidad relativa.

IV) Significado de la reforma

La reforma presenta una sensible mejora en lo que atañe a la técnica legislativa empleada por su antecedente más próximo, contenido en el artículo 297 del código derogado. En ese sentido, en primer término, cabe destacar que la norma concordada fija en una misma disposición el principio general que rige en materia de contratos efectuados entre

los progenitores y los hijos bajo su responsabilidad, previendo luego varios supuestos específicos que pudieran mover a la confusión, a efectos de disipar la misma. El cuerpo normativo reemplazado no seguía este estilo, tratando todo ello en diversos artículos, aislados entre sí.

En el mismo sentido, marca también un avance en lo atinente a la forma en que se ha decidido legislar, puesto que deja reservado el presente para los acuerdos que bajo ningún punto de vista pueden concluir los progenitores en ejercicio de la función administrativa instituida por ley, quedando los supuestos en que para su realización deberán contar con autorización judicial para ser tratados en otra disposición, a diferencia de la normativa reemplazada que abordaba ambas circunstancias, ciertamente distintas entre sí, en un mismo texto.

Art. 690 ***Contratos con terceros.*** **Los progenitores pueden celebrar contratos con terceros en nombre de su hijo en los límites de su administración. Deben informar al hijo que cuenta con la edad y grado de madurez suficiente.**

I) Resumen

La realización de contratos de los progenitores en nombre de sus hijos, en principio, se encuentra permitida, siempre que fuera realizada ciñéndose a los límites fijados a la función de administración fijada por ley. No obstante ello, se exige de aquéllos el informar a sus hijos que contaren con un grado de maduración suficiente respecto de los convenios que fueran a celebrar.

II) Concordancias

Administración de los bienes del hijo (art. 685); excepciones a la administración (art. 686); contratos por servicios del hijo mayor de dieciséis años (art. 682); actos que necesitan autorización judicial (art. 692); discernimiento para los actos lícitos (art. 261, inc. c).

III) Interpretación de la norma

En el marco de sus facultades de administración, los progenitores

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

pueden celebrar contratos en nombre de sus hijos. Quedan por fuera de ella, por tanto, cualquier clase de actos sobre bienes excluidos de su administración (art. 686); o que obliguen en forma alguna al hijo para una prestación personal ante terceros, sin contar con su consentimiento, y en los límites de la legislación especial (arts. 681 y 682). Asimismo, sólo podrán celebrar con terceros actos de disposición mediando autorización judicial (art. 692).

Sin perjuicio de esta representación general, para ejercer actos de administración en nombre de los hijos, se impone a los progenitores en ejercicio de la responsabilidad parental un deber de información hacia aquéllos sobre los actos que celebren en su nombre, desde que ellos cuenten con un grado de madurez suficiente. Se presume sin admitir prueba en contrario que cuentan con aptitud para ello desde los trece años, edad en la que adquieren discernimiento para la celebración de actos lícitos (art. 261, inc. c).

IV) Significado de la reforma

La norma marca un significativo cambio en materia de la aptitud de ejercer actos de administración y meramente conservatorios en relación con el conjunto de bienes de sus hijos. Al respecto, en el régimen derogado, aquéllos gozaban de la más amplia libertad para ejecutarlos por sí "...sin intervención alguna de sus hijos menores..." (conf. art. 274, código derogado).

En forma contraria a la inteligencia sostenida por la legislación reformada, la presente incluye el deber de información hacia el hijo que cuenta con un grado de desarrollo madurativo suficiente de los acuerdos que se pretenden concluir con terceros, signo de la mayor participación que se acuerda a las personas menores de edad en los asuntos que atañen a su persona, sin desmedro de su incapacidad de ejercicio.

Art. 691 ***Contratos de locación.*** **La locación de bienes del hijo realizada por los progenitores lleva implícita la condición de extinguirse cuando la responsabilidad parental concluya.**

I) Resumen

La facultad reconocida a los progenitores de celebrar contratos en nombre de sus hijos encuentra en la presente una limitación de carácter temporal, toda vez que se apunta que la realización de los acuerdos de locación de sus bienes lleva ínsita la condición implícita de su resolución en cuanto la responsabilidad parental llegara a su fin.

II) Concordancias

Contratos de los progenitores con terceros (art. 690); causas de extinción de la titularidad de la responsabilidad parental (art. 699); contrato de locación (art. 1187).

III) Interpretación de la norma

El presente reconoce como antecedente lo dispuesto en el anterior artículo 300, que establecía: "Los arrendamientos que los padres hagan de los bienes de los hijos, llevan implícita la condición que acabarán cuando concluya la patria potestad".

El Código corrige las limitaciones observables en la redacción de su antecedente y se refiere en forma genérica al contrato de locación sobre los bienes del hijo. La norma resuelve el problema en cuestión a partir de una lógica sistémica que informa el resto del articulado. El reconocimiento de una potestad a favor de los progenitores para obligar a sus hijos más allá del plazo de vigencia del régimen de responsabilidad parental implicaría reconocer facultades en materia patrimonial que excederían el ámbito de la administración ordinaria. Asimismo, dicha potestad carece de fundamento en ausencia de los presupuestos fácticos que justifican la responsabilidad parental.

Por tales motivos, se establece en este caso una cláusula implícita para todos los contratos de locación sobre bienes de personas menores de edad bajo la responsabilidad de sus progenitores, por la cual la relación se deberá entender acabada una vez finalizada la minoría de edad. La extinción producirá efectos hacia el futuro, no pudiendo afectar hechos cumplidos que tengan como causa eficiente la relación

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

jurídica originada en ejercicio de la autoridad parental. Asimismo, debe entenderse que la conclusión del acuerdo no tendrá lugar de pleno derecho, sino a requerimiento del titular de los bienes una vez alcanzada la plena capacidad civil.

IV) Significado de la reforma

El artículo en análisis recoge casi textualmente la letra del antes aludido artículo 300 del código derogado, recortando el espacio de la libertad del que en principio gozan los progenitores para ejecutar actos de administración respecto de los bienes de sus hijos, previendo que los contratos de arrendamientos sobre ellos llevan implícita la condición de su terminación para una vez que la responsabilidad parental concluyera. Esto no podría ser de otra manera, en tanto como función que surge a partir de la representación que les es reconocida respecto de la persona y el patrimonio de la descendencia, mal podrían establecer los progenitores comprometer bienes de sus hijos más allá del límite temporal al cual inexorablemente llegará la tarea legalmente asignada, pues ello llevaría a actuar en exceso de las facultades acordadas, vulnerando la razón de ser del instituto en este título tratado.

Art. 692 ***Actos que necesitan autorización judicial.*** **Se necesita autorización judicial para disponer los bienes del hijo. Los actos realizados sin autorización pueden ser declarados nulos si perjudican al hijo.**

I) Resumen

Se exige a los progenitores contar con autorización emanada de la instancia jurisdiccional competente a fin de poder realizar actos de enajenación sobre los bienes de sus hijos. Y para el caso de que llevaran a cabo los mismos prescindiendo de ella, se destaca que el acto es susceptible de ser tachado de nulo para el supuesto de que produjera un perjuicio en los intereses del hijo.

II) Concordancias

Principio general del interés superior del niño (art. 639, inc. a); ley 26.061 (art. 3°); categorías de ineficacia (art. 382); restitución por nulidad (art. 390); nulidad total (art. 389); nulidad relativa (arts. 386 y 388).

III) Interpretación de la norma

La norma establece los límites de las potestades de los progenitores con respecto a los bienes que integran el patrimonio de sus hijos. Quedan comprendidos entonces dentro de la órbita de su representación en materia patrimonial todos los actos de administración, sean éstos de administración ordinaria o conservatorios. Y, consecuentemente, quedan por fuera de dichas facultades los actos de disposición, es decir, todos aquellos que impliquen una alteración significativa de la integración del patrimonio del hijo. Sin perjuicio de ello, cabe apuntar que los mismos no se encuentran prohibidos, pudiendo ser celebrados con autorización judicial.

No obstante no establecer la norma un criterio que sirva como parámetro para el otorgamiento de dichas autorizaciones, por analogía con lo dispuesto por el artículo 697, es posible sostener que el permiso para celebrarlos debe ser dado existiendo motivos fundados, con carácter excepcional y una vez establecida la conveniencia económica del acto para la persona menor de edad.

La sanción por el incumplimiento de la solicitud de autorización será la nulidad del acto, de carácter relativo. El juicio sobre la conveniencia o inconveniencia de la operación dependerá en última instancia del hijo, que contando con madurez suficiente inicie la acción durante la menor edad, o una vez cumplida la mayor edad, decidirá el impulso o la inacción con respecto a la acción de nulidad relativa correspondiente a la impugnación del acto en cuestión.

IV) Significado de la reforma

A partir de la exigencia del permiso judicial para llevar a cabo los de actos allí dispuestos, el artículo apunta a mantener la incolu-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

midad del patrimonio del hijo, evitando que sus progenitores saquen del mismo los bienes que lo conforman. La reforma sigue en este punto a la legislación que viene a reemplazar, sirviéndose sin embargo de un lenguaje más concreto le permite formular reglas más claras y entendibles, evitando caer en la casuística empleada por los textos anteriores.

La segunda se refiere a la cuestión más saliente de la enmienda llevada a cabo en lo que respecta a los actos de los titulares de la responsabilidad parental que exigen la previa conformidad por parte de los magistrados para su realización. En tal sentido, evita que los actos dispositivos ejecutados sin la misma se vean irremediablemente privados de sus efectos, para el supuesto de que no produjeran perjuicio alguno al hijo. De tal forma, se confiere a la instancia judicial un cierto campo de acción para apreciar en el caso concreto cuál es el mejor interés del menor involucrado en el conflicto, pudiendo fulminar al acto de nulo para el caso de juzgar que lesiona sus intereses, o bien sostenerlo en el caso contrario.

Art. 693 ***Obligación de realizar inventario.*** **En los tres meses subsiguientes al fallecimiento de uno de los progenitores, el sobreviviente debe hacer inventario judicial de los bienes de los cónyuges o de los convivientes, y determinarse en él los bienes que correspondan al hijo, bajo pena de una multa pecuniaria a ser fijada por el juez a solicitud de parte interesada.**

I) Resumen

Ante el deceso de uno de los progenitores de la persona menor de edad, se impone al progenitor sobreviviente el deber de realizar un inventario judicial discriminando los bienes correspondientes a los consortes o a los miembros de la unión convivencial, determinándose en él los bienes que correspondan al hijo, pudiendo ser pasible de una sanción de carácter pecuniaria ante requerimiento efectuado por parte interesada ante el incumplimiento de la obligación fijada.

II) Concordancias

Disolución del matrimonio por muerte de uno de los cónyuges (art. 435, inc. a); cese de la unión convivencial por muerte de uno de los convivientes (art. 523, inc. a); apertura de la sucesión (art. 2277); sucesión de los hijos (art. 2426); concurrencia del cónyuge con descendientes (art. 2433).

III) Interpretación de la norma

El fin de la existencia de las personas físicas, por la centralidad de la persona humana en el ámbito del Derecho Civil, acarrea una serie de consecuencias imposibles de enunciar en forma exhaustiva. De esta forma, el fallecimiento de uno de los progenitores de una persona menor de edad implica, en primer término, el cese del régimen de administración conjunta, la cual será ejercida en adelante por el progenitor supérstite o por un tutor designado a tal efecto.

Asimismo, el fallecimiento de un progenitor, dado que su hijo es un heredero legítimo, conforme previene el artículo 2426, generará normalmente una transmisión mortis causa de bienes que ingresarán al patrimonio del menor de edad. Esta incorporación de bienes, sumada al cese de la administración conjunta, que funciona como una garantía para el hijo, con el agregado del potencial conflicto de intereses entre el progenitor en el marco de un proceso sucesorio, requiere de alguna medida que permita una administración transparente y facilite la rendición de cuentas.

Por estas razones, se establece la obligación de realizar un inventario judicial de los bienes del cónyuge o conviviente fallecido y determinar cuáles de entre ellos corresponden al hijo. Esta garantía se suma a la prevista en el artículo 2297, que prevé la imposibilidad para el representante legal para aceptar una herencia obligando a la persona incapaz al pago de deudas de la sucesión, más allá del valor de los bienes heredados.

Resta decir que el incumplimiento de la obligación de hacer el inventario implicará la posibilidad de requerir la imposición de una multa, la que tiene la función de sanción conminatoria para promover

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

el cumplimiento del deber instituido por la ley. La aplicación deberá ser requerida por parte interesada y será fijada por el juez, atendiendo a la finalidad procurada por la norma.

IV) Significado de la reforma

Plasmada en el artículo 296 del código derogado, la obligación impuesta al progenitor sobreviviente de realizar un inventario judicial en el que se determinen los bienes de los hijos no mereció mayores cuestionamientos por parte de la doctrina autoral y jurisprudencial. De hecho, durante su casi siglo y medio de vigencia, la norma tan sólo fue enmendada por la ley 26.618, la cual, al realizar su barrido de la legislación positiva a efectos de eliminar toda mención a situaciones que hicieran referencia al matrimonio como una institución entre personas de distinto sexo, prescindió de la mención que en aquélla se hiciera del padre y la madre, apelando al término más neutro de "padres".

El Código conserva la mentada exigencia. Amén de introducir modificaciones de estilo, también plantea cambios que pretenden coordinar su sentido con el contenido de las reformas dispuestas en distintos institutos del Derecho de Familia. En tal sentido, la inclusión de los miembros de las parejas convivientes dentro de los sujetos que se encuentran alcanzados por la obligación de efectuar el inventario previsto resulta a todas luces coherente en el contexto de la nueva legislación aprobada, en razón del cúmulo de relaciones que los integrantes de aquélla pueden generar entre sí.

Del mismo modo, al desaparecer el usufructo paterno sobre los bienes de sus hijos, mal podría ser pensada su pérdida como sanción para el progenitor que se sustrae de dar cumplimiento con el deber fijado, como lo hacía el antecedente de la presente. La reforma adapta la respuesta, reconociendo la potestad de los jueces de fijar una multa de carácter pecuniario, exhibiendo así una interesante respuesta ante la inobservancia de la obligación, al lograr que no se convierta en letra muerta, sino que tenga una fuerza real y que se vea reflejada en la práctica.

En razón del fin eminentemente tuitivo hacia la integridad del patrimonio del hijo entendemos acertado el mantenimiento de la respuesta plasmada en esta disposición, resultando los ajustes establecidos indispensables para su correcto funcionamiento en el nuevo andamiaje traído por el cuerpo normativo sancionado.

Art. 694 ***Pérdida de la administración.*** **Los progenitores pierden la administración de los bienes del hijo cuando ella sea ruinosa, o se pruebe su ineptitud para administrarlos. El juez puede declarar la pérdida de la administración en los casos de concurso o quiebra del progenitor que administra los bienes del hijo.**

I) Resumen

La norma muestra un conjunto de supuestos fácticos que determinan el apartamiento de uno o ambos progenitores de la función de administración de los bienes de los hijos. En tal orden de ideas, en el primer párrafo se menciona como causales de pérdida de la tarea encomendada a los casos en que se verifique que ella pone en riesgo al patrimonio gestionado, así como también la falta de pericia en el ejercicio de la tarea, agregándose a ellos en su párrafo segundo el proceso falencial al que se encontrare sujeto el progenitor administrador.

II) Concordancias

Concepto de responsabilidad parental (art. 638); principio general del interés superior del niño (art. 639, inc. a). Ley 26.061 (art. 3°). Ley 24.522: apertura del concurso preventivo (art. 14); administración del concursado (art. 15); declaración de quiebra (art. 77).

III) Interpretación de la norma

Encontrando su antecedente más inmediato en el derogado artículo 301, el presente se ocupa de fijar las causales que pueden dar origen a la pérdida de la administración de los bienes de los hijos por parte de los progenitores. En efecto, la misma puede producirse: 1) cuando la administración sea ruinosa; 2) cuando se pruebe la falta de aptitud

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

para administrar los bienes, o 3) cuando con respecto al progenitor se declare la apertura de concurso preventivo o quiebra personal.

La primera de las causales procede cuando se demuestre que el ejercicio de la potestad de administración por parte del progenitor ha sido causa de un deterioro sustancial en el valor del patrimonio del hijo.

El segundo supuesto de ineptitud tiene lugar cuando se constate que por cualquier causa, el ejercicio por parte del progenitor de la facultad de gestión patrimonial pudiera resultar en perjuicio del hijo. En principio, y en ausencia de otros elementos, debe presumirse que los progenitores actúan en el mejor interés del niño. No obstante, ello puede no ser así, como resultado de una acción deliberada para perjudicarlo, o como consecuencia de la ausencia de suficientes aptitudes psíquicas o intelectuales para una adecuada gestión del patrimonio. En estos casos, constatada la falta de idoneidad por parte del juez, corresponderá declarar la pérdida de la tarea fijada por ley.

Finalmente, queda como tercer supuesto de exclusión de la administración, el concurso o quiebra del progenitor. Resulta evidente que el estado de impotencia patrimonial para hacer frente a las propias deudas confiere un indicio lo suficientemente fuerte en cuanto a las aptitudes del progenitor para encargarse del patrimonio de su hijo. Asimismo, esta situación económica crítica puede resultar riesgosa para el menor mismo, dado que está presente el riesgo latente de que las rentas de sus bienes sean desviadas para salvar la delicada situación del progenitor concursado o fallido.

Con relación a la norma vigente en el régimen anterior, es menester destacar que la nueva redacción elimina la posibilidad del progenitor de permanecer en la administración cuando sus acreedores lo permitan y no "embarguen su persona".

Cualquiera sea el caso, la exclusión de la función administrativa tendrá lugar mediando declaración judicial, la cual se hará en todos los casos teniendo en mira el interés superior del menor, procurando la preservación de su patrimonio. Y conforme lo dispone el artículo 696, excluido uno de los progenitores de la administración, ésta corresponderá al otro, y en su ausencia, o cuando ambos fueran apartados, deberá designarse un tutor especial.

IV) Significado de la reforma

Siendo la administración de los bienes de los hijos un deber impuesto a los progenitores como contenido sustancial de la responsabilidad parental, cabe asumir que el despliegue de una serie de conductas por ellos que amenacen la destrucción del patrimonio gestionado debe merecer una pronta respuesta por parte de la ley, a efectos de evitar su desaparición en forma total.

Este propósito es el que alberga la norma en comentario, la cual, a diferencia de su antecedente más próximo, fija un sistema más estricto hacia el actuar de los administradores. En efecto, ya no contarán más ellos con el salvoconducto que la legislación anterior les acordaba para mantenerse en el ejercicio de la función no obstante encontrarse sujetos a un proceso falencial, a través del permiso otorgado por los acreedores del mismo y para el caso de que se comprometieran a no embargar a su persona. No podemos sino resaltar como un dato positivo de la ley vigente esta mayor estrictez, en cuanto propende a lograr una administración más eficiente del patrimonio confiado, actuando verdaderamente en defensa del hijo.

Art. 695 *Administración y privación de responsabilidad parental.* Los progenitores pierden la administración de los bienes del hijo cuando son privados de la responsabilidad parental.

I) Resumen

El Código prevé una de las consecuencias que se derivan del dictado de la sentencia de privación de la responsabilidad parental, al señalar que ella supone la pérdida de pleno derecho de la función de administración que es reconocida a los progenitores respecto de los bienes de la descendencia.

II) Concordancias

Privación de la responsabilidad parental (art. 700); casos de privación de la responsabilidad parental (art. 703).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma

Conforme la norma comentada, la administración de los bienes de los hijos por parte de sus progenitores tiene carácter accesorio con respecto a la obligación principal que justifica el régimen de responsabilidad parental. Esta última consiste en la protección de la persona menor de edad promoviendo y proveyendo las condiciones necesarias para un adecuado desarrollo físico, psíquico, moral y social. Desde el punto de vista lógico, esta relación de principal-accesorio implica con respecto a estas normas que mientras que pueden subsistir atribuciones derivadas de la responsabilidad parental una vez privada la potestad de administración, ello no puede suceder a la inversa.

La privación de la responsabilidad parental, cuyas causales se encuentran previstas en el artículo 700, es una sanción que se aplica a los progenitores por la comisión de delitos dolosos contra el hijo, por el abandono de su persona, por ponerlo en situaciones de grave peligro para su integridad física o psíquica o haberlo declarado en estado de adoptabilidad. La verificación de cualquiera de estas conductas implica necesariamente el reconocimiento por vía de consecuencia de una falta seria de aptitud para desempeñar la función de representación del hijo en el ámbito patrimonial. En este contexto, no es concebible pensar en la subsistencia de la potestad de administración del patrimonio de la prole una vez resuelta la privación de la institución abordada. Y en sentido concordante, esta falta de idoneidad se consagra como regla genérica, implicando la exclusión de cualquier posibilidad de ejercicio de tutela sobre personas incapaces o con capacidad restringida (art. 110, inc. c).

En razón de esta clara incompatibilidad, la pérdida de la facultad de administración tendrá lugar de pleno derecho una vez resuelta la sentencia que declare la privación o el estado de adoptabilidad del hijo.

IV) Significado de la reforma

Sin perjuicio de su mejor tratamiento en el apartado correspondiente, cabe adelantar que la privación de la responsabilidad parental actúa como una sanción impuesta a los progenitores con el objeto de

tutelar la seguridad y el normal desarrollo psicofísico y moral de sus hijos, desplegando sus efectos en diversos órdenes.

En lo atinente a la potestad administrativa puesta en cabeza de los progenitores, mal podría pensarse en una consecuencia distinta que el inmediato apartamiento de éstos de la misma, resultando imposible siquiera imaginar que quienes hayan merecido un reproche tan fuerte por parte del ordenamiento jurídico sigan siendo merecedores de la confianza que supone la gestión de un patrimonio ajeno. La norma comentada recepta ese entendimiento, actuando positivamente en amparo de los derechos de los hijos en la menor edad.

Art. 696 ***Remoción de la administración.*** **Removido uno de los progenitores de la administración de los bienes, ésta corresponde al otro. Si ambos son removidos, el juez debe nombrar un tutor especial.**

I) Resumen

Siendo que como principio general ambos progenitores administran en conjunto los bienes de sus hijos que se encontraren en la menor edad, el Código determina las consecuencias del dictado de la resolución judicial por la cual se aparta a uno de ellos de la misma, su ejercicio recaerá en forma individual en el otro. Y, para el supuesto en que ambos sean removidos de la tarea, corresponderá al juez designar un tutor especial para que ejerza la función.

II) Concordancias

Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores (art. 645, inc. d); deber de representación y administración del patrimonio del hijo (art. 646, inc. f); pérdida de la administración (art. 694); administración y privación de la responsabilidad parental (art. 695); actos que necesitan autorización judicial (art. 692).

III) Interpretación de la norma

Tal y como fue debidamente analizado, el artículo 685 establece

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

como regla para la administración del patrimonio de los hijos bajo responsabilidad parental el principio de administración conjunta. Cuando uno de los progenitores fuera excluido de la misma, así como también en cualquier supuesto que implique la ausencia o incapacidad de uno de ellos, lógicamente corresponde entender que la función será ejercida en forma individual en cabeza del otro. Para el caso de que por cualquier razón ambos no estuvieran habilitados para ejercer la administración, sea por fallecimiento, ausencia, incapacidad o remoción decidida judicialmente, corresponderá el nombramiento de un tutor a fin de que asuma la misma. Esta solución es recogida en forma expresa por el Código en el presente artículo.

El supuesto particular de la remoción de la función administrativa de uno de los progenitores plantea un interrogante que no se encuentra presente en el resto de los casos. En tal sentido, debe analizarse si incluso desplazado de aquélla se requerirá el consentimiento expreso del progenitor para aquellos actos que requieren autorización judicial, conforme surge del artículo 692. Si bien es claro que el ámbito de aplicación de la norma ya supone la inconveniencia de que dicho progenitor participe de la gestión de los bienes, el requerimiento de su consentimiento para la celebración de actos de disposición puede ser una garantía adicional establecida por la ley en beneficio del menor.

En el régimen derogado, la doctrina entendía que el artículo 264 quáter, inciso 6º[141], implicaba que aun cuando el progenitor hubiera sido separado de la administración del patrimonio de sus hijos, su consentimiento expreso era requerido para la celebración de actos de disposición sobre los bienes del menor, aun mediando intervención judicial[142]. No obstante, en el nuevo artículo 645, el que enumera los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores, no se encuentra comprendida la celebración de actos de disposición sobre los bienes de la descendencia. Por tal razón cabe interpretar en consecuencia que para actos de disposición no se requiere la conformidad expresa del progenitor retirado de la administración, debiendo ser los actos autorizados por el juez, a pedido del progenitor que permanece en el ejercicio de la misma o del tutor especial designado a tal efecto.

[141] "...se requerirá el consentimiento expreso de ambos padres para los siguientes actos [...] 6. Disponer de los bienes inmuebles y derechos o muebles registrables de los hijos cuya administración ejercen, con autorización judicial".

[142] BOSSERT y ZANNONI, *Régimen legal de filiación y patria potestad. Ley 23.264* cit., p. 358.

IV) Significado de la reforma

Hemos visto en los parágrafos precedentes los supuestos que determinan el apartamiento de uno de los progenitores del deber de administración de los bienes de la descendencia. No resulta difícil suponer que si sólo afectara a uno de ellos, la función pasará a ser ejercida en forma individual por el otro.

Más problemático es el caso en que sean ambos progenitores, en forma simultánea o sucedánea, los que hayan sido apartados de la obligación de gestión del patrimonio oportunamente confiado. La reforma sigue un apropiado criterio para abarcar esta problemática, manteniendo la solución que ya se encontraba prevista en el artículo 303 de la ley sustantiva reemplazada, mas armonizando también su contenido con el contexto general del nuevo orden concertado. Efectivamente, como consecuencia de la eliminación de la figura del usufructo paterno, lo que será estudiado seguidamente, se prescinde de la parte final del dispositivo anterior, el que disponía la entrega por parte del tutor especial nombrado para asumir la función administrativa a los progenitores desplazados de ella el sobrante del producto de los bienes, previa satisfacción de los gastos de administración y de alimentos y educación de los hijos.

Art. 697 ***Rentas.*** **Las rentas de los bienes del hijo corresponden a éste. Los progenitores están obligados a preservarlas cuidando de que no se confundan con sus propios bienes. Sólo pueden disponer de las rentas de los bienes del hijo con autorización judicial y por razones fundadas, en beneficio de los hijos. Los progenitores pueden rendir cuentas a pedido del hijo, presumiéndose su madurez.**

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

I) Resumen

El Código reserva al hijo el producto obtenido de sus bienes. Como consecuencia de ello, se impone a los progenitores el deber de preservación del mismo, procurando especialmente evitar se confunda con su propio patrimonio. No obstante ello, se autoriza disponer de las rentas que producen aquéllos, debiendo para ello contar con el permiso expreso emanado de autoridad judicial competente, siempre que razones fundadas en el interés de los hijos así lo demandaren.

Por último, se confiere a los hijos la facultad de requerir a sus progenitores rindan cuentas por la gestión que se encuentra a su cargo, presumiéndose un grado de madurez suficiente para tales menesteres.

II) Concordancias

Rendición de cuentas (art. 858); obligación de rendir cuentas por disposición legal (art. 860, inc. c); deber de representación y administración del patrimonio del hijo (art. 646, inc. f); principio general de la responsabilidad parental del interés superior del niño (art. 639, inc. a).

III) Interpretación de la norma

El presente artículo consagra la supresión del usufructo de los padres con respecto a los bienes de los hijos, tratado en el régimen anterior en el artículo 287 y normas concordantes del código derogado. De esta forma, en materia de gestión patrimonial, el régimen de responsabilidad parental queda configurado como un sistema de representación, el cual será pleno con relación a la celebración de actos de administración ordinaria, y estará sujeto a asistencia y control judicial para el resto de los casos, de conformidad con lo previsto en el resto del articulado.

En el cuerpo normativo derogado, el usufructo parental implicaba una compensación de pleno derecho, relacionada con ciertas cargas de familia que resultaban del régimen de patria potestad. Al desaparecer el mismo, el nuevo sistema establece una serie de reglas referidas a

las obligaciones fijadas con respecto a la administración y conservación del patrimonio del hijo, al modo en el cual pueden ser utilizadas las rentas que generen los bienes que lo integran, y al posible destino que puede darse a dichos frutos del capital.

Queda establecida como regla general la indisponibilidad por parte de los progenitores de las rentas generadas por los bienes de los hijos. Como consecuencia, se exige de los mismos disponer todas las medidas que resulten necesarias para evitar la confusión entre los distintos patrimonios. Ello implica que se les impone rendir cuentas de su gestión cada vez que les fuera requerido, tanto por el hijo como por cualquier tercero que tuviera un interés legítimo sobre los bienes que integran el patrimonio objeto de la administración en el marco de la responsabilidad parental. Por ejemplo, un acreedor de los bienes del hijo puede estar interesado en evitar que las rentas que generan dichos bienes sean desviadas de su finalidad debida, generando un deterioro del valor del capital que integra su garantía como acreedor, en perjuicio del hijo que permanecerá como sujeto principal obligado frente a dicho tercero.

Establecida la regla general, se prevé no obstante la posibilidad de otorgar autorizaciones excepcionales para la disposición de las rentas de los bienes de los hijos, debiendo dichos actos de disposición reunir dos condiciones que deben estar presentes en forma concurrente: 1) deben existir razones fundadas que justifiquen la realización del acto, y 2) la celebración del acto debe ser hecha principalmente en beneficio del hijo. Este apartamiento del principio genérico deberá ser autorizado luego de un análisis estricto y con criterio restrictivo, velando en forma principal por la protección del patrimonio de la persona menor de edad. Los actos que tuvieran lugar en incumplimiento de esta disposición son de nulidad relativa.

Aun cuando el acto dispositivo fuera celebrado mediando autorización judicial, el hijo podrá requerir la rendición de cuentas a sus progenitores, aunque ésta no resultará obligatoria en el caso en que no fuera solicitada. Los terceros quedan excluidos en este supuesto de cualquier posibilidad de solicitar la mencionada rendición.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

IV) Significado de la reforma

Al momento de su incorporación a nuestro andamiaje legal, pocas controversias planteaba entre sus glosadores el usufructo reconocido a favor de los padres respecto de los bienes de sus hijos en la menor edad. En efecto, encontrándose el instituto de la responsabilidad parental concebido a partir de los poderes con los que contaban sus titulares sobre los bienes y la persona de su descendencia, se seguía en forma lógica el derecho de aquéllos de obtener un resultado económico concreto, como una suerte de "contraprestación", o bien una "compensación" por la labor encomendada respecto de la descendencia. Empero, el paso del tiempo hizo que los cuestionamientos hacia la figura comenzaran a salir a la luz, principalmente sintetizados en la flagrante vulneración que aquélla reportaba en ciertos intereses legítimos de los hijos, resultando para sus defensores cada vez más difícil dar con argumentos para justificar la necesidad de su mantenimiento en el sistema de Derecho.

El legislador consagra en el dispositivo abordado un profundo y notable cambio en el campo de las relaciones paterno-filiales, signo fiel del paradigma instalado en nuestro sistema de Derecho respecto a la indudable calidad de sujetos de derecho de niñas, niños y adolescentes. La simpleza en la fórmula de estilo empleada no puede llevar a suponer la superficialidad de la modificación introducida, la que no sólo rompe con una tradición normativa tan antigua como la historia del Derecho nacional mismo, sino que también reafirma el entendimiento de que el hijo ha dejado de ser un mero apéndice de sus progenitores para pasar a ser el actor central de la institución del Derecho de Familia normada en el título presente. En efecto, es a partir de esta mirada que la doctrina autoral cuestionaba la constitucionalidad del instituto del usufructo paterno-materno, destacando que "el Código Civil, con el diseño legislativo del usufructo paterno-materno, y en especial al determinar el ingreso al patrimonio de los padres de las rentas y frutos de los bienes que pertenecen al hijo, vulnera la esencia misma del derecho patrimonial del menor. Por lo tanto, sostenemos la inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno porque desconoce las siguientes pautas emanadas del derecho humanitario con-

tenidas en nuestra Carta Magna", entre las que toman una particular relevancia la calidad de sujetos de derecho de los hijos, a más de que el ejercicio de la responsabilidad parental no trae ínsito un carácter lucrativo, razón por la cual no existirían razones para justificar el incremento del patrimonio de los progenitores con el producto de los bienes de su descendencia[143].

Todas estas ideas son interpeladas a la luz de los nuevos paradigmas que rigen en materia de infancia y adolescencia, y con notable sabiduría es que los redactores del Código sancionado han decidido no receptar en su articulado la mentada figura. De tal modo, y por más que resulte una obviedad, cabe dejar asentado que los bienes de los hijos son de su titularidad, y su gestión constituye un deber que hace al recto ejercicio de la responsabilidad parental.

Art. 698 *Utilización de las rentas.* **Los progenitores pueden utilizar las rentas de los bienes del hijo sin autorización judicial pero con la obligación de rendir cuentas, cuando se trata de solventar los siguientes gastos:**

a) de subsistencia y educación del hijo cuando los progenitores no pueden asumir esta responsabilidad a su cargo por incapacidad o dificultad económica;

b) de enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo;

c) de conservación del capital, devengado durante la minoridad del hijo.

I) Resumen

Se autoriza a los progenitores a utilizar las rentas provenientes de los bienes de sus hijos sin el respectivo permiso judicial previo, a efectos de dar cuenta de una serie de gastos que allí son nombrados que hacen a la protección y en beneficio de los hijos como ser: la subsistencia y educación del hijo; enfermedad del hijo para solventar

[143] LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, *La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el Derecho humanitario*, en J. A. 2007-IV-1117.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

los gastos que propendan a la conservación del capital, devengado durante el tiempo en que el hijo se encontró en la menor edad.

II) Concordancias

Deber de los progenitores de cuidado, alimentos y educación del hijo (art. 646, inc. a); rentas de los hijos en la menor edad (art. 697); obligación de rendir cuentas por disposición legal (art. 860, inc. c); institución de herederos (art. 2484).

III) Interpretación de la norma

El artículo sancionado consagra las excepciones a la regla general en la materia establecida en el artículo precedente, estableciéndose normas sobre las condiciones de hecho que dan lugar a la utilización de las rentas de los bienes que integran el patrimonio del hijo, el modo de ejercicio de esa potestad, y el destino que legalmente puede darse a esos fondos.

En dicho camino, se muestran tres supuestos que dan lugar a la utilización de las rentas de los bienes de los hijos. En primer lugar, se dispone que pueden ser ellas destinadas para gastos necesarios para la subsistencia y educación del hijo. Se considerarán tales aquellos que permitan el sostenimiento del nivel de vida de la persona menor de edad en forma adecuada, en función de la magnitud del producido de sus bienes, y su contexto socioeconómico, debiendo siempre tenerse en consideración su mejor interés. Para la procedencia de esta excepción, los progenitores se encuentran compelidos a demostrar la impotencia económica para hacer frente a estos gastos, sea ésta permanente o temporaria. Caso contrario, deberán solventarlos de su propio patrimonio.

La segunda excepción prevista habilita a los progenitores a solventar gastos de enfermedad del hijo y de la persona que haya instituido heredero al hijo. En cuanto al primer rubro se entiende que son aquellos que resulten extraordinarios, quedando fuera de los requeridos en el inciso anterior como gastos necesarios para la subsistencia. El supuesto referido a los gastos de enfermedad de la persona que ha instituido

como heredero al hijo tiene su fundamento en un deber de gratitud, que encuentra su racionalidad en la expectativa de la herencia futura. En este contexto, dado que será el hijo el único beneficiario del patrimonio comprendido en la sucesión, ubicar en cabeza de los progenitores la carga de solventar estos gastos implicaría un lucro incausado. Por tal razón es que, a diferencia del inciso anterior, no se demanda a aquéllos la demostración de su impotencia patrimonial para hacer frente a dichas cargas.

Finalmente, se prevé una tercera excepción por la cual se habilita a destinar las rentas a gastos de conservación del capital del hijo. Esta disposición encuentra también su fundamento en el principio general por el cual queda vedado el enriquecimiento sin causa.

La enumeración prevista en este artículo tiene carácter taxativo y pone en cabeza de los padres la obligación de rendir cuentas por su gestión, aun cuando el hijo no lo solicitase.

Asimismo, corresponde señalar que el hecho de que los progenitores puedan destinar rentas a esta finalidad no los exime de la obligación directa de proveer a los gastos de subsistencia y educación de los hijos ante la ausencia de bienes, pues ello no es debido en virtud del carácter de administrador, sino como obligación alimentaria inherente al régimen de responsabilidad parental[144].

IV) Significado de la reforma

Como se afirmó, el usufructo paterno permitía a los padres realizar una suerte de compensación en concepto de ciertos gastos de conservación y cargas de familia a su cargo. Su eliminación requiere de ciertas adaptaciones desde la ley, a fin de evitar imponer a aquéllos una carga excesiva sobre su patrimonio, en ausencia de una contraprestación. De ese modo, la modificación de la regla de base implica la necesidad de determinar reglas sobre el alcance de la responsabilidad parental en cuanto se refiere a sus aspectos patrimoniales.

Tomando nota de esa realidad, el legislador pone ante nosotros esta disposición, permitiendo la utilización de las rentas como recurso

[144] CNCiv., sala E, 4-11-99, "B. L., M. L. c/G., A.", L. L. 2000-E-253.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

extraordinario. Precisamente, este último dato es el que distingue a la norma, y que la dota de sentido respecto de los principios gobernantes en la temática: efectivamente, la excepcionalidad en el uso del producido de los bienes de los hijos y el destino específico al cual deben aplicarse permite conciliar intereses del grupo familiar con el debido amparo que se debe al patrimonio del hijo, propósito fundamental que muestra el nuevo Código a lo largo de los dispositivos aplicables a la temática que lucen en el presente título.

CAPÍTULO 9

EXTINCIÓN, PRIVACIÓN, SUSPENSIÓN Y REHABILITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Art. 699 *Extinción de la titularidad.* **La titularidad de la responsabilidad parental se extingue por:**

a) muerte del progenitor o del hijo;

b) profesión del progenitor en instituto monástico;

c) alcanzar el hijo la mayoría de edad;

d) emancipación, excepto lo dispuesto en el artículo 644;

e) adopción del hijo por un tercero, sin perjuicio de la posibilidad de que se la restituya en caso de revocación y nulidad de la adopción; la extinción no se produce cuando se adopta el hijo del cónyuge o del conviviente.

I) Resumen

Con mejorada técnica legislativa, el Capítulo 9 del Título VII, sobre *Responsabilidad parental*, aborda de manera unificada las causales de extinción, privación, suspensión y rehabilitación de la responsabilidad parental.

En este artículo se mantienen de manera general las causales mencionadas por el derogado artículo 306, con variantes terminológicas más ajustadas y concordantes con otras modificaciones estructurales del Código.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (art. 638); persona menor de edad (art. 25); emancipación (art. 27); adopción (arts. 594 y ss.); adopción de integración (arts. 630 y ss.); efectos (art. 631).

III) Interpretación de la norma

El Código mantiene en líneas generales las causales previstas por el anterior artículo 306, con variantes de ajuste a la nueva regulación de la institución.

Reemplaza la locución "la patria potestad se *acaba*" por se "extingue", término más ajustado desde la técnica jurídica[145].

Se aclara que lo que se extingue es la *titularidad* de la responsabilidad parental, exhibiendo de forma más clara que en la redacción anterior la diferencia entre titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental (conf. Cap. 2, *Titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental*).

Las causales de extinción se distinguen claramente de las de privación y suspensión, no importan una valoración acerca de las conductas del progenitor, sino que atienden a supuestos fácticos y jurídicos que sustraen al hijo de la órbita de actuación e injerencia de la responsabilidad parental, mostrando como lógico efecto que la misma no se mantenga.

Se diferencian también en relación con el modo en que la extinción opera: sin necesidad de declaración judicial alguna, de pleno derecho[146].

Como consecuencia de la extinción de la responsabilidad parental, cesan automáticamente los deberes y derechos de ella derivados (arts. 646 y ss.).

Las causales enumeradas son:

a) *Muerte del progenitor o del hijo*: el supuesto no requiere mayor explicación, opera ante la desaparición física de uno de los dos extremos de la relación parental. Respecto a la ausencia con presunción de fallecimiento, en el régimen anterior se interpretó

[145] Según el *Diccionario* de la Real Academia Española, uno de los significados del verbo "extinguir" es: "3. prnl. Dicho de un plazo o de un derecho: Acabarse, vencer".

[146] CJ de Catamarca, Sala Civ. Com. y Lab., 26-7-91.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

incluida en este inciso[147]; sin embargo, la reforma la ubica como supuesto de suspensión de ejercicio a regir mientras dure la situación de ausencia. En los casos de hijos con doble vínculo filial, la muerte de uno de los padres concentra la responsabilidad parental en el otro; en el supuesto de hijo con un solo vínculo, el fallecimiento del progenitor habilita el nombramiento de tutor para el hijo (arts. 104 y ss.).

b) *Profesión del progenitor en instituto monástico*: el código derogado contemplaba en este inciso la profesión religiosa del padre y/o del hijo (con autorización del padre, conf. art. 264 quáter derogado). Si bien el ingreso del hijo a comunidades religiosas sigue requiriendo el consentimiento de ambos padres (art. 645, inc. a), no se extingue el ejercicio de la responsabilidad parental. Se ha interpretado en este sentido que la sujeción a los votos de obediencia y el ingreso a la orden religiosa por parte del hijo no deben ocasionar la extinción de la responsabilidad parental, subsistente en su beneficio.

c) *El arribo a la mayoría de edad*: solución concordante con lo previsto por el artículo 25 del Código.

d) *La emancipación*: recordamos que la única emancipación vigente ya en el código derogado –por efecto de la modificación de la ley 26.579, artículo 1°– era la emancipación por matrimonio. Según el artículo 27 del nuevo Código "La celebración del matrimonio antes de los dieciocho (18) años con autorización judicial emancipa a la persona menor de edad. La persona emancipada goza de plena capacidad de ejercicio con las limitaciones previstas en este Código. La emancipación es irrevocable..." La extinción de la responsabilidad parental resulta acorde con la situación de capacidad civil del emancipado, sin perjuicio de las limitaciones relativas a actos patrimoniales que se mantienen[148].

[147] ZANNONI, *Derecho Civil. Derecho de Familia* cit., t. II, p. 801.

[148] "Art. 28 – *Actos prohibidos a la persona emancipada*. La persona emancipada no puede, ni con autorización judicial: a) aprobar las cuentas de sus tutores y darles finiquito; b) hacer donación de bienes que hubiese recibido a título gratuito; c) afianzar obligaciones".

"Art. 29 – *Actos sujetos a autorización judicial*. El emancipado requiere autorización judicial para disponer de los bienes recibidos a título gratuito. La autorización debe ser otorgada cuando el acto sea de toda necesidad o de ventaja evidente".

La reforma no ha dejado de advertir la relación entre este inciso y el artículo 644, que prevé el ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores adolescentes, *estén o no casados*, en relación con sus hijos. Ejercicio que se materializa, sustancialmente, respecto a los aspectos de la vida doméstica, cuidado, educación y salud. Sin embargo, el reconocimiento del ejercicio de la responsabilidad parental por los progenitores adolescentes por aplicación del principio de autonomía progresiva a su respecto no elimina la necesidad de *integración* de dicho consentimiento mediante la intervención de cualquiera de sus propios progenitores, frente a actos de gravedad o trascendencia para el niño –se mencionan la entrega con fines adoptivos, intervenciones quirúrgicas riesgosas y en forma genérica actos que puedan lesionar los derechos del niño–. Del mismo modo se prevé la posibilidad de que los titulares de la responsabilidad parental del progenitor adolescente se opongan frente a actos perjudiciales para el niño o actúen de modo directo ante la omisión del progenitor adolescente.

De tal modo, no obstante la emancipación por matrimonio y la consecuente extinción de la responsabilidad parental preexistente respecto al hijo –ahora emancipado por efecto de las nupcias–, queda a salvo la actuación de los progenitores de éste en los términos del artículo 644, con relación al hijo menor del progenitor adolescente, esté casado o no. Esta regulación uniforme elimina distinciones entre progenitores casados y no casados y atiende exclusivamente al parámetro de autonomía progresiva (conf. art. 5°, Convención sobre los Derechos del Niño; art. 3°, ley 26.061).

e) *La adopción del hijo*: queda claro que la sentencia de adopción extingue la titularidad de la responsabilidad parental. Ello así trátese de adopción plena o simple (art. 620).

La responsabilidad parental extinguida puede ser restituida en caso de revocación (para la adopción simple, art. 629) o nulidad de la adopción (arts. 634 y 635).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

El Código modifica –y mejora– la técnica legislativa en punto a la regulación de la adopción. Así, la adopción de integración se legisla de modo independiente, reconociéndose tres tipos de adopción (art. 619), la plena, la simple y la de integración. Esta modificación es sumamente valiosa, al independizar la adopción integrativa de los restantes tipos de adopción con los cuales no guarda relación, así como legislar sus efectos de manera autónoma y no por remisión a la adopción simple; finalmente permite que la adopción integrativa sea otorgada en carácter de simple o plena según las circunstancias.

Desde que la adopción de integración mantiene *siempre* el vínculo filiatorio y todos sus efectos entre el adoptado y su progenitor de origen, resulta justificada la salvedad de la extinción en este caso. De lo contrario, la adopción integrativa importaría el cese de la responsabilidad parental del progenitor de origen, en pos de la adopción por su cónyuge o conviviente.

IV) Significado de la reforma

Se ha clarificado el concepto de extinción de la responsabilidad parental, profundizando la diferenciación con otras situaciones (privación, suspensión).

Las causales originarias han sido también ajustadas a la regulación de las restantes instituciones con que se vincula el artículo.

Art. 700 ***Privación.*** **Cualquiera de los progenitores queda privado de la responsabilidad parental por:**

a) ser condenado como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes del hijo de que se trata;

b) abandono del hijo, dejándolo en un total estado de desprotección, aun cuando quede bajo el cuidado del otro progenitor o la guarda de un tercero;

c) poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica del hijo;

d) haberse declarado el estado de adoptabilidad del hijo.

En los supuestos previstos en los incisos a), b) y c) la privación tiene efectos a partir de la sentencia que declare la privación; en el caso previsto en el inciso d) desde que se declaró el estado de adoptabilidad del hijo.

I) Resumen

Se regula la privación de la responsabilidad parental, instituto preexistente en el código derogado. Se ha mejorado la expresión de requisitos para configurar estas causales, así como relacionado sus exigencias y consecuencias con la regulación de las instituciones conexas.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (art. 638); situación de adoptabilidad (arts. 607 y ss.); equivalencia (art. 610).

III) Interpretación de la norma

En primer lugar se reemplaza la mención de "el padre o madre" por la de "cualquiera de los progenitores", manteniendo el postulado igualitario en relación con los hijos nacidos de uniones-matrimonios de igual o diverso sexo (conf. arg. ley 26.618; art. 14, CN; art. 17, CADH; CIDH, caso "Atala Riffo vs. Chile", 24-2-2012).

A diferencia de la extinción que opera de pleno derecho y por causales objetivas que no guardan relación con reproche o imputación al/los progenitor/es, la privación requiere la declaración judicial –sentencia– pertinente, previa valoración de la inconveniencia para el hijo del mantenimiento de la responsabilidad parental en cabeza de su/s progenitor/es.

Por su parte, la privación se diferencia de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental por la inexistencia en la segunda de reproches a la conducta del progenitor, hallándose en cambio motivada en situaciones de imposibilidad de ejercicio.

Históricamente, la ley 10.903 distinguió entre la *pérdida de la patria potestad*, la *privación de la patria potestad* y la *suspensión del ejercicio de la patria potestad.* La pérdida era una sanción definitiva. La ley 23.264 modificó dicho esquema distinguiendo entre privación y

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

suspensión y eliminando la pérdida. Así la privación dejó de ser una sanción definitiva, pasando a ser eventualmente revisable, en interés del hijo (art. 308 originario).

La reforma, si bien mantiene en líneas generales las causales del originario artículo 307, introduce algunas variantes. Los supuestos son:

a) *La condena por delito doloso contra la persona o bienes del hijo*: se exige la condena penal que involucre al progenitor como autor, coautor, instigador o cómplice del delito. Se trata de un delito doloso –el culposo eventualmente sería subsumible en el inciso c, de esta norma–, que afrentó la persona o bienes del hijo respecto al cual se declara.

   La reforma modifica el inciso 1° del originario artículo 307 en dos aspectos. En primer lugar, se refiere a "la persona o bienes del hijo de que se trata", variando en este aspecto la previsión anterior que habilitaba la privación frente a la condena por delito doloso cometido contra "alguno de sus hijos". La solución resulta más acorde a la valoración de la privación de la responsabilidad parental como una institución pensada en beneficio del hijo y no tanto como una *sanción* al progenitor[149] –en el caso, la sanción ya ha sido dada por la condena penal–; de tal modo, el delito contra alguno de los hijos no necesariamente implica la conveniencia de la privación de la responsabilidad parental en relación con los restantes descendientes.

   En segundo lugar se elimina la previsión anterior de privación de responsabilidad parental ante el delito cometido por el hijo y que tiene al progenitor como cómplice, coautor, o instigador.

b) *El abandono del hijo*: la segunda causal la constituye el abandono del hijo, como consecuencia del cual quede en "total estado de desprotección".

   El abandono consiste en la abdicación total, injustificada y voluntaria de los deberes derivados de la responsabilidad parental. "Se requiere el juzgamiento de la conducta real, atendiendo al

[149] La privación de la responsabilidad parental se justifica en beneficio del hijo, "más como un medio de protección al hijo que de reproche a la conducta del padre" (CNCiv., sala C, 20-12-88, J. A. 1989-III-487).

proceder del responsable, debiendo concurrir el elemento intencional, la voluntariedad de la conducta adoptada". Justamente, "...es en la voluntariedad donde radica la diferencia específica entre el incumplimiento que se deriva del abandono y el que supone la ausencia, ya que en ésta falta el nexo intencional que vincula el alejamiento con el incumplimiento de los deberes..." derivados de la responsabilidad parental. "Esa conducta de total desamparo y de absoluta indiferencia frente a la realidad de los hijos, es lo que caracteriza al abandono"[150].

Nuevamente se reitera el criterio individual de la privación, haciendo referencia al desamparo "del hijo" concreto sobre quien se decide y no "al abandono que hiciere de alguno de sus hijos" (art. 307 anterior).

Para configurar la conducta típica a los fines de la norma, la abdicación debe ser tal que deje al hijo en "total estado de desprotección"; la exigencia visualiza que no cualquier situación califica a efectos de la aplicación de la norma, exigiendo no sólo la desprotección del hijo, sino que la misma sea total.

La solución no se altera por el hecho de que el hijo quede bajo el cuidado del otro progenitor o guarda de un tercero, pues lo que se valora es la actitud del progenitor sobre cuyo ejercicio se está juzgando.

Ya bajo el régimen anterior se dijo que "La norma contenida en el inciso 2° del artículo 307, incorpora expresamente el criterio subjetivo de imputación del abandono, entendiendo que éste igual se configura, aunque haya recibido los cuidados del otro padre, o de parientes o terceros ajenos al vínculo parental [...] La situación de abandono debe focalizarse desde el ángulo de la conducta del progenitor que no cumple con los deberes impuestos por la ley"[151].

[150] CCCom. de Morón, sala I, 14-5-2009, "Ministerio Pupilar c/S. D. s/Privación de la patria potestad".

[151] CNCiv., sala J, 30-9-2005; sala A, 11-6-90, L. L. 1992-A-290; LLOVERAS, Nora, *De la patria potestad*, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., t. 1B, ps. 556 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

c) *Poner en peligro la seguridad, salud física o psíquica del hijo*: el anterior inciso 3° del artículo 307 contemplaba estos supuestos agregando el peligro a "la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia".

La reforma, con buen criterio, elimina las menciones ejemplificativas, condensando en un concepto integral: el peligro a la seguridad y salud –física o psíquica– del hijo. La norma es sumamente abarcativa de todos los aspectos de la vida del hijo.

Se hace referencia a la situación de "peligro", lo cual pone de manifiesto que no se requieren los hechos lesivos consumados, sino el potencial riesgo de su ocurrencia –si bien valorado prudentemente–.

Estas situaciones se correlacionan, a su turno, con las habilitantes de la adopción de medidas de protección de derecho excepcionales (arts. 39 y concs., ley 26.061), constituyendo una de las tantas razones que pueden justificar una separación excepcional, en términos del artículo 9° de la CDN.

La prueba de ocurrencia de estas causales y la decisión de separación definitiva ante la imposibilidad de mantenimiento del niño en dicho ámbito familiar habilitarán a posteriori la eventual aplicación de la consecuencia analizada por este artículo; estableciendo asimismo el Código la equivalencia entre el estado de adoptabilidad y la privación de responsabilidad parental (art. 610).

d) *La declaración en estado de adoptabilidad del hijo*: finalmente se introduce un inciso no contemplado en la redacción anterior –ya que el código derogado no previó a la declaración en situación de adoptabilidad–.

El artículo 607 –a cuyo comentario remitimos– explicita los requisitos, caracteres y la finalidad de la declaración en situación de adoptabilidad, como fruto de la cual un juez constata que el niño se encuentra en condición de ser insertado en un núcleo familiar adoptivo.

Al respecto el artículo 610 expresamente establece que "La sentencia de privación de la responsabilidad parental equivale

a la declaración judicial en situación de adoptabilidad". De tal modo, y a la inversa también, la declaración en situación de adoptabilidad importa la privación de la responsabilidad parental de los progenitores, poniendo fin y aportando claridad a las discusiones doctrinarias preexistentes en punto al efecto de dicha declaración judicial sobre la responsabilidad de los padres biológicos[152].

Finalmente, en punto a los efectos, se especifica para los casos de los incisos a, b, y c, que la privación registra efectos a partir de la sentencia que la declare. En cambio, para el caso del inciso d, desde la sentencia que declaró el estado de adoptabilidad del hijo, no siendo necesaria otra sentencia de privación de responsabilidad parental.

IV) Significado de la reforma

Se mantiene el instituto anteriormente regulado, y en líneas generales sus causales. Las modificaciones introducidas ponen a tono la descripción de las causas de privación con los ajustes doctrinarios y jurisprudenciales que la redacción del código derogado oportunamente mereció. Finalmente, se introduce la causal relacionada con la declaración en situación de adoptabilidad, acorde la trascendente reforma en materia de procedimiento adoptivo.

Art. 701 ***Rehabilitación.*** **La privación de la responsabilidad parental puede ser dejada sin efecto por el juez si los progenitores, o uno de ellos, demuestra que la restitución se justifica en beneficio e interés del hijo.**

[152] Califica alguna doctrina al régimen anterior como una "figura fantasma", dando cuenta de su recomendación como figura direccionada a dotar de seguridad jurídica, a pesar del silencio normativo. HERRERA, Marisa, *El derecho a la identidad en la adopción*, Universidad, Buenos Aires, t. I, ps. 492 y ss. Ante la falta de regulación legal, pero su admisión jurisprudencial, se sostuvo también que el dictado de adoptabilidad producía la llamada "cosa juzgada atípica", "que sólo produce efectos para los padres biológicos, quienes en esta etapa ven limitado el ejercicio de la patria potestad". JALIL MANFRONI, María Victoria, *La protección del principio de reserva del cuerpo de guarda preadoptiva*, en *Actualidad jurídica. Familia y minoridad*, vols. 1 y 2, junio de 2004, Córdoba, p. 165.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

I) Resumen

Se mantiene la solución incorporada por ley 23.264 al artículo 308 derogado, acorde con el carácter reversible de la privación de la responsabilidad parental. Esta naturaleza implica que, en beneficio del hijo y en su interés (art. 3°, CDN; art. 3°, ley 26.061) el juez puede revertir la grave decisión preexistente, rehabilitando el ejercicio de la responsabilidad parental privada.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (art. 638); principios generales (art. 639).

III) Interpretación de la norma

Siguiendo la línea del régimen anterior –ley 23.264– y el carácter reversible de la privación de la responsabilidad parental, se prevé la posibilidad de su rehabilitación, en interés del hijo.

El régimen anterior no obstante condicionaba la procedencia de la restitución a la acreditación de "circunstancias nuevas" que justificaran la restitución. El Código elimina esta exigencia y el criterio es amplio e independiente de la ubicación temporal de las razones que justifican la rehabilitación.

La pauta central es el beneficio e interés del hijo, acorde el carácter funcional del ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 638 y 639) y el principio central de interés superior del niño que la rige (arts. 639, inc. a; 3°, ley 26.061, y 3°, CDN; Observación General 14, Comité de Derechos del Niño, 2013).

La revisión de la situación con miras a la rehabilitación debe hacerse en juicio, siendo juez competente el que dictó la privación. En dicho proceso el/los padre/s pueden servirse de todos los medios de prueba para fundar la conveniencia –al interés del hijo– de la rehabilitación.

Si como resultado de la privación decretada, la responsabilidad parental se concentró en el otro progenitor, éste deberá ser citado a proceso a fin de contradecir eventualmente la petición[153]. Agregamos

[153] ZANNONI, ob. cit., p. 808.

que también es imprescindible garantizar la participación del hijo en función de su autonomía progresiva (art. 5°, CDN), bien en los términos de eventual participación directa con el auxilio de la asistencia letrada (art. 679), bien –y en todo caso– ejerciendo su derecho constitucional a ser oído (art. 26) debiendo su opinión ser fundamentalmente tenida en cuenta en la decisión de la rehabilitación (arts. 3°, ley 26.061, y 12, CDN).

IV) Significado de la reforma

En términos generales se mantiene la solución originaria, eliminando el recaudo de acreditación de nuevos hechos o circunstancias para fundar la rehabilitación.

Art. 702 *Suspensión del ejercicio.* **El ejercicio de la responsabilidad parental queda suspendido mientras dure:**

a) la declaración de ausencia con presunción de fallecimiento;

b) el plazo de la condena a reclusión y la prisión por más de tres años;

c) la declaración por sentencia firme de la limitación de la capacidad por razones graves de salud mental que impiden al progenitor dicho ejercicio;

d) la convivencia del hijo con un tercero, separado de sus progenitores por razones graves, de conformidad con lo establecido en leyes especiales.

I) Resumen

Como anticipamos, se mantiene la distinción entre privación y suspensión de la responsabilidad parental. La suspensión –ya prevista por el régimen anterior– no importa una valoración sancionatoria o de reproche al progenitor, sino que atiende a situaciones fácticas que exigen el dictado de esta limitación, mientras tales causas perduren.

II) Concordancias

Responsabilidad parental (arts. 638 y ss.); presunción de falleci-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

miento (art. 85); restricciones a la capacidad (art. 31); persona con capacidad restringida y con incapacidad (art. 32); alcances de la sentencia (art. 38). Código Penal, inhabilitación accesoria (art. 12).

III) Interpretación de la norma

La suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental responde a situaciones fácticas en que no resulta posible la actuación de los derechos y deberes parentales, exentas de todo tipo de reproche o sanción al progenitor.

Bajo el régimen anterior, el artículo 309 distinguía aquellos supuestos en que la suspensión del ejercicio operaba de pleno derecho de aquellos en que correspondía al juez evaluar su dictado. La reforma modifica la operatividad de la presunción, englobando en este artículo todos aquellos supuestos que de pleno derecho provocan la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, sin perjuicio de las decisiones judiciales que es necesario dictar en el caso previsto por el último inciso –que puede correlacionarse con el anterior supuesto previsto por el artículo 309, segundo párrafo–.

El ejercicio queda suspendido "mientras duren" las causales mencionadas en el artículo, lo cual marca no sólo la operatividad de pleno derecho, sino igualmente el cese automático al desaparecer las causales que le dieron origen.

Las causales contempladas son:

a) *La ausencia con presunción de fallecimiento.*

A diferencia de la ausencia simple (arts. 79 y ss.), la declaración de presunción de fallecimiento[154] provoca, amén de los efectos gene-

[154] "Art. 85 – *Caso ordinario*. La ausencia de una persona de su domicilio sin que se tenga noticia de ella por el término de tres (3) años, causa la presunción de su fallecimiento aunque haya dejado apoderado. El plazo debe contarse desde la fecha de la última noticia del ausente".

"Art. 86 – *Casos extraordinarios*. Se presume también el fallecimiento de un ausente: a) si por última vez se encontró en el lugar de un incendio, terremoto, acción de guerra u otro suceso semejante, susceptible de ocasionar la muerte, o participó de una actividad que implique el mismo riesgo, y no se tiene noticia de él por el término de dos (2) años, contados desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido; b) si encontrándose en un buque o aeronave naufragados o perdidos, no se tuviese

rales contemplados a partir de los artículos 91 y siguientes, la suspensión de la responsabilidad parental.

Bajo el régimen anterior la norma aludía a la ausencia simple, la presunción de fallecimiento quedaba incorporada, equiparándola con la muerte, en los casos de extinción de la responsabilidad parental[155]. La reforma modifica este aspecto y el artículo analizado refiere claramente a la ausencia con presunción de fallecimiento.

b) *La condena a reclusión y la prisión por más de tres años.*

Se trata de la aplicación de las sanciones accesorias previstas por el artículo 12 del Código Penal, conforme el cual "La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces"[156].

La redacción del originario artículo 309 ha sido mejorada, al aclarar el artículo en análisis que la suspensión opera durante "el plazo de la condena", cesando con la finalización del mismo.

Cabe mencionar que la pena accesoria del artículo 12 del Código Penal ha sido reiteradamente acusada y tachada de inconstitucional[157].

noticia de su existencia por el término de seis (6) meses desde el día en que el suceso ocurrió o pudo haber ocurrido".

[155] LLOVERAS, ob. cit., ps. 561 ss.; ZANNONI, ob. cit., p. 809.

[156] Como fundamento de la norma se ha dicho que "debe considerarse a esta previsión como la regulación de alguna de las consecuencias civiles ocasionadas por el hecho de estar privado de la libertad durante un tiempo prolongado, reflejadas en la imposibilidad de cumplir adecuadamente con las obligaciones inherentes a la patria potestad y de actuar en un plano de igualdad frente a terceros en el mundo jurídico de los negocios, ante lo cual el legislador intentó tutelar los derechos del sujeto pasivo de la patria potestad y del mismo condenado en este segundo supuesto, encomendando únicamente el 'ejercicio' de las mencionadas capacidades a quienes el Código Civil contempla en caso de sustitución del titular" (TCas.Pen. de Buenos Aires, sala I, "M. D. E. s/Recurso de casación", causa 38.114).

[157] En la materia que nos convoca, "en innumerables oportunidades, el ejercicio de hecho de la patria potestad, se deja entrever en la solicitud de los internos para gozar de salidas transitorias fundadas en la finalidad de 'afianzar y mejorar los lazos

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Así se ha dicho que "En la práctica, lejos de proteger al interno, el artículo 12 del Código Penal constituye una verdadera pena accesoria pues las restricciones impuestas no pueden, en la actualidad, responder a criterio protectorio alguno y sólo importan un plus sancionatorio, constituyéndose en la actualidad en un émulo de la muerte civil del Derecho Romano y de *Las Partidas* [...] Caracterizado el artículo 12 del Código Penal como una pena accesoria, este 'plus' sancionatorio contrario al sentido resocializador de la pena, afecta la dignidad del ser humano, produce un efecto estigmatizante y carece de relación con el hecho cometido"[158].

Se agregó en similar línea que "Resulta obvio que un condenado debe cumplir la pena que se le ha impuesto, pero no menos obvio resulta que esa pena no puede eliminar transitoriamente a la persona en cuestión. Las penas autorizadas por nuestro ordenamiento jurídico constitucional se vinculan con la recomposición del mandato normativo quebrado, pero bajo ningún aspecto con un ensañamiento con la persona que haya sido condenada, tal como lo establece el claro texto del artículo 18 de la Constitución Nacional, que una fórmula clara y generosa expresa que «Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice»"[159].

No obstante, no habiendo sido derogada la norma penal y previendo ella la consecuencia, resulta lógica su recepción por el artículo en comentario.

c) *Declaración judicial de limitación de la capacidad jurídica.*

Se hace aquí referencia a la consecuencia derivada de la sentencia

familiares y sociales' en la terminología del art. 16 de la ley 24.660 y que es acompañada de un dictamen de los cuerpos técnicos de las unidades de detención donde se favorecen tales salidas para que el interno recupere/afiance/ejercite su «rol de padre»" (JEjec.Pen. de General Roca, 7-4-2011, "Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de inconstitucionalidad").

[158] JEjec.Pen. de General Roca, 7-4-2011, "Defensor particular Dr. Jorge Crespo s/Planteo de inconstitucionalidad"; Trib.Oral de Necochea, expte. T.C. 3027-0146; STJ de Corrientes, 10-4-2006; CGar.Pen. de Mar del Plata, sala III, "R., E. O. y S., J. E. s/Homicidio calificado".

[159] CFed. de La Plata, 22-10-2011, "García de la Mata s/Presentación".

judicial que por razón de salud mental limite el ejercicio de la capacidad de uno de los progenitores, conforme regulación efectuada a partir de los artículos 31 y siguientes (ver t. I, p. 125).

Según el Código, la existencia de una adicción o una alteración mental permanente, prolongada y suficientemente grave, puede motivar la restricción a la capacidad de ejercicio de una persona mayor de trece años, en tanto se considere que el mantenimiento del ejercicio de la plena capacidad puede provocar un daño a su persona o a sus bienes (art. 32 [t. I, p. 146]).

El Código reconoce un sistema de graduación del ejercicio de la capacidad civil[160], habilitando su *restricción* frente a los casos más leves, y la declaración de incapacidad como última alternativa ante los supuestos de "falta absoluta de aptitud para dirigir su persona o administrar sus bienes", por causa de enfermedad mental (art. 32).

En ambos supuestos, la situación legalmente establecida se complementa con la designación de mecanismos de apoyo o la curatela representativa, según corresponda, debiendo ambos promover la autonomía y favorecer las decisiones que respondan a las preferencias de la persona protegida.

[160] CIFUENTES, Santos; RIVAS MOLINA, Andrés y TISCORNIA, Bartolomé, *Juicio de insania. Dementes, sordomudos e inhabilitados*, Hammurabi, Buenos Aires, 1997, ps. 270 y ss.; VALENTE, L., *Nuevas proyecciones acerca de la problemática de los dementes*, en *Revista de Derecho de Familia y de las Personas*, La Ley, Buenos Aires, año I, N° 3, p. 211; KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La demencia como base de las nulidades en el Código Civil*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 8, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 10; TOBÍAS, José, *Enfermedad mental y Derecho Privado*, en L. L. 1997-E-1405; KRAUT, Alfredo, *Salud mental y tutela jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 63, entre otros; CNCiv., sala C, 12-8-85, E. D. 116-126, fallo de primera instancia del Dr. Cárdenas; JCCom. de Federación, 18-5-2007, "S., J. A. s/Inhabilitación", que decretó incapacidad parcial para realizar actos de disposición, administración, y garantía; actos que importen cambiar su estado civil, reconocer hijos, o asumir obligaciones alimentarias; ocupar cargos electivos; intervenir en juicio, conservó el ejercicio de los derechos electorales activos y todos los derechos no alcanzados por la interdicción; Trib.Fam. N° 1 de Mar del Plata, 6-5-2009, "B. L. s/Inhabilitación" (firme): decreta la inconstitucionalidad del art. 152 bis del Cód. derogado y establece un sistema de apoyo; Trib.Fam. N° 1 de Mar del Plata, 22-11-2009, "D., E. s/Insania" (no firme): decreta inconstitucionalidad del art. 141 del Cód. derogado; rechaza la incapacidad y establece un régimen de apoyo para actos patrimoniales; Trib.Fam. N° 2, 3-6-2010, entre otros.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

En todos los casos el juez al sentenciar habrá de medir el grado de afectación del ejercicio de la capacidad jurídica, determinado cuáles son los actos que la persona no puede realizar por sí. "La sentencia debe determinar la extensión y alcance de la restricción y especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible. Asimismo, debe designar una o más personas de apoyo o curadores...", reza el artículo 38.

De tal modo, todo acto cuyo ejercicio personal se pretenda restringir habrá de ser así determinado en la sentencia, pues en caso contrario el principio es la capacidad jurídica (art. 31).

En lo que aquí nos compete, la sentencia debería establecer en su caso que resulta limitado el ejercicio de la responsabilidad parental de la persona, a fin de tornar aplicable la disposición del artículo en comentario[161]. En caso contrario, el principio es la plena capacidad civil en este aspecto, acorde por lo demás a lo dispuesto por el artículo 23 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ley 26.378[162].

[161] Rescatando el ejercicio de la responsabilidad parental a pesar de la rígida consecuencia de la "incapacidad civil": Trib.Fam. N° 1 de Mar del Plata, 1-2-2008; ídem, 10-5-2006 (declara que la incapacidad en relación con aspectos patrimoniales no importa incapacidad para el ejercicio de la responsabilidad parental. Declara la incapacidad para todos los actos de la vida civil con excepción del ejercicio de la responsabilidad parental, que ejercerá en forma *asistida con su curador* en cuanto a los efectos personales, quedando la administración, usufructo y disposición bajo el régimen curatela); Trib.Fam. N° 2 de Mar del Plata, 10-12-2010; Trib.Fam. N° 1 de Mar del Plata, agosto de 2011; Trib.Fam. N° 2, 11-3-2010.

[162] Ver t. II, p. 7.

"Art. 23 – *Respeto del hogar y de la familia.* 1. Los Estados Partes tomarán medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás, a fin de asegurar que: a) Se reconozca el derecho de todas las personas con discapacidad en edad de contraer matrimonio, a casarse y fundar una familia sobre la base del consentimiento libre y pleno de los futuros cónyuges; b) Se respete el derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener y el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro, y a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad, y se ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos; c) Las personas

Debe aquí resaltarse especialmente que la situación de dificultad o imposibilidad de ejercicio de la responsabilidad parental, en el caso de una persona con discapacidad, nunca puede habilitar el dictado de privación de responsabilidad a su respecto, siendo la consecuencia prevista –reiteramos, en caso de imposibilidad de ejercicio de *este derecho-deber concreto*– la suspensión.

En este sentido, en un fallo clarificador[163] se sostuvo que "Conforme la normativa expresa del artículo 309 del Código Civil no corresponde aplicar el instituto de privación de la patria potestad para restringir el contacto de las personas con padecimientos mentales con sus hijos menores de edad, aun cuando se verifiquen algunos de los supuestos previstos en el artículo 307 del Código Civil pues ellas son conductas que derivan de la propia condición de enfermedad del progenitor".

Finalmente, acorde la nueva dimensión del instituto de la "inhabilitación"[164], no se menciona a la misma entre las causales de suspensión, ya que ninguna relación guardan las limitaciones fundantes de la inhabilitación con la posibilidad de ejercicio responsable de la parentalidad.

con discapacidad, incluidos los niños y las niñas, mantengan su fertilidad, en igualdad de condiciones con las demás. 2. Los Estados Partes garantizarán los derechos y obligaciones de las personas con discapacidad en lo que respecta a la custodia, la tutela, la guarda, la adopción de niños o instituciones similares, cuando esos conceptos se recojan en la legislación nacional; en todos los casos se velará al máximo por el interés superior del niño. Los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos [...] 4. Los Estados Partes asegurarán que los niños y las niñas no sean separados de sus padres contra su voluntad, salvo cuando las autoridades competentes, con sujeción a un examen judicial, determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que esa separación es necesaria en el interés superior del niño. En ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos..."

[163] Trib.Fam. N° 2 de Mar del Plata, 10-12-2010, RDF 2011-IV-105, con nota de Luz María Pagano.

[164] "Art. 48 – *Pródigos.* Pueden ser inhabilitados quienes por la prodigalidad en la gestión de sus bienes expongan a su cónyuge, conviviente o a sus hijos menores de edad o con discapacidad a la pérdida del patrimonio. A estos fines, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral. La acción sólo corresponde al cónyuge, conviviente y a los ascendientes y descendientes".

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

d) *Convivencia del hijo con un tercero.*

Se alude a la convivencia del hijo fuera de la órbita de sus progenitores, como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto por la legislación especial.

Se hace aquí referencia, fundamentalmente, a la aplicación de las leyes de protección especial y las medidas de protección de derechos excepcionales[165] bajo cuyo marco habrá de disponerse la permanencia de los niños fuera de su hogar familiar, en los términos y condiciones prescriptas constitucionalmente por el artículo 9° de la CDN[166].

El código derogado en este aspecto refería a la internación del hijo en un instituto o "establecimiento de protección de menores". En este caso la suspensión debía resolverse con audiencia de los padres.

[165] "Art. 39 – *Medidas excepcionales*. Son aquellas que se adoptan cuando las niñas, niños y adolescentes estuvieran temporal o permanentemente privados de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio. Tienen como objetivo la conservación o recuperación por parte del sujeto del ejercicio y goce de sus derechos vulnerados y la reparación de sus consecuencias. Estas medidas son limitadas en el tiempo y sólo se pueden prolongar mientras persistan las causas que les dieron origen".

[166] "Art. 9° – 1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño. 2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones. 3. Los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño. 4. Cuando esa separación sea resultado de una medida adoptada por un Estado Parte, como la detención, el encarcelamiento, el exilio, la deportación o la muerte (incluido el fallecimiento debido a cualquier causa mientras la persona esté bajo la custodia del Estado) de uno de los padres del niño, o de ambos, o del niño, el Estado Parte proporcionará, cuando se le pida, a los padres, al niño o, si procede, a otro familiar, información básica acerca del paradero del familiar o familiares ausentes, a no ser que ello resultase perjudicial para el bienestar del niño. Los Estados Partes se cerciorarán, además, de que la presentación de tal petición no entrañe por sí misma consecuencias desfavorables para la persona o personas interesadas".

Al haber sido derogado el sistema de Patronato de Estado[167], el eventual ingreso de niños o adolescentes a ámbitos convivenciales alternativos y/o entidades de atención social –institucional– resulta consecuencia de la aplicación del sistema de protección integral, y de las medidas de protección excepcionales que en su ámbito se dicten, adoptadas por los órganos administrativos con control de legalidad judicial posterior (conf. Ley nacional 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, su dec. regl. 415/2006, y leyes provinciales pertinentes).

IV) Significado de la reforma

La reforma exhibe mayor coherencia respecto al sistema integral de extinción, privación y suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental. Las causales reguladas bajo este último supuesto se articulan y concuerdan con la regulación que el Código también efectuó respecto a las situaciones individuales que fundan la suspensión.

Art. 703 ***Casos de privación o suspensión de ejercicio.*** **Si uno de los progenitores es privado de la responsabilidad parental o suspendido en su ejercicio, el otro continúa ejerciéndola. En su defecto, se procede a iniciar los procesos correspondientes para la tutela o adopción, según la situación planteada, y siempre en beneficio e interés del niño o adolescente.**

I) Resumen

Se abordan aquí las consecuencias de la privación y/o la suspensión de la responsabilidad parental. Acorde los casos de único o doble vínculo filial, así como los efectos que el Código también previó para determinados supuestos especiales.

II) Concordancias

Privación de la responsabilidad parental (art. 700); suspensión del

[167] Ley nacional 10.903 derogada por ley 26.061 a nivel nacional y correlativas normas provinciales.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ejercicio de la responsabilidad parental (art. 702); tutela (art. 104); adopción (arts. 594 y ss.); persona protegida con hijos (art. 140).

III) Interpretación de la norma

Se regulan las consecuencias de la declaración de privación y de suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.

En el caso de hijos de doble vínculo filial, la privación o suspensión del ejercicio respecto a uno de los padres provoca su concentración en el otro, que continúa actuándola.

En el caso de hijos de único vínculo, o bien si la privación y/o suspensión ha sido aplicada respecto a ambos progenitores, corresponde definir la situación del hijo a través de los institutos aplicables, bien sea la adopción o la tutela, promoviendo los procesos judiciales pertinentes a estos fines.

En efecto, la tutela procede a fin de "brindar protección a la persona y bienes de un niño, niña o adolescente que no ha alcanzado la plenitud de su capacidad civil cuando no haya persona que ejerza la responsabilidad parental" (art. 104).

Por su parte, la adopción "es una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando éstos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. La adopción se otorga sólo por sentencia judicial y emplaza al adoptado en el estado de hijo..." (art. 594).

Cabe no obstante advertir que la adopción no resulta la institución aplicable en el supuesto de limitación de la capacidad civil con restricción del ejercicio de la responsabilidad parental (art. 702, inc. c). Ello así pues está previsto expresamente para este supuesto el ejercicio de la tutela por el curador de la persona. Reza el artículo 140: "*Persona protegida con hijos*. El curador de la persona incapaz es tutor de los hijos menores de éste. Sin embargo, el juez puede otorgar la guarda del hijo menor de edad a un tercero, designándolo tutor para que lo represente en las cuestiones patrimoniales".

IV) Significado de la reforma

Se han clarificado en una norma expresa las consecuencias de la privación y de la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental, unificando en un solo artículo a fin de aportar claridad y coherencia a la regulación.

Art. 704 ***Subsistencia del deber alimentario.*** **Los alimentos a cargo de los progenitores subsisten durante la privación y la suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental.**

I) Resumen

Se establece en forma expresa la subsistencia del deber alimentario aun frente a los casos de privación y suspensión del ejercicio parental, respondiendo a claras posiciones doctrinarias en la materia y adoptando una postura acorde con la legislación e interpretación guiada por el interés del hijo como premisa superior.

II) Concordancias

Deberes y derechos de los progenitores (arts. 658 y ss.); Derecho Internacional Privado (arts. 2629 y 2630).

III) Interpretación de la norma

La consecuencia automática de la privación y suspensión del ejercicio de la responsabilidad parental es, como vimos, su concentración en el otro progenitor o la aplicación de otras instituciones subsidiarias a la responsabilidad parental de origen, como la tutela y la adopción.

Sin embargo, la consideración y evaluación de estas consecuencias jurídicas desde la mira del interés del hijo –y no desde la visión punitiva o sancionatoria, tal como ya hemos advertido– define la posición a adoptar en punto a la correlativa extinción o cese de determinados deberes y derechos derivados de la responsabilidad parental, o su mantenimiento.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

El artículo 13 de la ley 10.903[168] oportunamente dispuso: "La privación de la autoridad o la suspensión de su ejercicio no importan liberar a los padres de las obligaciones impuestas por los artículos 265, 267 y 268 del Código Civil si no fueran indigentes". La ley de mención fue derogada con el dictado de la ley 26.061, en forma expresa[169].

En el caso se aclara expresamente la subsistencia del deber alimentario a pesar de la privación o suspensión de ejercicio de la responsabilidad parental, lo que guarda relación con el fundamento alimentario fincado en la procreación y no sólo en la titularidad de la responsabilidad parental.

Esta conceptualización de la derivación alimentaria a partir de la procreación y no el status parental se aprecia igualmente en la admisión que el Código efectúa respecto a la prestación alimentaria en favor del hijo no reconocido (art. 664) así como de la mujer embarazada (art. 665).

Respecto a la solución adoptada por la norma, el Derecho Comparado exhibe soluciones similares. Así, por ejemplo, el Código del Distrito Federal de México establece que "El padre y la madre, aunque pierdan la patria potestad, quedan sujetos a todas las obligaciones que tienen para con sus hijos" (art. 285).

También se observa similar previsión en el Derecho venezolano, cuyo artículo 366 establece: "*Subsistema de la obligación alimentaría.* La obligación alimentaria es un efecto de la filiación legal o judicialmente establecida, que corresponde al padre y a la madre respecto a sus hijos que no hayan alcanzado la mayoridad. Esta obligación subsiste aun cuando exista privación o extinción de la patria potestad, o no se tenga la guarda del hijo, a cuyo efecto se fijará expresamente por el juez el monto que debe pagarse por tal concepto, en la oportunidad que se dicte la sentencia de privación o extinción de la patria potestad, o se dicte alguna de las medidas contempladas en el artículo 360 de esta ley".

[168] Publicada en el B. O. del 15-10-1914 (con las reformas del decreto-ley 5286/57 y las leyes 23.264, 23.479 y 23.737).

[169] "Art. 76 – Derógase la ley 10.903, los decretos nacionales: 1606/90 y sus modificatorias, 1631/96 y 295/01".

En el caso de la suspensión derivada de la pena accesoria del artículo 12 del Código Penal, se advierte la congruencia de conservar el deber alimentario, al obedecer la causal a una imposibilidad fáctica[170] –y más allá de las críticas arriba esbozadas[171]–.

El deber alimentario se mantiene así mientras el progenitor conserve el vínculo filial sobre el niño, con independencia de la responsabilidad parental[172].

En este sentido, proyectos legislativos preexistentes al Código vigente previeron el mantenimiento o conservación del deber de asistencia[173].

IV) Significado de la reforma

Resulta sumamente trascendente la previsión expresa que el Código ha incorporado respecto a una interpretación que venía sosteniéndose en el ámbito doctrinario, sustentada en normas constitucionales, y fundada, finalmente, en el interés superior del hijo menor.

La previsión legal expresa aventa la posibilidad de interpretaciones discrecionales o diversas.

[170] MAZA MARÍN, J. M., *Penas privativas de derechos y accesorias en el nuevo Código Penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, Escuela Judicial-CGPJ, 1996.

[171] CNCiv., sala D, 18-12-80, E. D. 92-862.

[172] HERNÁNDEZ CERVANTES, Gonzalo, *La pérdida de la patria potestad y el interés del menor*, tesis doctoral, Universidad Autónoma de Barcelona, 2010, www.tesisnred.net.

[173] V. gr., Proyecto de ley S-1212/12: "Art. 307 ter – En todos los casos de privación de la patria potestad previstos en este Código, subsisten los deberes alimentarios".

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

TÍTULO VIII

PROCESOS DE FAMILIA

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 705 ***Ámbito de aplicación.*** **Las disposiciones de este Título son aplicables a los procesos en materia de familia, sin perjuicio de lo que la ley disponga en casos específicos.**

I) Resumen

Los conflictos que derivan de las relaciones familiares poseen características especiales que requieren un abordaje diferente a los restantes litigios civiles. Con este articulado se inaugura un título autónomo dedicado a los *Procesos de familia* siguiéndose la postura que adoptó el Proyecto de reforma de 1998. Este primer artículo establece el marco mínimo al que deben sujetarse los procesos de familia y los principios generales que deben regirlos; sin perjuicio de los que deriven del resto del ordenamiento jurídico infraconstitucional para algunos procesos en particular.

II) Concordancias

Fuentes y aplicación (art. 1°); interpretación (art. 2°); principio de buena fe (art. 9°). Ley 24.417, protección contra la violencia familiar. Ley 26.485 (características del procedimiento en casos de violencia, arts. 19 y ss.). Decreto 1011/2010. Ley 26.061, protección integral de los niños, niñas y adolescentes. Leyes provinciales dictadas para abordar la problemática de la violencia familiar.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma

III.1) *Caracterización de los conflictos familiares*

El conflicto familiar demanda soluciones específicas que difieren de los restantes pleitos civiles. De ahí que en los procesos de familia, el judicante posee una función tuitiva que le impone participar activamente acompañando a las partes en la búsqueda de la mejor resolución de su conflicto.

A tal punto, que cada vez con mayor fuerza, las provincias receptan la especialidad mediante la creación de fueros con competencia en asuntos de familia, sea en las grandes urbes o ciudades del interior, observando un mayor compromiso por el abordaje complejo, interdisciplinario y especializado que involucran los conflictos de familia. En algunas jurisdicciones provinciales, incluso, los tribunales de alzada también cuentan con especialización de sus integrantes, o competencia específica en asuntos de familia.

Así, se ha dicho que los litigios familiares se traducen en una tensión que moviliza pretensiones captadas por el ordenamiento jurídico, que exige una respuesta de la administración de justicia. En suma, las cuestiones de familia son conflictos diferenciados para los que se propugna una tutela preferencial, teniendo en cuenta que encierran situaciones cuya solución –al versar sobre entuertos humanos– generalmente escapa a lo estrictamente jurídico[1].

En esa línea de pensamiento, prestigiosa doctrina[2] apunta que "los conflictos familiares, por la singularidad y complejidad de las causas que los desencadenan, tanto como por las pasiones y enconos que casi siempre desatan entre sus protagonistas, encierran situaciones y entuertos humanos, antes que jurídicos. Tienen toda la dimensión y presentan la riqueza de matices de lo humano. Las soluciones escapan casi siempre a lo estrictamente jurídico, al menos a lo que se entiende por 'soluciones jurídicas' tradicionales".

[1] CABRERA DE DRI, Elsa A., *Características del proceso de familia. Principios y sistemas procesales*, en *Derechos de Daños. Daños en el Derecho de Familia*, La Rocca, Buenos Aires, 2003, cuarta parte (B), ps. 59 y 95.

[2] BERIZONCE, Roberto O., *Derecho Procesal Civil actual*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 544.

III.2) *La introducción de principios procesales*

El Proyecto de Código Civil del año 1998 regulaba en un título especial los procesos sobre cuestiones de familia. La norma proyectada dedicaba sólo dos artículos para la previsión de reglas procesales aplicables a los litigios de familia (v. gr.: arts. 669 y 670). Allí se establecía la reserva de las actuaciones y se enunciaban los casos excepcionales en los que estaba permitida la remisión de expedientes a otras sedes.

Actualmente, el Código sigue la misma senda legislativa, pero amplía el catálogo de principios procesales, en el entendimiento de que su regulación en la legislación de fondo evitará regímenes dispares que pudieran conculcar derechos constitucionales.

La necesidad de protección de esos derechos fundamentales y la especial conexión existente entre el Derecho sustancial y el adjetivo hacen necesaria la introducción de las mentadas reglas procesales. Así, se ha dicho[3] que la naturaleza instrumental no disminuye la importancia del Derecho Procesal; por el contrario los operadores jurídicos no deben olvidar que el proceso señala *el momento crucial de la tutela de los derechos*.

No resulta óbice para ello que nuestro país haya adoptado un sistema federal, en el cual la atribución de legislar en materia procesal pertenece en principio a las provincias. Advertía acertadamente Palacio[4] que estas facultades de los órganos legislativos provinciales deben ser entendidas sin perjuicio de las normas de índole procesal que puede dictar el Congreso con el fin de asegurar la efectividad del ejercicio de los derechos que consagra la legislación de fondo.

En definitiva, esta regulación procesal en la legislación de fondo coadyuva a la tutela judicial efectiva largamente reclamada. La previsión de estos principios implica sustraer, a la autonomía de las legislaturas provinciales, determinadas cuestiones adjetivas, a fin de lograr una normativa unificada sobre los procesos de familia en todo el territorio

[3] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Principios procesales del Derecho Procesal de Familia contemporáneo*, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 51, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 295.

[4] PALACIO, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, 2ª ed., 5ª reimp., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, t. I, p. 30.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

nacional. Es posible sostener que, en rigor, se establecen normas idénticas al Derecho Procesal de siempre, pero enriquecido por un método que se sostiene en la idea de eficacia del sistema judicial[5].

El Código traduce así el Derecho de Familia en directivas rituales mínimas e idénticas que contribuyen a que, mediante las formas, no se vulneren derechos previstos en el bloque de constitucionalidad federal[6].

III.3) *La evolución de los procesos de familia*[7]

Partiendo de la base de que el proceso es un instrumento *al servicio del derecho sustancial amparado constitucionalmente*, el Código pretende para los procesos de familia lo que hace décadas Morello[8] ha denominado como *la justicia de acompañamiento o protección.*

En ese sentido, y en atención a la peculiaridad de los conflictos familiares antes descripta, el proceso de familia, en general, presenta una serie de principios o perfiles comunes derivados de su carácter, de la calidad de las personas que intervienen o se ven afectadas por él, y de la finalidad de la *tutela* que persigue.

Justamente, se ha dicho[9] que la singularidad del proceso de familia no se encuentra tanto en su forma exterior o conformación estructural,

[5] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Efectividad de las sentencias judiciales*, Libro de Ponencias del XVII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mar del Plata, 2012, quien cita a LANUSSE, Pedro P., *Proceso jurisdiccional eficaz*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 26.

[6] Esta *Constitución global del Estado* fue definida por Bidart Campos como "un conjunto normativo que tiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la constitución documental, y tiene como fin ser parámetro para el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales". BIDART CAMPOS, Germán, *El Derecho de la constitución y su fuerza normativa*, Ediar, Buenos Aires, 1995, ps. 265-267.

[7] Véase por todos MORELLO, Augusto M., *El moderno Derecho de Familia. Aspectos de fondo y procesales*, Platense, La Plata, 2002.

[8] MORELLO, Augusto M., *La jurisdicción protectora. Hacia un nuevo rostro de la justicia*, en J. A. 1986-II-305. Y del mismo autor, *La influencia de los procesos de familia sobre la litigación civil*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2002-1, *Derecho Procesal de Familia – I*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe.

[9] KIELMANOVICH, Jorge L., *Derecho Procesal de Familia*, LexisNexis, Buenos Aires, 2007, p. 2.

sino más bien en su sustancia. Y ello se debe a que, en la mayoría de los supuestos, no se trata de resolver el litigio dando la razón a una parte y declarando culpable a la otra, ni de fijar quién es el ganador y quién el perdedor, sino que lo que se procura es eliminar el conflicto, *orientando a la familia para que encuentre un nuevo orden en su estructura familiar*[10].

En suma, la forma de intervención del órgano jurisdiccional es determinante a la hora de coadyuvar a la continuidad de las relaciones familiares luego de su paso por los tribunales o, por el contrario, para terminar de desintegrar una familia en proceso de destrucción.

La regulación jurídica de la familia, sea a través de la norma general (ley), sea mediante la norma particular (sentencia), debe "proyectarse y preocuparse por dar respuesta eficaz y pronta a los habituales conflictos que se suscitan día a día"[11].

Varias voces doctrinarias[12] han señalado que la *concepción sistémica* constituye una perspectiva diferente y eficaz frente a aquellas de inspiración individualista y lineal que hasta ahora se habían utilizado habitualmente, en la explicación y resolución de la problemática familiar.

En la *concepción individual*, propia del código anterior, se favorecía al individuo como centro de la imputación de derechos y obligaciones; privilegiando el litigio por sobre el acuerdo y relegando a un segundo plano el *interés de la familia como unidad*. De ahí que, según la concepción sistémica, ninguna solución a un conflicto podría importar la defensa de los derechos de uno y, al mismo tiempo, el atentado a los intereses de todos.

[10] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R., *Principios procesales y tribunales de familia*, en J. A. 1993-IV-676. Véase también WAGMAISTER, Adriana M., *El procedimiento judicial como causa de litigiosidad en los casos de familia. Una alternativa para la humanización de los divorcios de parejas con hijos*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2002-2, *Derecho Procesal de Familia – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 37; entre otros.

[11] TAPIA, Mauricio, *Código Civil 1955-2005. Evolución y perspectiva*, Jurídica de Chile, Santiago, 2005, N° 63.

[12] VARGAS, Abraham L., *Los procesos de familia y sus principios específicos*, en www.justiciajujuy.gov.ar/jornadasprep/files/PonenciaDrVargas.pdf.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

IV) Significado de la reforma

El Código sigue la línea legislativa del *Proyecto de 1998* que regula en un Título especial las cuestiones relativas a las acciones de estado de familia, pero de un modo más amplio, extendiendo el Título a los procesos de familia en general, y mencionando los principios a los que deben ajustarse.

En particular, esta norma introduce en el Derecho sustancial el cambio de óptica que se viene produciendo en la jurisprudencia, en cuanto a los distintos parámetros que irradian a los procesos de familia, por la finalidad que persiguen.

Así, el juez de familia posee una función tuitiva que le impone un rol distinto al tradicional, debiendo, en consecuencia, participar activamente en el proceso acompañando a las partes en la búsqueda de la mejor resolución para su conflicto.

En definitiva, lo esperable tanto del juez como del proceso judicial de familia es que ayuden a desbloquear a una familia atascada para que puedan seguir creciendo, ella y sus miembros[13], y no que obstaculice el cambio y la reconstrucción de las relaciones familiares.

Art. 706 ***Principios generales de los procesos de familia.*** **El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, inmediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.**

a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.

b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.

c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas.

[13] CÁRDENAS, Eduardo J., *La familia ensamblada en el Derecho Procesal*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº 25, LexisNexis, 2003, p. 27.

I) Resumen

Esta norma pone de resalto una serie de principios rectores que deben aplicarse en los procesos de familia. Éstos brindan al juez determinadas reglas orientadoras hábiles para dar cabal cumplimiento a las garantías constitucionales de los involucrados en estos litigios. Recuérdese que las reglas procesales no sólo están vinculadas sino que se encuentran al servicio del Derecho sustancial aplicable. Aquí se enumera una serie de principios y derechos que orientan, en general, los procesos de familia, viéndose alguno de ellos profundizados en otras disposiciones.

II) Concordancias

Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26, 3er párr.); principios generales de la responsabilidad parental (art. 639); actuación de los menores de edad en procesos judiciales (arts. 677 a 680); participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes (art. 707); principio de reserva (art. 708); principio de oficiosidad (art. 709). Ley 26.061, derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta (arts. 2°, 3°, 24, 27, 66, inc. e); decreto 415/2006. Ley 26.485, intervención del equipo interdisciplinario (art. 29). Ley 26.589, mediación prejudicial obligatoria (arts. 1°, 5°, inc. b, y 7°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva*

Esta disposición plasma en el Derecho infraconstitucional distintos principios procesales que, justamente, pretenden evitar que la disparidad de criterios en la regulación adjetiva pudiera desnaturalizar o, incluso, conculcar los derechos fundamentales que ampara la legislación de fondo.

Así se ha dicho[14] que estos principios se plasman en forma de

[14] FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, *El procedimiento de familia en el proyecto*, en L. L. del 21-6-2012, p. 1.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

directivas u orientaciones que se dirigen al juez o al legislador a la hora de dictar o aplicar el Derecho. Por regla, se asientan en fórmulas constitucionales clásicas, las que se han ido adaptando a las nuevas perspectivas derivadas de cambios operados en la sociedad y de la especificidad del Derecho de fondo a actuar.

No por nada, el primer principio que dimana de la enunciación de este articulado es el de la tutela judicial efectiva.

La tutela judicial efectiva se encuentra reconocida en los artículos 8° y 25 de la CADH (Pacto de San José de Costa Rica), y comprende la garantía de acceso a la justicia y se complementa con los principios de concentración y celeridad, que derivan del principio de economía procesal que, por cierto, se vincula también a la necesaria disminución de los gastos del proceso[15].

Más aún, este derecho comprende no sólo el derecho a ser oído, a rendir prueba, a que se dicte una sentencia dentro de un plazo razonable por parte de un juez independiente, sino a que esa sentencia se cumpla, pues de otro modo, esa tutela no es efectiva. Así se ha dicho que existe un derecho fundamental a la eficacia de la sentencia[16].

Ahora bien, corresponde realizar una precisión terminológica. Algo es eficaz si logra producir efectos o modificaciones en aras de un interés o meta propuesta, y será efectivo si es observado y aplicado por sus destinatarios.

La efectividad en las decisiones judiciales ha tenido un amplio desarrollo jurisprudencial de parte de los tribunales supranacionales. Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos afirmó que "la responsabilidad estatal no termina cuando el juez emite la sentencia, pues se requiere que el Estado garantice los medios para ejecutar sus mandatos"[17]. En definitiva, el Estado –representado por el órgano ju-

[15] Conf. BERTOLDI DE FOURCADE, María V. y FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, *Régimen procesal del fuero de familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 42.

[16] RUIZ DE LA FUENTE, María C., *El derecho constitucional a la ejecución de sentencias firmes*, en CACHÓN CADENAS, Manuel y PICÓ I JUNOY, Joan (coords.), *La ejecución civil*, Atelier, Barcelona, 2008, p. 21.

[17] CIDH, 28-11-2003, caso "Baena, Ricardo y otros c/Panamá", Serie C, N° 104, párr. 79.

dicial– no puede permanecer inoperante en perjuicio de una de las partes; pues de lo contrario, la función judicial quedaría reducida a una mera declaración de principios o "a dar consejos".

III.2) *El factor tiempo en los conflictos familiares*

De esta manera, el Derecho Procesal ha comenzado a descubrir de qué modo el tiempo que insume el litigio familiar influye sobre la justicia de la solución; por lo que se impone que ésta llegue a los involucrados en un plazo razonable[18].

Este último concepto constituye un principio jurídico indeterminado que ha tenido recepción en los tratados internacionales y amplio desarrollo jurisprudencial de parte de los tribunales supranacionales por ellos creados.

Así, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que el citado concepto resulta aplicable a *todos los procesos internos* dentro de cada uno de los Estados contratantes. E incluso, el Pacto de San José de Costa Rica obliga a aquéllos a organizar sus jurisdicciones, toda vez que resulta de vital importancia que la justicia sea administrada sin retardos que comprometan la eficacia y la credibilidad, pues "la lentitud excesiva de la justicia representa un daño importante para el Estado de Derecho".

De esta manera, la justicia, cuyo acceso constituye un derecho constitucional, debe llegar en un plazo razonable a la ciudadanía[19]. La persona tiene *el derecho básico a tener un juicio sin dilaciones indebidas*; más aún, en los litigios donde se tratan cuestiones de familia.

III.3) *El acceso a la justicia de las personas vulnerables*

El Código pretende garantizar las condiciones de acceso efectivo

[18] CÁRDENAS, Eduardo J., *El tiempo en los procesos de familia*, en L. L. 1985-D-748.

[19] Uno de los pensamientos que más claridad aporta a la comprensión de este proceso es el de Hannah Arendt, quien desarrolló un conjunto de ideas que permiten entender el sistema de los derechos humanos como un mecanismo de *construcción de igualdad* y concibe la ciudadanía como *el derecho a tener derechos*. LAFER, Celso, *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, Fondo de Cultura Económica, México, 1994.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna. A fortiori, en sus fundamentos se destaca que *se busca la igualdad real y para ello desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables.*

En ese orden de ideas, se recoge el valor y la entidad que se le otorga a este principio en las *100 Reglas básicas de Acceso a la Justicia de personas vulnerables*, elaboradas en Brasilia en el marco de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana (2008). Las mentadas reglas consideran en condición de vulnerabilidad a aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. Se trata de reglas a las cuales la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha adherido de manera expresa, tal como surge de la Acordada 5/2009.

Partiendo de esa base, el Código regula la participación de los niños y adolescentes y de las personas con discapacidad, no sólo en lo inherente a su derecho a ser oídos, sino también en lo que hace a su defensa técnica; precisamente, porque esta participación responde al principio de acceso a la justicia.

III.4) *El principio de inmediación*[20]

Los intereses comprometidos en los procesos de familia imponen el contacto directo y la comunicación personal entre el juez, el equipo multidisciplinario y las personas que intervienen en el litigio.

Este principio de inmediación procesal coadyuva a que el juez tome un acabado conocimiento de la base fáctica sobre la que debe expedirse y se interiorice de los intereses en conflicto.

Así se ha dicho[21] que la justicia del fallo estará casi inexorablemente

[20] Véase BALLARÍN, Silvana, *Justicia de proximidad: razones para la inmediación en el proceso de familia*, en *Derecho de Familia*, N° 51, p. 47; KIELMANOVICH, Jorge L., *Los principios del proceso de familia*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2002-1, p. 30, y BERTOLDI DE FOURCADE y FERREYRA DE DE LA RÚA, ob. cit., ps. 19 a 26.

[21] IPARRAGUIRRE, Diego A., *El principio de inmediación en el proceso de familia*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2002-2, *Derecho Procesal de Familia – II*, p. 118.

predeterminada por el alcance y medida de lo que el juez pueda percibir en *forma inmediata* a través de sus sentidos. Inversamente, cuando más mediata y lejana sea la visión de las circunstancias de hecho que motivan el decisorio, como también de los propios litigantes, de los letrados y peritos, más se ha de alejar la factibilidad teórica de una decisión ajustada a Derecho.

Asimismo, este principio no sólo se vincula al conocimiento que el judicante tenga de quienes recurren al tribunal –lo que conlleva que la sentencia contenga, en mayor medida, la verdad objetiva–, sino también se encuentra ligada, desde una perspectiva sistémica, al *factor tiempo* que se analizara con antelación, pues la distancia, en todo sentido, dilata los procesos.

Nuestro máximo tribunal federal ha venido destacando la importancia de este principio, al recordar que, cuando se debaten cuestiones inherentes a las personas menores de edad, debe favorecerse un contacto directo y personal del órgano judicial con ellos, y que la eficiencia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor *inmediación* del juez con la situación de aquéllos[22].

Y en un claro ejemplo de aplicación del principio de inmediatez, puede traerse a colación lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de protección de derechos de las personas con padecimientos mentales, donde resolvió un conflicto negativo de competencia entre un Juzgado Nacional en lo Civil y un Tribunal de Familia bonaerense[23], siguiendo la línea jurisprudencial iniciada en el año 2005[24].

El citado tribunal dispuso, en un proceso de internación involuntaria de larga data, que "resulta imperioso –atento la vulnerabilidad y des-

En igual sentido, BELLUSCIO, Augusto C., *Especialización de los órganos judiciales familiares*, en *Derecho de Familia*, N° 1, LexisNexis, Buenos Aires, 1989, p. 37.

[22] CSJN, 5-3-2002, "S., E. D. c/B., J. F.", L. L. 2002-D-686.

[23] CSJN, 26-3-2008, "L. C. M. s/Internación", citado en SCJBA, 14-3-2012, C.115.227, "F., C. J. c/C., M. L. s/Tenencia de hijo".

[24] CSJN, 27-12-2005, "T., R. A.", L. L. 2006-C-231, con nota de Nicolás Diana, y en L. L. 2006-F-33, con nota de Luis F. Barrios Flores. En aquella oportunidad, se consideró que el respeto de la regla del debido proceso debe ser observado con mayor razón en el caso de personas sometidas a tratamientos de internación psiquiátrica coactiva debido al estado de vulnerabilidad, fragilidad, impotencia y abandono en el que se encuentran frecuentemente estas personas.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

protección– extremar la salvaguarda del principio de inmediatez en resguardo de los derechos fundamentales de las personas internadas forzosamente, en procura de su eficaz protección".

Y en esa línea argumental, resolvió que el juez del lugar donde se encuentra el centro de internación es quien debe adoptar las medidas urgentes necesarias para dar legalidad y controlar las condiciones en que el tratamiento de internación se desarrolla.

Con relación a las personas menores de edad, la Corte Suprema[25] también ha utilizado el principio de inmediación, para otorgar la competencia al juez del lugar donde efectivamente vive el niño o adolescente. Así, la regla atributiva *forum personæ* hace referencia al lugar donde los hijos viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la cercanía entre el juez y el niño.

Ocurre que las normas sobre competencia requieren ser interpretadas actualmente con una perspectiva diferente, pues el niño exige una individualización autónoma e independiente de sus representantes legales. Se desplaza el centro de imputación: es el niño quien debe indicar el eje a tener en cuenta para determinar su domicilio legal, sin perjuicio del que tienen sus representantes legales.

Esta tendencia jurisprudencial ha sido receptada actualmente en la ley de fondo, al regular el artículo 716 que resulta competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su *centro de vida*.

III.5) *La oralidad del procedimiento*

El Código introduce aquí la oralidad en el procedimiento de familia. En rigor, la doctrina precisa que debería decirse "proceso que se desarrolla a través de audiencias". Justamente, el citado principio de inmediación sugiere la oralidad como sistema.

De esta manera, se logra que los jueces aprecien directamente la conducta y las expresiones de las personas involucradas en el proceso, y se favorece una mayor agilidad en la tramitación disminuyendo los efectos del retraso de la resolución judicial. En ese sentido, el juez se

[25] Véase, por todos, CSJN, *Fallos*: 324:2486, 2487; 325:339; 327:3987 y L. L. 2009-B-410.

relacionará con las partes en forma inmediata y sin intermediarios, escuchando sus reclamos y las alegaciones que le permitan obtener un cabal conocimiento de las cuestiones sobre las cuales deberá expedirse.

A ello, debemos adunar que el juez actuará como un verdadero *director del proceso*, no sin acompañar a las partes, informándoles sobre sus derechos y la mejor manera de resolver sus conflictos, haciéndoles incluso saber que lo que decidan repercutirá en su familia.

Los procesos nunca son puramente orales o escriturales. La introducción de este principio no implica someter la totalidad del proceso a un régimen oral. En rigor, mediante la oralidad se logra el cabal cumplimiento del principio de inmediación, al convocar el juez a las partes y conocer de manera directa sus necesidades. De allí que, en atención a la especial naturaleza de los conflictos familiares, el Código pretende la revalorización de las audiencias con los involucrados, por sobre el principio escriturario tan arraigado en el proceso civil tradicional.

Ha dicho la doctrina[26] que éste debe entenderse como "dosis de oralidad", indispensable para potenciar el éxito de un acto determinado y a fin de concretar el mandato de que el juez debe escuchar a los involucrados. En otras palabras, los principios de inmediatez y oralidad, estrechamente vinculados, cobran preponderancia cuando se involucra el derecho fundamental del niño a ser oído en los términos del artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño.

III.6) *Los principios de buena fe, probidad y lealtad procesal*

Se ha dicho que estos principios, relacionados entre sí, tienden a asegurar que los sujetos que intervienen en el proceso se comporten de acuerdo a las reglas de la ética, evitar que usen argucias para dilatarlo o perjudicar a la otra parte pero, sobre todo, a que no se los utilice con fines diferentes para los que se ha instituido[27].

[26] FERREYRA DE DE LA RÚA, *El procedimiento de familia* cit., p. 2.

[27] VÁSQUEZ PÉREZ, Olinda Morera, *El proceso de familia en la República de El Salvador y los principios de un Derecho Procesal de Familia*, en KIELMANOVICH, Jorge y BENAVÍDEZ, Diego (comps.), *Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general*, EJC, San José de Costa Rica, 2008, p. 129.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

O dicho de otro modo, estos principios constituyen deberes jurídicos de contenido ético, que tienden a impedir que los involucrados lleven adelante actos contrarios al principio de moralidad.

Éstos deben ser vistos en consonancia con lo previsto en los artículos 9° y 10, pues la ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, esto es, aquel que contraría los fines del ordenamiento jurídico o el que excede los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. Y pueden ser específicamente extraídos del artículo 34, inciso 5.d, del Código ritual, en tanto entre los poderes acordados a los jueces, se incluye el deber de "prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe".

Existen dos clases de actitudes procesales reñidas con la vigencia de aquellos deberes. Una de ellas es la del litigante que deduce pretensiones o defensas cuya falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad, y la otra es la del litigante que opone injustificada resistencia a la marcha del proceso, mediante la realización de actos tendientes a obstruir o dilatar su curso normal, tales como la promoción de incidentes o la deducción de recursos manifiestamente inadmisibles[28].

Ahora bien, en los procesos de familia se produce una acentuación de estos principios como un deber no sólo de las partes, sino también de sus letrados, evitando, de ese modo, la utilización de prácticas obstruccionistas.

Ello es así, pues el abogado no debe defender de cualquier manera, sino valiéndose de los medios que el Derecho le proporciona. En esta materia, el letrado no es abogado del caso, sino de la persona; por eso, aunque defiende a una parte, debe encarar el problema desde el punto de vista de la comunidad familiar[29]. Esta pauta permite al juez interpretar conductas familiares y extraer argumentos válidos de las actitudes de las personas involucradas.

De estos principios también podemos extraer la necesaria valoración de la conducta procesal de las partes en el litigio, pudiendo también evaluarse el desempeño de los involucrados en sus roles familiares.

[28] PALACIO, Lino, *Manual de Derecho Procesal Civil*, 17ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 232.

[29] KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Principios procesales* cit., p. 12.

III.7) *La especialización y el apoyo multidisciplinario*[30]

El Código regula aquí la especialidad del fuero de familia y la consecuente necesidad de que los tribunales estén conformados con un equipo multidisciplinario. Lo que sucede es que el Derecho no alcanza como única disciplina para dar respuestas acordes a la problemática familiar.

Se recepta también aquí la postura expuesta en las *100 Reglas de Brasilia*, con relación a la necesidad de que se adopten medidas destinadas a la especialización de los profesionales, operadores y servidores del sistema judicial para la atención de las personas en condición de vulnerabilidad y la conveniencia de la atribución de los asuntos a órganos especializados del sistema judicial.

De esta manera, se establece la cooperación *multidisciplinaria* a fin de solucionar o prevenir el agravamiento o la extensión del conflicto mediante la intervención de asistentes sociales y psicólogos adscriptos al tribunal[31].

Así, se ha sostenido[32] que en esta materia parece insoslayable un trabajo colectivo y multidisciplinario, de manera de tomar contacto con los conocimientos que ofrece la psicología, el psicoanálisis, la sociología, la antropología, la etnología y los estudios sistémicos familiares, entre otros. Ahora bien, el trabajo o enfoque multidisciplinario no resulta satisfecho con la actuación individual y aislada de varios profesionales, sino que, por el contrario, su participación debe ser conjunta o mancomunada.

[30] Puede ahondarse en MURGA, María Eleonora, *Anteproyecto de creación de los Juzgados de Familia para la Provincia de Entre Ríos. Lineamientos y propuestas a la luz del análisis comparativo de otras legislaciones sobre la materia*, en *Revista de doctrina y jurisprudencia Delta*, t. 95, p. 1237; RAUEK DE YANZÓN, Inés B., *La capacitación de los jueces de familia y minoridad. Relato de una experiencia concreta*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2002-2, *Derecho Procesal de Familia – II*, ps. 12 y ss.; VILLAVERDE, María Silvia, *Los equipos técnicos en el proceso de familia de la Provincia de Buenos Aires*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2002-1, *Derecho Procesal de Familia – I*, ps. 265/287; entre otros.

[31] KIELMANOVICH, Jorge L., *Los principios del proceso de familia*, en J. A. 2005-III-1028.

[32] MIZRAHI, Mauricio L., *Familia, matrimonio y divorcio*, Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 161.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

La especialidad significa que, a los conocimientos específicos de Derecho y a las calidades personales, se debe sumar la conciencia de la necesidad de actuar en forma coordinada con otros profesionales y requerir su auxilio y orientación todas las veces que sea necesario[33].

En ese sentido, y como una de las consecuencias de la especialización en el abordaje de los conflictos derivados de las relaciones de familia, la ley 26.589, que instaura el procedimiento de *mediación prejudicial obligatoria*, regula de manera diferenciada la mediación familiar (art. 31) y prevé la necesaria capacitación específica de los mediadores de familia (art. 33). A mayor abundamiento, el decreto 1467/2011, reglamentario de la citada ley, requiere que quienes pretendan su inscripción en el Registro de Mediadores Familiares acrediten una mayor formación en la materia (art. 27).

A modo ilustrativo de la necesaria *especialidad* en la respuesta institucional frente a la compleja problemática familiar, algunas jurisdicciones provinciales han previsto la figura del *Consejero de Familia*[34].

En la Provincia de Buenos Aires, el legislador ha intentado que los tribunales especializados cumplan un rol activo en la ayuda familiar, apartándose, de esa manera, del modelo tradicional de proceso civil, para trabajar en las verdaderas necesidades de quienes recurren a la justicia. De ahí que, en este ámbito local, el consejero de familia[35] deba conocer a los miembros de la familia y brindarles asesoramiento y orientación.

En suma, el principio de especialización exige el conocimiento sustancial de la materia, la resolución del conflicto desde una mirada multidisciplinaria, y muy especialmente, el entrenamiento y la sensibilidad de todos los operadores del servicio de justicia a fin de atender conflictos de esta naturaleza.

[33] BERTOLDI DE FOURCADE y FERREYRA DE DE LA RÚA, *Régimen...* cit.

[34] VILLAVERDE, *Los equipos técnicos en el proceso de familia de la Provincia de Buenos Aires* cit., ps. 265/87, y MIGHETTI, Carlos M., *El rol del consejero de familia en la "etapa previa" del proceso de familia de la ley 11.453 de la Provincia de Buenos Aires*, en Supl. J. A. del 7-8-2004.

[35] Como su nombre lo indica, es el que "aconseja" a las partes tratando de arribar a un acuerdo que resulte favorable a todos. Su función primordial es intentar conciliar las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el interés familiar y/o del niño. La finalidad de esta etapa previa es llegar a una conciliación que evite la contienda judicial.

III.8) *El interés superior del niño*[36]

En último lugar, se recuerda un principio que está presente en toda la regulación del Código: el interés superior del niño. Si bien se ha referido a este principio en tantísimas oportunidades, cabe destacar que éste tampoco puede estar ausente en el plano procedimental; por ello también se lo reitera en este último Título VIII con el cual se cierra el Libro Segundo dedicado a las *Relaciones de familia*.

El Código promueve el interés superior del niño, de modo que signifique *la plena satisfacción de sus derechos*. Así, se incorpora como principio rector y se convierte en pauta interpretativa y módulo de valoración de las normas aplicables, sean de índole sustancial o formal, debiendo estar presente en el primer lugar de toda decisión que afecte al niño[37].

Ahora bien, a nivel procesal, este principio se conjuga aquí con el derecho a la participación del niño o adolescente. De hecho, aquél debe ser escuchado personalmente por el juez en el proceso, con posibilidades de intervención, defensa y prueba en igualdad de oportunidades respecto de los demás involucrados. Esta participación implica que, sin perjuicio del sistema de la representación legal, necesaria y promiscua, se incluya al niño en la toma de decisiones, permitiéndole intervenir en las cuestiones que lo afecten.

Así, la persona menor de edad tiene el derecho a tomar la iniciativa para "hacerse escuchar", y el derecho a *ser parte* en función de su desarrollo, esto es, reconocerle legitimación activa, ofrecer prueba, etcétera.

La indeterminación del concepto se reduce si se toma en cuenta lo establecido en el artículo 3° de la ley 26.061, en cuanto expresa

[36] Puede verse LLOVERAS, Nora, *El interés superior del niño. Visión jurisprudencial y aportes doctrinarios*, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2009; RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El interés del menor*, Dykinson, Madrid, 2000, entre otros.

[37] GUAHNON, Silvia V., *Medidas cautelares en el Derecho de Familia*, 2ª ed., La Rocca, Buenos Aires, 2011, p. 38.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que por interés superior ha de entenderse la máxima satisfacción integral y simultánea de los derechos y garantías del niño, niña o adolescente. Considerando también especialmente que como pauta de decisión, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las personas menores de edad frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los de los primeros.

IV) Significado de la reforma

El Código, una vez más, explicita los principios sobre los cuales se edifica un título que es de suma relevancia como lo es el relativo a los "Procesos de Familia".

De esta manera, se continúa y amplía la senda seguida por el Anteproyecto de Código Civil del año 1998, que iniciaba el camino de establecer principios de índole procesal en la legislación de fondo, impidiendo de ese modo que las regulaciones provinciales pudieran atentar contra los derechos fundamentales que aquí se amparan.

Así, se reafirma que la reiterada *constitucionalización del Derecho Privado* no sólo involucra a las cuestiones de fondo sino también a las procedimentales, las cuales lo es con mayor ímpetu cuando se trata de relaciones de familia ya que en este campo, el proceso, el tiempo, el modo y las diferentes miradas dan cuenta dè la complejidad de los conflictos de familia.

Por la importancia de la materia, se asegura en la legislación de fondo el dictado de ciertos principios procesales que tiendan a evitar la frustración de los derechos aquí amparados. De ahí que esta norma enumere los principios generales a los que deberán sujetarse los procesos de familia, sin perjuicio de los que deriven de los ordenamientos adjetivos provinciales y de leyes especiales que rigen algunos procesos en particular.

Estos principios rectores surgen a la luz del Derecho Procesal Constitucional de Familia, y se encuentran al servicio del Derecho sustancial aplicable, sirviendo como pautas orientadoras para el cumplimiento de las garantías que derivan del reiterado "bloque de constitucionalidad federal".

Art. 707 ***Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes.*** **Las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.**

I) Resumen

Esta disposición posee dos beneficiarios: las personas mayores con capacidad restringida y los niños, niñas y adolescentes, por considerarlos a ambos, personas especialmente vulnerables, a tal punto que cada uno de ellos cuenta con su respectivo instrumento internacional de derechos humanos que los reconoce, revaloriza y protege de manera especial. El derecho a ser oído lo es siempre y en todo proceso que los afecte directamente, destacándose que la opinión que se recabe debe ser valorada según el "grado de discernimiento" y el proceso o entidad del conflicto de que se trate. Esta noción de "grado de discernimiento" introduce la dimensión del desarrollo evolutivo del niño en el ejercicio *directo* de sus derechos; como así el grado de discernimiento de conformidad con el reconocimiento de la capacidad gradual que recepta el Código.

II) Concordancias

Personas incapaces de ejercicio (art. 24); ejercicio de los derechos por la persona menor de edad (art. 26); reglas generales para las restricciones a la capacidad (art. 31); persona con capacidad restringida y con incapacidad (art. 32); alcances de la sentencia (art. 38); sistemas de apoyo al ejercicio de la capacidad (art. 43); sujetos del procedimiento que concluye con la declaración judicial de la situación de adoptabilidad (art. 608); reglas del procedimiento de adopción (art. 617, inc. b); principios generales de la responsabilidad parental (art. 639); actuación de los menores de edad en procesos judiciales (arts. 677 a 680); juez competente en procesos relativos a niños, niñas y adolescentes (art. 716); derecho aplicable a la capacidad y personas incapaces (arts. 2615, 2616 y 2617). Convención sobre los Derechos

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

del Niño, autonomía progresiva y respeto de las opiniones del niño (arts. 5° y 12). Ley 26.061, derecho del niño a ser oído y garantías mínimas del procedimiento (arts. 2°, 19, inc. c, 24 y 27). Ley 26.378, propósito, principios generales y acceso a la justicia (arts. 1°, 3° y 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad). Ley 26.657, derechos y garantías que el Estado reconoce a las personas con padecimiento mental (arts. 1°, 2°, 7° y concs.).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los adultos mayores con capacidad restringida*

La ley 26.378 incorpora a nuestro Derecho positivo la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su protocolo facultativo.

La discapacidad es un fenómeno complejo integrado por la incapacidad y la limitación social. Con mayor precisión, la aludida Convención definió a la incapacidad como un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones (Preámbulo, inc. e).

Además, la norma convencional dispone en su artículo 13 que los Estados partes asegurarán que las personas con discapacidad "tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás[38], incluso mediante ajustes de procedimiento".

Paralelamente, las 100 Reglas de Brasilia para el Acceso a la Justicia de las personas vulnerables advierten que puede constituir una causa de vulnerabilidad el envejecimiento, cuando la persona adulta mayor encuentre especiales dificultades, atendiendo a sus capacidades funcionales, para ejercitar sus derechos ante el sistema de justicia.

Sin embargo, la noción de "adultos mayores con capacidad restringida" resulta omnicomprensiva de varios destinatarios, pues refiere

[38] Puede ahondarse en BIRGIN, Haydée y KOHEN, Beatriz (comps.), *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*, 1ª ed., Biblos, Buenos Aires, 2006.

no sólo a los derechos de la "ancianidad", sino que también incluye a las personas con padecimiento mental[39].

Así, la ley 26.657 adecuó la legislación nacional a los principios y tratados internacionales de derechos humanos que nuestro país ha suscripto; e introdujo al código derogado el artículo 152 ter que disponía que "las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la autonomía personal sea la menor posible".

El Código, al regular estas pautas rectoras, procura un modelo de justicia "integrador", especialmente abierto para con los vulnerables y desfavorecidos, y en definitiva, pretende incorporar esta óptica de los derechos humanos al plano infraconstitucional.

De hecho, al establecer las reglas aplicables a las restricciones a la capacidad, se dispone que la persona tiene derecho a participar en el proceso judicial con asistencia letrada, que debe ser proporcionada por el Estado si carece de medios (art. 31, inc. e).

Según los principios internacionales sobre derechos humanos, para considerar que una persona afectada en su salud mental está gozando efectivamente del derecho de defensa[40], deben respetarse algunas manifestaciones concretas, como: a) el derecho a la igualdad y no discriminación en el acceso a la justicia; b) el derecho a contar con un defensor técnico idóneo y gratuito desde el inicio del proceso; c) el derecho al reconocimiento de la capacidad legal y de la autonomía de la voluntad de la persona; d) el derecho a recurrir las decisiones judiciales; e) el derecho a tener audiencias personales con el juez; f) el derecho a ser debidamente informado, a ser oído y a participar por sí mismo en el proceso, y g) el derecho al plazo razonable.

Concretamente, el derecho a ser oído consiste en la posibilidad de la persona de participar en el proceso, de asistir en persona al juzgado

[39] Véase por todos FAMÁ, María Victoria; HERRERA, Marisa y PAGANO, Luz María, *Salud mental en el Derecho de Familia*, Hammurabi, Buenos Aires, 2008, y KRAUT, Alfredo J., *Salud mental. Tutela jurídica*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006.

[40] Véase AMENDOLARO-LAUFER CABRERA, *El derecho de defensa y el acceso a la justicia de las personas usuarias de los servicios de salud mental*, en *Derechos humanos en Argentina*, Informe 2009.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

o tribunal, de efectuar por sí las peticiones que correspondan y de presentar pruebas y dictámenes médicos independientes sobre su salud mental. Además, involucra el derecho a ser debidamente informado desde el inicio sobre los fines y características del proceso al que está siendo sometido y acerca de las garantías de las que goza durante su tramitación y las formas de hacerlas efectivas.

III.2) *Los niños y adolescentes y su derecho a ser oídos*[41]

En primer lugar, una precisión terminológica: no basta con *oír* al niño o adolescente en la entrevista, sino que es preciso *escucharlo*, entendida la escucha como una acción compleja que encierra muchas otras: observar, saber preguntar y distinguir lo manifiesto de lo latente. Ello posibilita que dé su opinión sobre los conflictos que lo afectan. Nótese también que escuchar su palabra es reconocerlo como sujeto de derechos y no como un objeto de protección. Y esta óptica permite observarlo de un modo no subalterno y no cualitativamente inferior a los adultos.

Además, el derecho a ser oído se encuentra enmarcado en uno más amplio que es su derecho a participar, entendiéndose esto como el deber de tener en cuenta su opinión al momento de la decisión, es decir, su *voluntad real*. El derecho a la participación implica que, sin perjuicio del sistema de la representación legal, necesaria y promiscua, se incluya al niño en la toma de decisiones, permitiéndole intervenir en las cuestiones que lo afectan[42].

Al mentado derecho debe añadírsele el derecho a ser informado, porque es ineludible y complementario de aquél. Dicho de otro modo,

[41] Puede consultarse LLOVERAS, Nora (dir.) y BONZANO, María de los Ángeles (coord.), *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, Alveroni, Córdoba, 2010; GUAHNON, Silvia, *El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en un proceso de familia*, en L. L. 2004-I-826, y LUDUEÑA, Liliana G., *Derecho del niño a ser oído. Intervención procesal del menor*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2002-2, *Derecho Procesal de Familia – II*, p. 162, y GUAHNON, Silvia, *El debido proceso y la concreción del derecho del menor a ser oído en un proceso de familia*, en J. A. 2004-1-14, y CARRANZA CASARES, Carlos A., *La participación de los niños en los procesos de familia*, en L. L. 1997-C-1384.

[42] SOLARI, Néstor E., *El derecho a la participación del niño en la ley 26.061. Su incidencia en el proceso judicial*, en L. L. del 29-11-2005.

para que el niño o adolescente pueda expresarse debe antes habérsele dicho dónde está, por qué está, cuál es la finalidad de su presencia, qué derechos le asisten.

Con anterioridad a la sanción del Código, existían algunas discrepancias con relación a si la escucha debía ser *personal*, pues algunas voces autorales entendían que el derecho del niño se veía satisfecho aunque no fuese oído directamente por el juez.

A modo ilustrativo de los mecanismos de negación del menor de edad, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que no era un imperativo la consulta directa de la voluntad del menor, señalando que del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se desprende que el derecho a ser oído puede satisfacerse en forma directa o por medio de un representante u órgano apropiado, condición que quedaría cumplida con la intervención del asesor de menores o algún miembro del equipo interdisciplinario[43].

Actualmente, el Código termina con la divergencia de opiniones, y recepta la tesis amplia; esto es, que el niño debe ser siempre escuchado *en forma personal* por el juez; sin perjuicio de que esté representado. En caso contrario, bastaría la intervención de sus representantes para que el niño no sea oído, y ello no se condice con las normas internacionales de derechos humanos. Al ser un derecho de carácter personalísimo del niño, no puede ser suplido con la intervención de sus representantes legales o promiscuos.

A más, una cosa es el derecho del niño a ser oído y otra muy distinta es el derecho de estar representado. En definitiva, la trascendencia de las decisiones sobre el destino del niño es tal que la ley exige que quien vaya a resolver sobre él, lo conozca sin importar su edad; pues los niños no sólo se expresan mediante un lenguaje oral o verbal, sino también gestual e, incluso, mediante otros medios o formas de comunicación.

Ahora bien, es menester distinguir dos tipos de procesos: aquellos procesos de familia en los que el niño *no es parte*, pero está implicado directa o indirectamente (v. gr.: divorcio), y aquellos otros que pueden plantearse cuando el niño o adolescente pretenda tomar decisiones

[43] CSJN, L. L. 1996-A-259; CNCiv., sala I, L. L. 1999-D-150.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

en el marco del ejercicio de sus derechos fundamentales. Si bien el derecho a ser oído en *todos* los procesos judiciales ha sido reconocido en el bloque de constitucionalidad federal, éste se estructura en función de distintos niveles que resultan progresivamente obligatorios para el juez.

El judicante siempre posee el deber insoslayable de escuchar al menor de edad. Sin embargo, su opinión será valorada de acuerdo al proceso en el cual sea requerida. Así, en algunos procesos será apreciada juntamente con el resto de la prueba; mientras que será fundamental en aquellos donde reclame sus derechos ante los tribunales (v. gr.: decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo, ver art. 26).

En suma, la participación de la persona menor de edad en el proceso posee dos limitaciones. En primer lugar, su *calidad de parte* resulta exigible una vez alcanzado cierto grado de madurez y desarrollo, lo que será evaluado por quien deba resolver el caso (limitación subjetiva).

Cabe traer a colación la pauta prevista en el artículo 639, inciso b, pues el Código traza allí una "curva" ascendente en función de dos ejes: la madurez del niño y la necesidad de decidir de conformidad con sus deseos y opiniones. Así, a mayor discernimiento, mayor "peso" tendrá su opinión a la hora de delimitar o definir su interés superior.

Y por otro lado, una limitación objetiva, referida al tipo de proceso. Es decir, su participación estará relacionada con la afección *directa* e *inmediata* de sus intereses, o el caso de intereses contrapuestos entre el niño y sus representantes. Pero será menor si se encuentran adecuadamente representados.

III.2.A) *¿A qué edad debe escucharse al niño?*

Siempre, a cualquier edad. El niño se comunica por distintos medios de acuerdo a su edad, por ejemplo, en su contacto con sus progenitores y con terceros cuando es muy chico; mediante dibujos y garabatos cuando crece y más adelante, a través de palabras, gestos y conductas.

Algunos autores deducían que la edad desde la cual pueden ser citados los niños, se encuentra entre los cinco y los catorce años de

edad. En ese sentido, la psicoanalista Françoise Dolto precisó que desde los ocho años todo niño debería poder comunicarse con el juez, tantas veces como lo deseara[44].

Entonces, sea cual fuere su edad, será indispensable verlo porque constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de los informes.

No obstante los límites etarios mencionados, la doctrina[45] es coincidente en cuanto a la inconveniencia de fijar parámetros cronológicos, más bien debe evaluarse en cada caso concreto si el niño puede formarse un juicio propio.

Así, el Código, en consonancia con lo previsto en la CDN, no establece ninguna edad mínima para que el niño sea escuchado.

III.3) *Valoración de las expresiones de los beneficiarios de la norma*

Entonces, una cosa es el derecho de los sujetos menores de edad o mayores con capacidad restringida de ser escuchados personalmente por el juez, y en general, su derecho a participar en el proceso, y otra distinta es la valoración que el magistrado haga de sus expresiones. Éstas serán valoradas de acuerdo al proceso en el cual sean requeridas y su grado de discernimiento.

La escucha no debe confundirse con la aceptación incondicional de sus deseos, su opinión no conforma la decisión misma. Será el juez, quien –teniendo en cuenta su interés superior– resolverá sopesando la información recogida directamente como un dato más de la realidad que lo circunda, para ser evaluada junto con el material probatorio allegado a la causa.

En el supuesto de sujetos menores de edad, cabe aclarar que oírlos no significa que ellos sean quienes decidan el conflicto. Simplemente aportan su mirada, su opinión particular de la contienda, o expresan sus necesidades, ideas o apetencias conforme a la cuestión de que se trate.

En suma, el mejor interés del niño o adolescente no necesariamente

[44] DOLTO, Françoise, *Cuando los padres se separan*, Paidós, Barcelona, 1989, p. 121.

[45] Ver MIZRAHI, *Familia, matrimonio y divorcio* cit., 2006, p. 476.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

es sinónimo de lo que éste exprese o desee. Es sabido que no siempre lo que ellos consideran que es lo mejor para sí, se condice con su "interés superior" entendido como la satisfacción de la mayor cantidad de derechos.

En general, mayor será la valoración de sus expresiones en aquellos procesos en donde exista una afección *directa* e *inmediata* de los intereses de los menores de edad o mayores con capacidad restringida.

Además, a mayor complejidad del caso, mayor será el grado de madurez exigida, y a mayor discernimiento, mayor "peso" tendrán sus opiniones.

IV) Significado de la reforma

Esta norma –como tantas otras de este Código– exige que se escuche al niño, adolescente o persona con capacidad restringida a fin de recabar su opinión, de acuerdo a su grado de discernimiento, parámetro, este último, que reafirma la dimensión del desarrollo evolutivo del niño, prevista en los artículos 32, 35 y 36 con relación a los últimos y el artículo 639 con respecto a los primeros, los niños y adolescentes.

Siguiéndose la corriente autoral mayoritaria y en consonancia con la obligada perspectiva constitucional-internacional, esta disposición no establece pautas cronológicas para cumplimentar aquella manda legal, pues los niños no sólo se expresan mediante un lenguaje oral o verbal, sino también gestual e, incluso, mediante otros medios o formas de comunicación.

De esta manera, el Código pretende así borrar las barreras que impidan a las personas más vulnerables el *efectivo* acceso a la justicia.

Ahora bien, una cosa es la participación y otra distinta, la valoración de sus opiniones. El juez siempre debe escuchar *personalmente* a los menores de edad y mayores con capacidad restringida; pero sus expresiones serán valoradas de acuerdo al proceso en el cual sean requeridas y su grado de discernimiento.

Entonces, su participación será fundamental en los procesos donde se encuentren afectados directa e inmediatamente sus intereses, y en ellos, existirá una relación proporcional entre la valoración y el grado de madurez.

Así, a mayor complejidad del caso, mayor será el grado de madurez exigida, y a mayor discernimiento, mayor "peso" tendrá su opinión.

Art. 708 ***Acceso limitado al expediente.*** **El acceso al expediente en los procesos de familia está limitado a las partes, sus representantes y letrados y a los auxiliares designados en el proceso.**

En caso de que las actuaciones sean ofrecidas como prueba ante otro juzgado, se debe ordenar su remisión si la finalidad de la petición lo justifica y se garantiza su reserva.

I) Resumen

Esta norma procura mantener la reserva propia de las relaciones familiares, protegiendo la privacidad que gobierna los procesos de familia. La autoridad del órgano judicial, al remitir los obrados a otra dependencia o expedir las copias pertinentes, deberá tomar los recaudos necesarios a fin de prevenir que se vulnere el principio de reserva, velando, así, por el derecho a la intimidad de los involucrados en las actuaciones.

II) Concordancias

Reglas del procedimiento de adopción (art. 617, inc. d); principios generales aplicables a los procesos de familia (arts. 705 y 706), CPCCN, la reserva en la celebración de las audiencias (art. 125, inc. 1°); notificaciones bajo sobre cerrado (art. 139); supresión de los nombres en las sentencias de familia (art. 164). RJN, acceso limitado a los expedientes de familia (arts. 63 y 64, inc. b –Ac. CSJN 12/52–). Ley provincial 13.634 (modificada por 13.645), carácter reservado del trámite ante el fuero de familia (art. 4°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El principio de reserva*

El Código incorpora este principio a fin de proteger a los involu-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

crados en los procesos de familia, en lo que hace a determinados aspectos de sus vidas privadas, sustrayéndolos del conocimiento público.

Si bien los actos provenientes del órgano judicial deben ser públicos, la naturaleza de las cuestiones de familia impone el acceso limitado a los expedientes; pues en el trámite del proceso, las partes ventilan su intimidad, exponen y prueban conflictos de índole privada.

Justamente, se ha dicho que en los juzgados de familia, es donde las partes desnudan sus conflictos, manifiestan sus sentimientos, muestran sus pobrezas y expresan sus afectos y desencuentros, y el carácter reservado de las actuaciones se erige en un principio rector y de suma trascendencia. No olvidemos que el justiciable llega con su problema, para muchos el más íntimo y duro de su existencia, y se ve obligado a narrarlo[46].

Este principio halla su fundamento en varias normas del bloque de constitucionalidad federal (ej.: derecho a la intimidad y protección a las acciones privadas de los hombres –arts. 18 y 19, CN, y art. 16, CDN–).

Además del citado artículo 16, el artículo 40.2, b, vii), exige que al niño *se le respete plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento*. Si bien esta última disposición alude a la sede penal, a juicio del Comité de los Derechos del Niño, esta disposición debería aplicarse también en los procesos relativos al Derecho de Familia y cuando el niño es víctima de abusos[47].

En aplicación de esta norma, la autoridad del órgano judicial donde se encuentren radicadas las actuaciones es responsable de garantizar la privacidad de las partes en el proceso de familia, aun en el supuesto de su remisión a otra dependencia jurisdiccional, debiendo, en su caso, ordenar el envío siempre que se dé cabal cumplimiento al principio de marras y tomar los recaudos necesarios para que así sea.

[46] CABRERA DE DRI, Elsa A., *Sobre el carácter reservado de las actuaciones procesales en los juicios de familia*, en *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la problemática de la niñez, adolescencia y el grupo familiar*, N° 4, Delta Editora, Paraná, 1997.

[47] HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, ed. española enteramente revisada, Unicef, diciembre de 2004 (versión original: *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, fully revised edition, junio de 2002), p. 231.

En particular, en los procesos de adopción, esta manda legal debe ser observada en conjunto con el artículo 617, inciso d, que prevé expresamente que las audiencias son privadas y el expediente reservado.

Paralelamente, en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, el artículo 4° de la ley 13.634, con las modificaciones de la ley 13.645, dispone que *todo trámite ante el fuero de familia tendrá carácter reservado, salvo para el niño, representantes legales o guardadores de hecho.*

Así las cosas, se ha dicho[48] que la limitación al acceso no es sólo con relación a la posibilidad de ver el expediente, sino que también se refiere a la obligación de no difundir públicamente las cuestiones que se ventilan en estos procesos y que pesa, en primer lugar, sobre los miembros de los juzgados o tribunales de familia y, en segundo lugar, incluye a los letrados patrocinantes o apoderados de las partes –en su carácter de auxiliares de la justicia– como así también a las partes mismas.

III.2) *Su recepción en las normas adjetivas*

Existen distintas normas en el Código ritual que receptan este principio. De ahí que éste no se agota con la limitación de acceso al expediente, sino que se manifiesta en la celebración de las audiencias en forma reservada (art. 125, inc. 1°, CPCCN); en las notificaciones del traslado de la demanda en asuntos de familia bajo sobre cerrado (art. 139, CPCCN); en la supresión de los nombres de las partes –es sabido que sólo se consignan las iniciales– en las sentencias publicadas en medios científicos (art. 164, CPCCN).

Además de las previsiones del Código Procesal, cabe reseñar lo previsto en los artículos 63 y 64, inciso b, del Reglamento para la Justicia Nacional, aprobado mediante acordada del máximo tribunal federal 12/1952.

Así, la última de las normas citadas exceptúa del público examen de los expedientes que autoriza el artículo 63, incisos b, y c, a los

[48] GUAHNON, Silvia V., *Procesos de familia en el Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Disposiciones generales*, en MJ-DOC-5948-AR, MJD5948.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

abogados, escribanos, procuradores o periodistas, a las actuaciones por donde tramiten cuestiones de Derecho de Familia y a aquellas cuya reserva se ordene especialmente.

IV) Significado de la reforma

Esta norma consagra e incluye explícitamente el principio de reserva de las actuaciones en donde tramitan conflictos familiares, y se alinea así con las previsiones existentes en las normas adjetivas.

De este modo, las autoridades judiciales deberán velar para evitar toda publicidad no deseada de los datos de carácter personal de los sujetos involucrados en la causa.

En suma, este principio plantea que todos los procesos de familia se lleven a cabo en forma reservada, por oposición a la publicidad que gobierna los procedimientos judiciales comunes.

Art. 709 ***Principio de oficiosidad.*** **En los procesos de familia el impulso procesal está a cargo del juez, quien puede ordenar pruebas oficiosamente.**

El impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

I) Resumen

El juez de familia es un verdadero director del proceso con amplios poderes de impulso y de prueba. Así, el Código le impone el deber de impulsar el procedimiento, y le reconoce una actividad investigativa autónoma, en virtud de la cual se lo faculta para ordenar pruebas de oficio. Si bien las partes aportan la base fáctica en sus postulaciones, y detentan la iniciativa probatoria, esta actividad es compartida con el juez. Esta circunstancia incide en otros aspectos del proceso, pues indirectamente se flexibiliza el principio de congruencia. Esta regla se aplica a los litigios de familia donde se ventilan cuestiones personales, pero no en aquellos exclusivamente patrimoniales.

II) Concordancias

Prueba genética en los juicios de filiación (art. 579); inicio del juicio de adopción (art. 616); otorgamiento de oficio del cuidado compartido del hijo (art. 651); principios generales de los procesos de familia (art. 706); principios relativos a la prueba (art. 710). CPCCN, impulso de oficio cuando existen fondos inactivos de menores e incapaces (art. 36, inc. 5°). Ley 26.485, facultades para impulsar y ordenar el proceso (art. 30).

III) Interpretación de la norma

III.1) *El juez como director del proceso*

Couture expresaba que debía confiarse al juez, antes que a cualquier otro, el poder de dirección del proceso, que no es un poder discrecional sino uno ordenador que debe ejercerse de acuerdo con la ley y es precisamente el juez quien procurará que la jurisdicción se cumpla en los términos previstos en la Constitución. El magistrado, de tal modo, participa del proceso desde el día mismo de su promoción y no tiene más poderes que los que la ley le señale, pero tampoco tiene menos[49].

Por ello, se ha apuntado[50] que si bien se pregona un mayor activismo de los jueces en todo tipo de proceso, el juez de familia en forma acentuada no debe ser un mero observador neutral, sino que *su papel debe ser activo*, instalándose con su imperio en medio de la familia en crisis, apoyándola, poniéndole límites y entrenándola en el proceso de organización o reorganización en que se encuentre.

De esta manera, el proceso de familia, una vez iniciado, debe continuar sin necesidad de petición de parte.

Por la propia naturaleza del problema, *es menester que el juez pueda ordenar el procedimiento, adecuándolo, instando el trámite*,

[49] MORELLO, Augusto M. y otros, *La eficacia del proceso*, Hammurabi, Buenos Aires, 2001, p. 181.

[50] CÁRDENAS, Eduardo J., *Crisis familiares: un modelo experimentado de abordaje ecológico y transdisciplinario en un Juzgado de Familia de la Ciudad de Buenos Aires*, en L. L. 1991-E-1368.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

pues de ello derivará también una más acabada comprensión del conflicto sometido a decisión[51].

La puesta en marcha del proceso jurisdiccional corresponde a las partes (impulso inicial) ya que éste se activa ante el requerimiento efectuado por el actor que interpone la demanda. Admitida formalmente la pretensión, *el impulso será de oficio y por tanto el trámite continuará a instancias del órgano jurisdiccional, en búsqueda de la finalización del proceso*. Esto significa que no es necesario que las partes deban volver a impulsarlo, salvo en situaciones especiales[52].

III.2) *Oficiosidad o "publicización" del proceso*[53]

Es sabido que el principio dispositivo implica la iniciación, el impulso, la disposición del proceso por las partes y la delimitación del *thema decidendum,* esto es, la conformación de los hechos que habrán de ser materia de prueba.

El moderno proceso civil dispositivo se caracteriza, en lo esencial, por una serie de reglas, principios o manifestaciones que constituyen una *funcional adaptación instrumental del mismo al carácter a su vez disponible del derecho material o sustancial que constituye su objeto*, en ausencia de las cuales o por lo menos, de sus esenciales notas, cabe hablar, de un proceso absolutamente o predominantemente inquisitivo o, cuando menos, de una *publicización* de los procedimientos judiciales civiles[54].

En rigor, el principio de demanda privada supone que el juez no puede disponer de oficio su iniciación sino que debe hacerlo la parte que cuenta con legitimación para ello (art. 2°, ley 27).

[51] KEMELMAJER DE CARLUCCI, *Principios procesales* cit., p. 11.

[52] BERTOLDI DE FOURCADE y FERREYRA DE DE LA RÚA, *Régimen procesal del fuero de familia* cit., ps. 34 y 35.

[53] ESPINOSA CAIRO, Y. y RODRÍGUEZ PÉREZ, *La iniciativa de instrucción del juez de familia: ¿un nuevo modelo de juez inquisitivo?*, en KIELMANOVICH y BENAVÍDEZ (comps.), *Derecho Procesal de Familia. Tras las premisas de su teoría general* cit., p. 89.

[54] Véase KIELMANOVICH, Jorge L., *El principio de publicización de los procedimientos de familia*, en J. A. 2004-IV-1233.

Sin embargo, en los procesos donde se ventilan conflictos familiares, aquel principio se ve atenuado o limitado.

Recuérdese que este Código prevé expresamente la actividad oficiosa del juez en cuanto al decreto de las pruebas biológicas (art. 579); en la adopción, proceso que incluso puede "iniciar de oficio" (art. 616), y la posibilidad de que promueva lo que corresponda cuando tenga noticia de un hecho que motive la apertura de una tutela (art. 111); entre otros.

En suma, esto se traduce en lo que para Morello[55] es un "nuevo modelo de justicia" para esta clase de conflictos, que es *la justicia de colaboración o acompañamiento*, en la cual el juez, sin claudicar el principio de imparcialidad, se coloca cerca de las partes, adentrándose en el conflicto para orientarlas, buscando soluciones no traumáticas que contemplen los distintos intereses en juego.

Esta circunstancia incide en otros aspectos del proceso de familia, pues indirectamente se flexibiliza el *principio de congruencia*, entendido como el deber del juez de someter su decisión a las concretas pretensiones, peticiones y defensas de las partes.

Resta advertir que este principio no resultará aplicable a los procesos de familia de corte netamente patrimonial, en donde las partes sean capaces.

IV) Significado de la reforma

El Código regula aquí el papel del juez, de manera activa y dinámica, en beneficio de los integrantes de la familia en crisis.

Esta óptica sigue la senda trazada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación[56], que sostuvo que resulta totalmente desvirtuada la misión específica de los tribunales especializados en temas de familia si éstos se limitan a decidir problemas humanos mediante la aplicación de una suerte de fórmulas o modelos prefijados, desentendiéndose de las circunstancias del caso que la ley les manda concretamente valorar.

Lo que sucede es que el magistrado debe dictar una sentencia justa.

[55] MORELLO, Augusto M., *Un nuevo modelo de justicia*, en L. L. 1986-C-800.

[56] CSJN, *Fallos*: 323:91 y 328:2870, entre otros.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

De ahí que el Código haga hincapié en la figura de un juez instructor que interviene activamente en el proceso de familia para el esclarecimiento de la verdad de los hechos controvertidos.

A tal efecto, estas disposiciones le proporcionan al juez las herramientas o instrumentos procesales necesarios, con el fin de lograr *la verdad jurídico-objetiva en cada caso concreto.*

Art. 710 ***Principios relativos a la prueba.*** **Los procesos de familia se rigen por los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba. La carga de la prueba recae, finalmente, en quien está en mejores condiciones de probar.**

I) Resumen

En los procesos donde se ventilan conflictos de familia, el juez debe proceder con un criterio amplio y flexible en torno a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas. Consecuentemente, se produce el desplazamiento de la carga de la prueba y se atribuye el deber al sujeto que se encuentra en mejores condiciones para producirla.

II) Concordancias

Prueba genética en los juicios de filiación (art. 579); principios generales de los procesos de familia (art. 706); principio de oficiosidad (art. 709). CPCCN, pertinencia y admisibilidad de la prueba (art. 364); carga de la prueba (art. 377). Ley 26.485, principio de amplia libertad probatoria (art. 31).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Introducción*

Resulta importante señalar, en primer lugar, que las normas procesales resultan una facultad no delegada por las provincias, pero también que la *Corte Suprema de Justicia de la Nación*, en reiteradas oportunidades y con el objetivo de asegurar la debida protección, efectividad, vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales, legitimó

la inclusión de institutos procesales en leyes nacionales o Códigos de fondo (*Fallos*: 107:303; 138:157; 139:576 y 259; 141:254; 143:294; 162:376, entre otros).

Entre las normas procesales incorporadas, sin dudas, las de mayor trascendencia son las relativas a la incorporación del instituto de las cargas probatorias dinámicas en los artículos 710 y 1735.

Ha sido intención expresa de la Comisión de Reformas, redactar ambas normas orientadas a un mismo fin de justicia, pero con un texto no idéntico –lo que hubiera sido un despropósito–, *sino con una redacción realizada de conformidad con los particularismos* que se presentan en los litigios atinentes a cada ámbito (ora en los procesos de familia, ora en los procesos de responsabilidad civil)[57].

III.2) *El principio del "favor probationes"*

El principio del *favor probationes* supone que en caso de una duda objetiva y, especialmente, de dificultad probatoria –como acontece habitualmente en los procesos contenciosos de familia–, habrá de estarse por un criterio amplio y flexible en torno a la admisibilidad, conducencia y valoración de las pruebas, teniendo en consideración que los hechos llamados a constituirse en objeto de las mismas normalmente no suceden a la luz del día ni a la vista de terceros y se rodean, antes bien, de recaudos que deliberadamente apuntan a impedir su prueba o a tornarla muy dificultosa[58].

De esta manera, el principio bajo análisis logra flexibilizar las reglas sobre admisión y valoración de la prueba, y procura que el juez facilite la admisión de elementos probatorios a fin de compensar la aludida dificultad probatoria.

[57] No cabe aceptar, por lo tanto, la afirmación un tanto ligera de un autor cuando, a propósito de estas normas, sostiene que "llama la atención" las distintas redacciones de ambos artículos (PEYRANO, Jorge, *La doctrina de las cargas probatorias dinámicas en el Proyecto de Código*, en *Revista de Derecho Procesal*, Nº 2013-1, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 82).

[58] KIELMANOVICH, Jorge L., *Derecho Procesal de Familia*, 1ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2007, ps. 19/20. Del mismo autor, ver *El principio del "favor probationes"*, en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, Nº 10, LexisNexis, Buenos Aires, 1996, p. 75.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Ello es así, pues en materia de familia, muchos de los hechos que son objeto de prueba ocurren en la intimidad del hogar, o en lugares privados que dificultan su demostración, por lo que el juez habrá de estar por un criterio amplio y flexible respecto de la actividad probatoria.

A modo ilustrativo, se ha dicho[59] que, en situaciones dudosas, deberá preferirse la apertura a prueba de la causa, antes que su declaración como de puro derecho, pues la falta de demostración de los hechos puede ocasionar a las partes un gravamen de imposible reparación ulterior, mientras que aun la superflua actividad probatoria, en el peor de los casos, habría de incidir en la duración de los trámites.

Entonces, si la prueba no es notoriamente improcedente, correspondería recibirla, no obstante la valoración que de ella haga el juez al momento de dictar la sentencia.

En esa misma línea, el artículo 31 de la ley 26.485 prevé que regirá el principio de amplia libertad probatoria para acreditar los hechos denunciados, evaluándose las pruebas de acuerdo con el principio de la sana crítica.

III.3) *El "onus probandi"*

El Código Procesal dispone que la carga de la prueba incumbe a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga deber de conocer (cfr. art. 377, CPCCN).

En otras palabras, en el clásico proceso dispositivo, el aporte y la producción de pruebas es una carga procesal de las partes, que permiten generar en el juez la convicción de la existencia de los hechos alegados.

Así se advertía[60] que el que tiene en su poder la prueba de la verdad y se rehúsa a suministrarla a los jueces, *lo hace por su cuenta y riesgo. Como litigante, se es libre de entregar o no esas pruebas, como se es libre de comparecer o no a defenderse en el juicio o a absolver peticiones.*

[59] KIELMANOVICH, *El principio de publicización...* cit., p. 1233.

[60] COUTURE, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. II, p. 144.

Sólo sucede que si no lo hace, la ley supone que carece de razón y puede pasarse por las manifestaciones del adversario. Si las afirmaciones del contrario son falsas, él puede concurrir con su declaración o con sus documentos a desvirtuarlas; si no lo hace, lo menos que se puede suponer es que la verdad o los documentos no le favorecen.

Como acertadamente recordaba Palacio[61], el problema de la carga de la prueba surge, en rigor, frente a la ausencia de elementos de juicio susceptibles de fundar la convicción del juez sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados por las partes.

De allí la necesidad de ciertas reglas que le permitan establecer sobre cuál de las partes ha de recaer el perjuicio derivado de la ausencia de prueba. Ante la incertidumbre que tal circunstancia comporta, el juez dictará sentencia en contra de la parte que omitió probar pese a la regla que ponía tal actividad a su cargo.

Ahora bien, en los pleitos de familia prevalece un criterio amplio y no formalista para la admisión de hechos nuevos, nuevas pruebas y medidas para mejor proveer. Y si bien se impone el respeto al principio de contradicción, al intentar resolver conflictos familiares, el juez debe buscar la verdad real.

III.4) *El principio de las "cargas probatorias dinámicas"*[62]

El Código consagra en el último párrafo el principio de las cargas probatorias dinámicas. Según esta norma, la carga de la prueba va a recaer en aquella de las partes que esté en mejores condiciones fácticas de probar.

El tradicional esquema, por el cual quien afirmó un hecho tiene el deber de acreditarlo, se ve desdibujado en los procesos de familia donde, en virtud de la carga de colaboración en la producción de la prueba, el deber recae en cabeza de quien se halla en mejores condi-

[61] PALACIO, *Manual de Derecho Procesal* cit., p. 398.

[62] Puede verse LORENZETTI, Ricardo L., *Teoría general de distribución de la carga probatoria*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 13, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 61, y MORELLO, Augusto M., *Carga de probar: dos puntos clave*, en J. A. 1997-I-733; entre otros.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ciones de probar la plataforma fáctica en que se basa su reclamo, con prescindencia del rol que asuma en el proceso.

Es así que una parte no puede encerrarse en una cómoda negativa sistemática de los hechos alegados por la contraria para, de ese modo, dejar caer sobre sus hombros la totalidad del peso probatorio[63].

Ahora bien, el acierto no sólo reside en la introducción de este principio en los procesos de familia. Más aún, su regulación explícita permite que su aplicación en la resolución de un conflicto concreto no constituya una facultad del juez interviniente.

Con anterioridad a la sanción del Código, en caso de que el juez vaya a aplicar el régimen de las cargas probatorias dinámicas, se imponía que aquél lo comunicase a las partes para evitar la afectación de la defensa en juicio.

Con mayor precisión, se ha dicho[64] que, en ausencia de norma que establezca expresamente esta doctrina, la resolución del conflicto sobre las bases de la inversión de la prueba por aplicación de dicha teoría supondría violentar el derecho de defensa en juicio de quien no se encontraba sujeto a dicha carga, cohonestando de tal modo una suerte de emboscada procesal para una u otra parte.

IV) Significado de la reforma

Esta norma introduce un cambio trascendental en materia de procedimiento donde se ventilan conflictos de familia, al regular los principios de libertad, amplitud y flexibilidad de la prueba.

Asimismo, incluye la figura de las cargas probatorias dinámicas, provocando el desplazamiento de esta carga procesal al sujeto que se encuentra en mejores condiciones de producir la prueba.

La importancia de su regulación explícita reside en que concluye con la incertidumbre que, con anterioridad a la sanción del Código, provocaba la aplicación discrecional de esta doctrina, ante el desco-

[63] PEYRANO, Jorge W., *Carga de la prueba. Actualidad. Dos nuevos conceptos: el de imposición procesal y el de sujeción procesal*, en J. A. 1992-IV-744. Del mismo autor: *Doctrina de las cargas probatorias dinámicas*, en L. L. 1991-B-1034.

[64] KIELMANOVICH, Jorge L., *El proceso de familia en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, en L. L. del 31-7-2012.

nocimiento de la parte en cuyo perjuicio se esgrimía, llegando a afectar el principio constitucional de defensa en juicio.

Art. 711 *Testigos.* **Los parientes y allegados a las partes pueden ser ofrecidos como testigos.**
Sin embargo, según las circunstancias, el juez está facultado para no admitir la declaración de personas menores de edad, o de los parientes que se niegan a prestar declaración por motivos fundados.

I) Resumen

En los conflictos de familia puede advertirse, en muchas oportunidades, que los hechos suceden *entre cuatro paredes*, sin presencia de testigos o, en el mejor de los casos, con la sola presencia de parientes, allegados, vecinos o servicio doméstico. Así, esta norma termina con los distintos criterios existentes, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, acerca de la inaplicabilidad en los procesos de familia, de la exclusión prevista en el artículo 427, CPCCN y, en definitiva, deroga, en los conflictos de índole familiar, la calidad de "testigo excluido".

II) Concordancias

Principio de oficiosidad (art. 709); principios relativos a la prueba (art. 710). CPCCN, limitaciones a los medios de prueba (arts. 378 y 397); apreciación de la prueba (art. 386); procedencia de la prueba de testigos (art. 426); testigos excluidos (art. 427); idoneidad de los testigos (art. 456).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Los testigos excluidos en la ley adjetiva*

Palacio[65] clasificaba los testigos excluidos, según que la ley prohíba

[65] PALACIO, *Manual de Derecho Procesal* cit., ps. 476 y 477.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

que sean citados a declarar: a) en cualquier juicio; b) en contra o a favor de ciertas personas, o c) respecto de determinados actos.

A la segunda hipótesis se refiere el artículo 427, CPCCN[66], en tanto dispone que "no podrán ser ofrecidos como testigos *los consanguíneos o afines en línea directa, ni el cónyuge aunque estuviere separado legalmente*, salvo si se tratase de reconocimiento de firmas".

Las razones de la inadmisibilidad de las declaraciones residen en evitar la parcialidad, o por lo menos, la escasa convicción que ellas pueden generar; de modo que el testimonio aludido tendería a beneficiar al pariente. A más, de la conveniencia de preservar la solidaridad familiar.

En estos casos, el juez puede desestimar de oficio y sin sustanciación alguna el ofrecimiento de la prueba testimonial que no sea admisible.

III.2) *Admisibilidad de los testimonios de familiares y/o allegados*[67]

Con anterioridad a la sanción del Código existían distintos criterios acerca de la inaplicabilidad de la exclusión prevista por el artículo 427 del CPCCN, que fueron zanjados con esta disposición.

III.2.A) *Tesis mayoritaria. Inaplicabilidad de la exclusión*

Una *opinión mayoritaria entendía que no sería aplicable la exclusión citada*, pues, en materia de divorcio, el parentesco o afinidad que pudiera existir entre los testigos y las partes no es una circunstancia que permita descalificar sin más sus declaraciones[68]. Dicho de otro modo, no obsta a la imparcialidad de los testigos, el parentesco, la amistad íntima con las partes y la relación de dependencia, las cuales deben ser examinadas conforme a las reglas de la sana crítica, desde

[66] En igual sentido, se expide el artículo 425 del CPCCBA.

[67] Ver KIELMANOVICH, Jorge, *Los parientes como testigos en el juicio de divorcio*, en L. L. 1986-B-824.

[68] TSJ de La Rioja, Sala Civ., Com. y de Minas, 14-6-2007, "M., G. A. en P., C. L. c/M., G. A.", L. L. Gran Cuyo, 2008 (diciembre), 1048, con nota de Néstor Solari; CNCiv., sala I, 6-5-2004, "A. B., B. c/C. S., A. P.", D. J. del 10-11-2004, p. 810.

que las personas más allegadas son quienes tienen mejor conocimiento de esos hechos y constituyen testigos necesarios.

En pos de su admisión, se hace hincapié en el lugar donde ocurren los hechos. De ahí que los verificados en la esfera íntima de las personas, así, por ejemplo, en el seno de su hogar, pueden de ordinario dificultar su impresionabilidad y transmisibilidad dado que, por lo general, suceden fuera de la presencia de testigos o excepcionalmente frente a testigos comprendidos dentro de las *generales de la ley*, considerados como "sospechosos".

Siendo ello así, se aconseja una mayor flexibilidad o laxitud en la apreciación o valoración de la eficacia de declaraciones rendidas por testigos claramente aprehendidos dentro de las generales de la ley[69].

La judicatura entendía que quienes estaban en mejores condiciones de aportar información sobre el desarrollo de la vida en pareja eran los que compartían su intimidad, es decir, que de algún modo participaban de la vida en el interior del hogar, lo que ocurre con parientes que conviven, amigos y con empleados domésticos. Más aún, se sostuvo que eran los testigos más valiosos por el trato frecuente, y que ello no envolvía por sí sola una tacha para el declarante.

En definitiva, bajo este criterio los parientes o amigos íntimos son testigos eficaces; por ello, no puede prescindirse de ellos, pues en muchas oportunidades son los únicos; y si tuviéramos que extremar el rigor procesal, la mayoría de las veces no habría material testimonial inobjetable[70]. Por el contrario, difícil es que en los juicios de divorcio testimonien personas totalmente desconocidas de las partes.

III.2.B) *Tesis estricta. Absoluta aplicabilidad de la exclusión*

Por otro lado, existe una *tesis estricta* que estima que es de absoluta aplicabilidad la mentada exclusión. Así se ha dicho que si por error, el juzgado accedió a la declaración, el contenido de las respuestas debe ser ignorado. Más aún, no puede prescindirse de la aplicación de la norma aunque medie conformidad expresa o implícita de las partes.

[69] KIELMANOVICH, *Los principios del proceso de familia* cit., p. 1028.

[70] CNCiv., sala I, 6-5-2004, D. J. 2004-3-810.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Al indagar acerca del fundamento de la prohibición de que declaren como testigos de las partes sus consanguíneos o afines en línea directa, suele sostenerse que se debe a razones de orden público tendientes al mantenimiento de la cohesión familiar.

Sin embargo, esta argumentación ha sido descartada en algunos fallos, donde se invocaban cuestiones ligadas a la violencia doméstica, en el entendimiento de que la aludida cohesión familiar no sería excusa para impedir la prueba testimonial de los consanguíneos en línea recta, pues los hechos invocados serían reveladores de que la relación matrimonial ya estaría si no rota al menos deteriorada.

Así, se juzgó inatendible considerar la protección de la esfera de reserva o privacidad como fundamento de la prohibición de la declaración de los hijos en el divorcio de los padres. Ese ámbito reservado al grupo familiar o al matrimonio podrá en su caso mantenerse a resguardo respecto de terceros, pero no puede ser un medio de *sometimiento para la víctima de la violencia*[71].

III.3) *Valoración y amplitud de la norma*

Esta norma recepta la tesis mayoritaria, que entendía que la exclusión prevista en el artículo 427 del ordenamiento ritual resultaba inaplicable.

De este modo, la regla general será que los parientes y allegados a las partes son testigos eficaces y, en consonancia con lo previsto en el artículo 710, el Código amplía el margen probatorio en los procesos de familia, donde la naturaleza de las cuestiones a probar coadyuva a la escasez de testimonios.

Ahora bien, una cosa es la admisión de la prueba, y otra distinta es su valoración. En esta última tarea, el juzgador deberá analizar sus declaraciones y confrontarlas con lo que deponen otros testigos que refieren a los mismos hechos.

Los dichos de estos testigos deberán ser valorados conforme con las reglas de la sana crítica, para evitar que con el propósito de favorecer o perjudicar a alguna de las partes, los mismos alteren la verdad o la

[71] CNCiv., sala F, 20-11-2007, "Y., C. I. c/L., B. A. s/Divorcio art. 214, inc. 2°, CCiv.", inédito.

dimensión y gravedad de los hechos sobre los cuales son interrogados. Así, se ha expresado[72] que los jueces deberán analizar los dichos y descalificarlos, si de ellos resulta que tienden a favorecer a una de las partes, o bien si son sospechables de parcialidad.

Por otro lado, resta indagar acerca de la amplitud de los términos "parientes y allegados" que utiliza la norma; pues como ha advertido la doctrina[73], esta situación no debería dejarse librada a los distintos criterios que puedan sostener los diversos legisladores provinciales.

En atención al principio de *amplitud probatoria* que rige en los procesos de familia, y toda vez que esta disposición no distingue, deben entenderse comprendidos los testimonios de todos los parientes y allegados, sin perjuicio de la valoración que se haga de ellos.

III.4) *La no admisión de determinados testimonios*

La amplitud probatoria que introduce el Código no es absoluta. En lo que aquí interesa, se ve limitada por la excepción prevista en el segundo párrafo.

La norma prevé dos hipótesis distintas: a) que se trate de un testigo menor de edad, o b) de un pariente que se niegue a declarar por motivos fundados. Ambos supuestos facultan al juez, según las circunstancias, a no admitir sus declaraciones.

Esta excepción tiene sus razones. Se ha dicho[74] que la posibilidad irrestricta de citar a familiares a declarar como testigos –con el consecuente deber de decir la verdad– podría llegar a colocar, verbigracia, a un hijo en la situación de tener que declarar contra sus progenitores, o viceversa, con todo lo que ello implica (conflicto de lealtades, miedo al rechazo y demás), a lo que se agrega una posible exacerbación del conflicto familiar que, precisamente, se pretende dirimir y que quizá puede evitarse.

El bien jurídico tutelado es no obligar a los testigos a optar entre

[72] SOLARI, Néstor E., *Algunos aspectos sobre la admisibilidad del testimonio de parientes en el juicio de divorcio*, en L. L. Gran Cuyo, 2008 (diciembre), p. 1048.

[73] KIELMANOVICH, *El proceso de familia en el Proyecto...* cit.

[74] GUAHNON, Silvia V. y SELTZER, Martín, *La prueba de testigos en los procesos de familia. El artículo 711 del Proyecto de Código Civil y Comercial 2012*, en DFyP del 1-10-2012, p. 7.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

falsear la verdad o declarar en contra del hijo o progenitor; es decir, se protege a la persona que eventualmente se podría citar a declarar.

Justamente, la idea es que el testigo no se vea inmerso en un conflicto de lealtades con relación a las partes. Concretamente, se intenta procurar que el niño no sea manejado en su voluntad por designio de alguno de sus progenitores. Especialmente, no debe colocarse al niño en una situación en que pueda percibir que de su testimonio dependerá el rol que desempeñarán sus padres en el futuro.

Así, el juez posee la herramienta necesaria para evitar que las partes sometan al testigo menor de edad al conflicto psíquico de sentirse responsable de la elección entre sus progenitores, ya que podría implicar una situación traumática, en tanto puede sufrir al pensar que está perjudicando a alguno de ellos. Ello implicaría además elevarlo a la categoría de "árbitro" de los problemas de sus padres, con la consecuente posibilidad de manipulación, evitando así que el niño sienta el aludido conflicto de lealtades.

Ahora bien, resulta fundamental distinguir la hipótesis de que los padres "pongan" a su hijo en el rol de testigo del deber que posee el juez de satisfacer el derecho constitucional del niño a ser oído, si éste así lo quisiese.

Entonces, esta regla de la amplitud probatoria no es absoluta y posee ciertos límites. En ese sentido, es importante traer a colación un fallo del máximo tribunal federal[75], que constituye un claro ejemplo de los referidos límites a la libertad probatoria en pos del interés superior del niño.

El mentado precedente se pronuncia sobre la posibilidad de que, en un juicio de divorcio[76], pueda acreditarse la supuesta infi-

[75] CSJN, 10-8-2010, "P. de la S., L. del C. c/P., G. E.", L. L. del 29-9-2010, p. 9, con nota de Néstor E. Solari, Karina A. Bigliardi; DFyP 2010 (octubre), 74, con nota de Eduardo A. Sambrizzi; L. L. 2010-E-426, con nota de Néstor E. Solari, Karina A. Bigliardi; DFyP del 1-11-2010, 109; D. J. del 5-12-2010, p. 12, con nota de Lorenzo A. Sojo; L. L. 2011-A-475, con nota de Roland Arazi.

[76] Recordemos que esto era posible bajo el amparo del código derogado, que constreñía a los esposos a satisfacer la avidez de la ley de encontrar –a cualquier precio– un cónyuge culpable.

delidad de la mujer, ordenando la producción de la prueba de ADN de uno de los hijos del matrimonio[77].

Al comentar la sentencia, Arazi apuntaba que se produjo una colisión entre el derecho que tiene el demandado de producir una prueba, que consideró de suma importancia para acreditar el adulterio alegado, y la protección de los intereses de la *menor* que debía tolerar una invasión a su integridad física y espiritual con el consiguiente perjuicio para ella.

En rigor, de ser admitida aquella probanza no sólo hubiera sido perjudicial para la niña, sino que, además, hubiera sido absurda la hipótesis de un resultado que negase la paternidad del marido en un juicio que no habilita modificación alguna del emplazamiento filial. Así tendríamos una inocultable verdad biológica que no tendría ninguna incidencia en un vínculo jurídico que subsiste[78].

Justamente, el Código brinda aquí la posibilidad de evitar estas situaciones. De este modo, las partes pueden ofrecer los testigos habilitados por el primer párrafo del artículo 711 y éstos, desde que son citados, tienen los deberes de cualquier testigo (comparecer, declarar y decir la verdad) hasta tanto, brindando motivos fundados –o por ser menor de edad–, el juez haga uso de la facultad de no admitir su declaración[79].

IV) Significado de la reforma

Siguiendo con la tónica del artículo anterior, el Código precisa

[77] La plataforma fáctica era la siguiente: En el marco de un juicio de divorcio, el emplazado reconvino por las causales de adulterio, abandono voluntario y malicioso del hogar e injurias graves. Sostuvo que no obstante haber reconocido voluntariamente como suya a la hija de la reconvenida, la niña no habría sido concebida en el seno del matrimonio. A los fines de acreditar ese hecho, ofreció la realización de la prueba de ADN. La madre de la menor y la defensora se opusieron a la medida, sin perjuicio de lo cual la Cámara confirmó la decisión de grado que ordenó su producción, con fundamento en el principio de amplitud probatoria que rige la materia y el derecho personalísimo de la *menor* de conocer su verdadera identidad. Contra esa decisión, la vencida dedujo recurso extraordinario, cuya desestimación dio origen a la queja. La Corte revocó la sentencia apelada.

[78] CULACIATI, Martín Miguel, *Causales de divorcio y perspectivas jurisprudenciales*, en J. A. 2012-I, fasc. 13, ps. 19 y 20.

[79] GUAHNON y SELTZER, *La prueba de testigos...* cit.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

aquí la posibilidad de que quienes revisten el carácter de partes en un proceso de familia puedan ofrecer como testigos a sus parientes y/o allegados, en el entendimiento de que ellos poseen un mejor conocimiento de los hechos que se desarrollan en la intimidad de la pareja, la familia y el hogar.

Paralelamente, la norma protege a la persona que eventualmente podría ser citada a declarar, facultando al juez a no admitir determinado testimonio, a fin de evitar que el testigo se vea inmerso en un conflicto de lealtades.

CAPÍTULO 2

ACCIONES DE ESTADO DE FAMILIA

Art. 712 ***Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad.*** **Las acciones de estado de familia son irrenunciables e imprescriptibles, sin perjuicio de su extinción en la forma y en los casos que la ley establezca.**
Los derechos patrimoniales que son consecuencia del estado de familia están sujetos a prescripción.

I) Resumen

La posición que una persona ocupa dentro de una familia determina su *estado*, el que se adquiere mediante actos voluntarios o acciones de estado[80]. La estrecha vinculación que las acciones de estado tienen con el derecho a la identidad y a la dignidad del ser humano, ambos protegidos por las normas constitucionales y de aplicación inmediata, sirven de sustento suficiente para la comprensión de las características de este tipo de acciones: no pueden ser renunciadas ni son prescriptibles. Las cuestiones patrimoniales derivadas del posicionamiento

[80] GROSMAN, Cecilia, en BUERES, Alberto (dir.) y HIGHTON, Elena (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, 1ª ed., 4ª reimp., Hammurabi, Buenos Aires, 2008, comentando el artículo 251 las conceptualiza como: "aquellas cuyo objeto es lograr un pronunciamiento judicial que determine el emplazamiento de una persona en cierto estado de familia o su desplazamiento del estado en que se encuentra".

familiar, en cambio, pueden perder sus efectos por el transcurso del tiempo, de conformidad con la ley.

II) Concordancias

Objeto de los actos jurídicos (art. 279); condiciones prohibidas (art. 344); ineficacia de los actos jurídicos: categorías de ineficacia (art. 382); articulación (art. 383); conversión (art. 384); acto indirecto (art. 385); nulidad absoluta y relativa: criterio de distinción (art. 486); nulidad absoluta, consecuencias (art. 387); nulidad relativa, consecuencias (art. 388); nulidad total y parcial: principio, integración (art. 389); efectos de la nulidad: restitución (art. 390); hechos simples (art. 391); efectos respecto de terceros en cosas registrables (art. 392); nulidad relativa del matrimonio (art. 425); nulidad de la renuncia a pedir el divorcio (art. 436); fijación judicial de la compensación económica, caducidad (art. 442); acciones de filiación, caracteres (art. 576); reglas generales (art. 582); impugnación de la maternidad (art. 588); impugnación de la filiación presumida por ley (art. 590); cómputo del plazo de dos años para las nulidades relativas (art. 2563); renuncia a la caducidad (art. 2671).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Distinciones y concepto de estado*

El estado de una persona respecto de su familia puede tener relación con el vínculo matrimonial (casada, soltera, divorciada, y respecto de su validez: de buena o mala fe), con el vínculo filial (hija, padre, madre, padre o madre adoptivos, afín, de integración, etc.), con el parentesco (consanguíneo: padre, madre, abuela, tíos, sobrinos, etc.; afines: suegros, yernos, cuñados, etc.). En ese contexto, Zannoni define al estado como: "el conjunto de derechos subjetivos y deberes correlativos que corresponden a las personas en virtud de su emplazamiento familiar, los que, por estar a ellas atribuidos, procuran la tutela de su individualidad familiar (como persona) ante el orden jurídico"[81]. Es

[81] ZANNONI, Eduardo A., *Derecho Civil. Derecho de Familia*, 4ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2002, t. 1, p. 72.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

uno de los atributos de la personalidad, y abarca siempre al individuo y a otros respecto de quien se establece.

Como lógica derivación de ello, emerge la correlación entre el estado y las relaciones jurídicas familiares con los derechos y deberes subjetivos familiares que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela.

III.2) *Acciones de estado. Concepto*

El mismo autor enseña que son aquellas que tienden a declarar la existencia de los presupuestos de un determinado emplazamiento en el estado, o a constituir, modificar o extinguir un emplazamiento, y no necesariamente implican una controversia, como la acción de divorcio vincular del artículo 438 (que modifica de casada a divorciada a la persona, con independencia del desacuerdo con el contenido del convenio) o de adopción (que constituye en estado de padres e hijos, conforme lo dice expresamente el artículo 594, 2° párrafo)[82].

Para D'Antonio, quien cita a Alsina, son acciones de estado los derechos subjetivos a través de los cuales se requiere la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica dirigida a que se declare, constituya, modifique o extinga un estado de familia[83].

El objeto de las acciones de estado está siempre referido a un título, sea para constituirlo, modificarlo o aniquilarlo, desde que con él se emplaza a la persona en determinado estado, generando las relaciones familiares, distinguiéndose de las acciones que implican ejercicio de los derechos de ellas derivados, como podrían ser las de alimentos, oposición a la celebración del matrimonio, régimen de comunicación, etcétera.

III.3) *Clasificación*

Las acciones de estado son: a) *constitutivas*: tendientes a perse-

[82] ZANNONI, ob. cit., ps. 90 y ss.

[83] D'ANTONIO, Daniel H., *Derechos subjetivos familiares. Estado de familia. Acciones de estado. Acto jurídico familiar*, en MÉNDEZ COSTA, María J.; FERRER, Francisco A. y D'ANTONIO, Daniel H., *Derecho de Familia*, 1ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, t. I.

guir el estado del que se carece (ej.: filiación extramatrimonial o adoptiva); b) *modificativas*: con el objeto de transformar el emplazamiento (ej.: divorcio o revocación de la adopción) y c) *extintivas*: suprimen el emplazamiento derivado del título de estado (ej.: nulidad del matrimonio o de la adopción).

III.4) *Irrenunciabilidad*

No pueden ser objeto de cesión ni tampoco de renuncia, aunque como todo derecho subjetivo, puede o no ser ejercido por su titular. Por ejemplo, lo que dispone el artículo 436 del Código respecto de la nulidad de la renuncia a solicitar el divorcio vincular.

Se encuentran fuera del alcance de la autonomía de la voluntad, reguladas por normas de orden público debido a su estrecha vinculación con la personalidad del ser humano, en tanto han nacido para reconocerle, negarle o modificar uno de sus atributos: el estado.

III.5) *Imprescriptibilidad*

Así como el estado no se adquiere ni se pierde por el transcurso del tiempo, tampoco lo harán las acciones tendientes a su protección. Esta afirmación, sin embargo, debe ser leída junto con la existencia de reglas orientadas a dotar de estabilidad a las relaciones jurídicas familiares, como las que fijan plazos de caducidad del derecho.

Mientras que la prescripción afecta al ejercicio del derecho, y en el caso de las acciones de estado el principio es que no las comprende, en algunos supuestos la determinación legislativa es que ante circunstancias puntuales, caduca el derecho y se consolida el estado de familia de que se trata. El Código establece en el artículo 2566 que "la caducidad extingue el derecho no ejercido".

Es importante considerar que la estabilidad o permanencia como característica del *estado* no importa su inmutabilidad, que puede verse afectada por el acaecimiento de ciertos hechos jurídicos, la celebración de ciertos actos, o el ejercicio de determinadas acciones que, admitidas, tienen ese efecto. Ejemplo: el estado de hijo matrimonial puede ser reclamado por el propio hijo a ambos cónyuges, o por los herederos ante el fallecimiento de éste (art. 582). Si el hijo fallece antes de

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

transcurrido un año desde que adquirió la mayoría de edad, la plena capacidad (si la tenía restringida), o de que conoció las pruebas para fundar la demanda, la acción les corresponde a los herederos por el tiempo que reste para completar ese plazo. Transcurrido dicho término, se produce la caducidad de la acción para los descendientes. También se establece el plazo de caducidad de un año para impugnar la maternidad, computable desde la inscripción del nacimiento, que se conoció la sustitución o la incertidumbre sobre la identidad del hijo (art. 588), o para impugnar la filiación presumida por ley (art. 589), o el reconocimiento, que para el hijo es imprescriptible y para los demás interesados caduca al año de haber conocido el acto de reconocimiento, o desde que se tuvo conocimiento de que no podía ser el hijo (art. 593). En lo que hace al matrimonio, se establece plazo anual que se computa diferente para cada cónyuge en caso de impedimento de salud, o de tres meses los parientes que pudieron formular oposición (art. 425), etcétera.

IV) Significado de la reforma

Tal como se ha destacado, se sigue la línea legislativa del Proyecto de reforma de 1998, que regula en un Título especial cuestiones relativas a las acciones de estado de familia, extendiendo las reglas no sólo a este tema, como lo hacía su antecedente, sino también a los procesos de familia en general (Título VIII, *Procesos de familia*).

Respecto de los procesos, se enumeran los principios generales, surgidos a la luz del Derecho Procesal Constitucional de la familia, conforme pautas que fueron dictando tanto los tribunales provinciales como la propia Corte Suprema, y en armonía con lo dispuesto en el *Título preliminar*, con el objeto de contar con patrones de interpretación sustentadas en los principios constitucionales internacionales de Derechos Humanos.

En cuanto a las acciones, la novedad consiste en que se receptan las nociones de irrenunciabilidad, imprescriptibilidad –que no excluye la caducidad– e inherencia personal, sin perjuicio del tratamiento de cada instituto en particular y las reglas específicas que se dispusieron respecto del estado de que se trate, como del ejercicio de la acción que corresponda.

Debe ponerse de resalto, en tanto superadora, la decisión de unificar la legitimación y los plazos de caducidad para todas las acciones[84], pues no respondía a razones justificadas constitucionalmente (proporcionales y razonables) las distinciones anteriores, aunque los presupuestos de cada una de las acciones fuesen sustancialmente distintos.

En todas las acciones se otorga legitimación al hijo, al o a la cónyuge, a la madre, y a todo tercero que invoque un interés legítimo (con la sola excepción del artículo 573, que se le niega, en el caso del reconocimiento, al reconociente)[85]. Respecto de los plazos de caducidad, quedan unificados en el de un año, sin perjuicio de las diferencias respecto del inicio del cómputo de dicho plazo para cada acción o legitimado.

Aunque no directamente relacionado con la norma en comentario, es de destacar que la técnica legislativa mejora el orden impuesto a las acciones de impugnación de filiación (es decir: a] impugnación de la maternidad; b] impugnación de la filiación presumida por la ley; c] negación de la filiación presumida por la ley; d] impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley, y e] impugnación del reconocimiento), y concentra a cada una en un artículo con su propio título. Con una excepción: la impugnación de la filiación presumida por la ley, que se desarrolla en dos normas por su complejidad. Así, se procuró seguir el mismo orden en materia de acciones de estado que el adoptado para la determinación de la filiación, cara y contracara del mismo tema.

La nomenclatura de las acciones tendientes a desvirtuar la paternidad matrimonial fue adaptada denominándolas "impugnación y negación de la filiación presumida por ley", guardándose coherencia con la extensión de la presunción de filiación entre los cónyuges del mismo sexo.

[84] Se han seguido los lineamientos, dentro del Derecho Comparado, de los Códigos Civiles de Francia, Quebec, Alemania, y el Código de Familia cubano, entre otros.

[85] En cuanto a la nulidad del acto de reconocimiento, dicha acción se rige por los principios generales inherentes a todos los actos jurídicos por lo que ha de remitirse a dichas normas.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Art. 713 *Inherencia personal.* **Las acciones de estado de familia son de inherencia personal y no pueden ser ejercidas por vía de subrogación. Sólo se transmiten por causa de muerte en los casos en que la ley lo establece.**

I) Resumen

El Código reconoce como otra característica de las acciones de estado que no pueden ser objeto de disposición por su titular. Son intransmisibles, lo que impide su enajenación por acto jurídico alguno, y en caso de trasgresión, se estaría frente a una nulidad absoluta.

II) Concordancias

Matrimonio: requisitos de existencia (art. 406); legitimados para oponerse al matrimonio (art. 411); legitimados para demandar nulidad (arts. 424 y 425); divorcio, legitimación (art. 437); voluntad procreacional (art. 562); determinación de la maternidad (art. 565); determinación de la filiación matrimonial (art. 569); acciones de reclamación de filiación, reglas generales (art. 582); reclamación en los supuestos de filiación en los que está determinada sólo la maternidad (art. 583); impugnación de la maternidad (art. 588); impugnación de la filiación presumida por la ley (art. 589); legitimación y caducidad (art. 590); acción de negación de filiación presumida por la ley (art. 591); impugnación preventiva de la filiación presumida por la ley (art. 592); impugnación del reconocimiento (art. 593); adopción (arts. 597, 599, 602, 603, 604, 605, 608, 616, 631, 633, 635).

III) Interpretación de la norma

Siguiendo las características que corresponden a la noción de *estado* en cuanto a su indivisibilidad (ya que el atributo no puede escindirse y así, por ejemplo, no se puede ser soltero para unos y casado para otros), las acciones de estado sólo son ejercidas por sus titulares. No se transmiten por causa de muerte, no pueden ser cedidas, y en los supuestos en que la ley legitima a ciertos sucesores, lo hace a título propio u originario de ese tercero, aunque pueda parecer que se trata de una sucesión de legitimados.

El texto concluye con las diferencias doctrinarias acerca de este punto, ya que se sostenía que era necesario que el titular originario no hubiese perdido su derecho a su fallecimiento, en una suerte de transmisión mortis causa, disidencia que queda ahora zanjada. Un ejemplo sería la acción que se reconoce a los herederos del hijo que reclama su filiación a ambos progenitores, con independencia de continuar la entablada por el principal interesado, si así se hubiese planteado (art. 582, cuarto párrafo, que reza: "Si el hijo fallece antes de transcurrir un [1] año computado desde que alcanzó la mayor edad o la plena capacidad, o durante el primer año siguiente al descubrimiento de las pruebas en que se haya de fundar la demanda, su acción corresponde a sus herederos por todo el tiempo que falte para completar dichos plazos").

Recordemos que el artículo 582 regula en forma conjunta la acción de reclamación de filiación matrimonial y la extramatrimonial, y la única variante que se introdujo se refiere al plazo de caducidad de la acción interpuesta por los herederos, que se ha reducido de dos a un año.

IV) Significado de la reforma

El reordenamiento legislativo que trajo consigo el Código implicó también incorporar otra de las características de las acciones de estado como principio general, que sirve de orientación para la interpretación del caso.

El tratamiento disímil entre el hijo y sus herederos responde a una justificación objetiva y razonable: el interés prioritario del hijo en el emplazamiento filial, elemento constitutivo de su derecho a la identidad.

Art. 714 *Caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges.* **La acción de nulidad del matrimonio no puede ser intentada después de la muerte de uno de los cónyuges, excepto que:**

a) sea deducida por un cónyuge contra el siguiente matrimonio contraído por su cónyuge; si se opusiera la nulidad del

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

matrimonio del cónyuge demandante, se debe resolver previamente esta oposición;

b) sea deducida por el cónyuge supérstite de quien contrajo matrimonio mediando impedimento de ligamen y se haya celebrado ignorando la subsistencia del vínculo anterior;

c) sea necesaria para determinar el derecho del demandante y la nulidad absoluta sea invocada por descendientes o ascendientes.

La acción de nulidad de matrimonio deducida por el Ministerio Público sólo puede ser promovida en vida de ambos esposos.

I) Resumen

El principio general es que el matrimonio viciado se consolida por el fallecimiento de alguno de sus integrantes, con las excepciones que el texto legal establece: el cónyuge supérstite del primer matrimonio invocando impedimento de ligamen del segundo; el cónyuge supérstite del segundo matrimonio invocando ignorancia de la subsistencia del primero y el consiguiente impedimento de ligamen, y finalmente, admitiendo a terceros ajenos a los cónyuges (descendientes y ascendientes) por violación del impedimento de parentesco (por consanguinidad, afinidad o adopción).

II) Concordancias

Actuación del Ministerio Público (art. 103); impedimentos matrimoniales (art. 403); vicios del consentimiento (art. 409); legitimados para la oposición al matrimonio (art. 411); denuncia de impedimentos (art. 412); nulidad del matrimonio (Cap. 6, Tít. I, Libro II).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Consideraciones generales*

Del texto, que conserva en líneas generales la redacción anterior, emerge que la regla es la extinción del derecho a solicitar la nulidad del matrimonio ocurrido el fallecimiento de uno de los cónyuges, convalidándose así el acto. Las excepciones sólo serán la violación al

impedimento de ligamen, parentesco o crimen, aunque uno o ambos hayan fallecido, y se fundan, básicamente, en la conexidad de la nulidad con otras acciones de las que son titulares el cónyuge o los parientes exceptuados, en virtud de un interés legítimo y propio.

III.2) *Legitimados*

Se mantiene la habilitación del cónyuge del primer matrimonio del bígamo, y también el del cónyuge de las segundas nupcias para reconvenir atacando el primer vínculo, con independencia de la buena o mala fe del reconviniente. También se legitima a ascendientes y descendientes de cualquiera de los cónyuges, cuando con el ejercicio de la acción pretendan la satisfacción de un interés que les es propio, como puede ser alguno vinculado con la herencia. Se excluyen, entonces, los parientes colaterales, la nuera o yerno viudos y los herederos instituidos.

A pesar de la legitimación con que cuenta para oponerse a la celebración del matrimonio, expresamente le es vedado al Ministerio Público ejercer la acción de nulidad al fallecimiento de los esposos.

III.3) *Continuidad de la acción*

No se ha resuelto expresamente la posibilidad de continuidad de la acción por los herederos de los legitimados, si se produce el fallecimiento de ellos. Se ha sostenido mayoritariamente que la acción de nulidad del matrimonio, tanto en los casos de nulidad absoluta como en los de relativa, iniciada en vida de los cónyuges, puede ser continuada después del fallecimiento de alguno de ellos, por quien invoque un interés legítimo (se incluiría a los herederos legítimos y a los instituidos)[86].

IV) Significado de la reforma

En lo sustancial, este artículo no ha sufrido grandes modificaciones,

[86] SPOTA, BORDA, BELLUSCIO, PERRINO, LAGOMARSINO, HERNÁNDEZ, conforme cita expresamente MÉNDEZ COSTA, María J., en *Inexistencia y nulidad de matrimonio*, en *Derecho de Familia*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2008, t. I, p. 491.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

con excepción de su desdoblamiento respecto del tratamiento de lo imperioso de la nulidad del matrimonio por sentencia judicial, que es tratado en el artículo siguiente.

Art. 715 ***Sentencia de nulidad.*** **Ningún matrimonio puede ser tenido por nulo sin sentencia que lo anule, dictada en proceso promovido por parte legitimada para hacerlo.**

I) Resumen

La acción de nulidad de matrimonio es declarativa y de desplazamiento, y en razón de que el matrimonio emplaza en determinado estado, sólo una declaración judicial que culmine como consecuencia de un proceso con amplitud de debate y prueba, puede negarle efectos jurídicos. En consecuencia, no hay matrimonio nulo de pleno derecho[87], y su invalidez debe, indefectiblemente, ser declarada por sentencia judicial.

II) Concordancias

Actuación del Ministerio Público (art. 103); requisitos del matrimonio, impedimentos matrimoniales (art. 403); oposición a la celebración del matrimonio: legitimados (art. 411); nulidad del matrimonio: legitimados (arts. 424 y 425); acciones de estado de familia: inherencia personal (art. 713); caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges (art. 714); procesos de divorcio y nulidad de matrimonio (art. 717); jurisdicción (art. 2621); Derecho aplicable (art. 2622).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Competencia*

De acuerdo a las reglas procesales establecidas en el artículo 717, será competente el juez de familia del último domicilio conyugal (al

[87] MÉNDEZ COSTA, *Inexistencia y nulidad de matrimonio* cit., p. 460.

igual que para el divorcio y las cuestiones conexas), o el del demandado, estando en cabeza de la parte actora la elección entre ambos domicilios.

III.2) *Legitimación*

Conteste con lo afirmado respecto de la inherencia personal de las acciones de estado (art. 713), se confiere calidad de parte a los cónyuges y a quienes pudieron oponerse a la celebración del matrimonio. En ese caso, conforme lo dispone el artículo 411, están legitimados para plantear la nulidad del matrimonio: el cónyuge de la persona que quiere contraer otro matrimonio; los ascendientes, descendientes y hermanos de alguno de los esposos, cualquiera sea el origen del vínculo, y eventualmente el Ministerio Público, si la nulidad hubiese ameritado la oposición a la celebración de matrimonio cuya nulidad se persigue, y los cónyuges no han fallecido (art. 714, última parte).

En el proceso de nulidad, en razón de estar comprometido el interés social, deberá tomar intervención el Ministerio Público en calidad de parte.

Se remite al comentario del artículo 403 en lo que hace al impedimento de falta de edad legal. No obstante se señala que si a la fecha de promoción de la demanda de nulidad los cónyuges hubiesen alcanzado la edad legal, la petición es inadmisible y corresponde el rechazo liminar (art. 425.a, 2° párr.). En el supuesto del cónyuge con padecimiento mental que recupera la salud y continuó cohabitando, sólo podrá plantear la demanda antes del año de restablecido, operando luego de ese plazo la caducidad. Sus parientes con legitimación para oponerse serán alcanzados por el plazo de caducidad establecido en el artículo 425, si no interponen la demanda dentro de los tres meses de celebradas las nupcias. Obviamente, el cónyuge que ha sufrido un vicio en el consentimiento (art. 409) también se encuentra habilitado para interponer la acción, en los plazos previstos por el artículo 425, inciso c (treinta días posteriores a conocer el error del consentimiento o haber cesado la violencia si continuaron la cohabitación y un año del cese de la cohabitación).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.3) *Acumulación de acciones*

Si bien presentan diferencias[88], es usual que la acción de nulidad se plantee concomitante con la de divorcio vincular y ambas coinciden en el efecto de la recuperación de la aptitud nupcial, aunque los motivos que sirven de base a una u otra nacen en tiempos disímiles: los de la nulidad, a la celebración del matrimonio; los del divorcio, durante el transcurso de aquél.

IV) Significado de la reforma

Se subraya la trascendencia del ejercicio de la acción de nulidad del matrimonio, al punto de disociarse como artículo único el párrafo que antiguamente constituía la parte final de la norma que regulaba la acción de nulidad matrimonial. Se admiten así algunas voces jurisprudenciales que sostenían que es insuficiente un simple cotejo de partidas de estado civil para anular un matrimonio, pues con ese acto se emplaza en un estado civil determinado, y sólo un proceso con amplitud de debate y prueba puede desplazarlo. Incluso la propia Corte federal denegó validez a las decisiones de organismos administrativos que negaban el carácter de viuda desconociendo un matrimonio cuya nulidad no había sido decretada judicialmente[89].

No se cambia el doble régimen de nulidad absoluta y relativa del matrimonio, pero se introducen algunas modificaciones a la segunda. Para la causal de falta permanente o transitoria de salud mental que

[88] En el divorcio, algunos efectos subsisten de acuerdo a la buena o mala fe de los contrayentes, mientras que no ocurre lo mismo con la invalidez. Sobre el tema, recomiendo los antecedentes brindados por la autora citada en el apartado anterior (ob. cit., p. 455), con las adaptaciones propias de la nueva legislación.

[89] CSJN, 16-8-2005, XXXVIII, "Zapata, Lucrecia Isolina c/ANSeS s/Pensiones", donde se dijo que "7°) [...] Tampoco el derecho a obtener la pensión pudo serle desconocido en la esfera administrativa aduciéndose la nulidad del matrimonio por mediar impedimento de ligamen, pues la acción dirigida a ese fin es admitida en el Derecho interno argentino con ciertas limitaciones. El último párrafo del art. 239 del Código Civil (según texto ley 23.515) ha incorporado el principio de la especialidad en materia de nulidades matrimoniales, lo cual significa que la nulidad no puede ser declarada de oficio sino que debe entablarse la acción pertinente por los legitimados expresamente por la ley, entre los que no se encuentra el organismo previsional".

impide tener discernimiento para el acto matrimonial se establece que cualquiera de los cónyuges que desconocía el impedimento puede peticionar la nulidad, excepto que hayan continuado la cohabitación después de haber recuperado la salud el que sufre el impedimento, o luego de conocido el impedimento por parte del cónyuge sano. Se fija el plazo de un año para el ejercicio de esa acción, pues el estado de familia no puede quedar en la incertidumbre de manera indefinida. Vencido ese término, sólo queda habilitada la vía del divorcio. El juez debe oír a los cónyuges y evaluar la situación del afectado a los fines de verificar si comprende el acto que ha celebrado y cuál es su deseo al respecto. Se suprime la posibilidad de solicitar la nulidad por impotencia por diversas razones: atenta a la dignidad de las personas ventilar este tipo de cuestiones en un proceso judicial cuya prueba es invasiva de la intimidad; las causas de la impotencia podían ser diversas, de índole objetiva y subjetiva, es decir, con determinada persona y no con otras, todo lo cual dificultaba la prueba.

El Código define, además, qué se entiende por buena fe (art. 427). Para el supuesto de buena fe de ambos contrayentes, a los fines de compatibilizar con las modificaciones que se introducen en otros títulos, se dispone que la sentencia firme disuelve el régimen matrimonial convencional o legal supletorio y además, que si la nulidad produce un desequilibrio económico en uno de ellos en relación al otro, se aplican las normas relativas a la institución de las prestaciones compensatorias.

CAPÍTULO 3

REGLAS DE COMPETENCIA

Art. 716 ***Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes.*** **En los procesos referidos a responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes, es competente el juez del lugar donde la persona menor de edad tiene su centro de vida.**

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

I) Resumen

El Código unifica, a través de esta norma de carácter procesal, la cuestión relativa a la competencia judicial para las acciones que comprometen derechos e intereses de niñas, niños y adolescentes.

II) Concordancias

Alimentos (arts. 537 y ss.); proceso (art. 543); derecho de comunicación (art. 555); acciones de filiación (arts. 576 y ss.); competencia (art. 581); adopción, declaración judicial de adoptabilidad (arts. 607 a 609); guarda con fines de adopción, competencia (art. 612); juicio de adopción (art. 615); responsabilidad parental, desacuerdos (art. 642); derecho y deber de comunicación (art. 652); plan de parentalidad (art. 655); Derecho Internacional Privado (arts. 2635 a 2642).

III) Interpretación de la norma

III.1) *La introducción de reglas de carácter procesal en un Código de fondo*

En este capítulo, como en el resto del Título VIII, el Código regula una cuestión claramente procesal, como es la relativa a la competencia jurisdiccional.

Hasta ahora esta regulación resultaba privativa de los códigos de procedimiento locales, que por lo demás no la reglamentan unificadamente a partir de un criterio determinado *por la condición del sujeto* activo del proceso, sino discriminadamente, con referencia al *objeto procesal.*

Las regulaciones procesales tampoco previeron *individualmente* las materias mencionadas en este artículo, siendo en muchos casos la competencia determinada en virtud de la aplicación de parámetros generales –verbigracia: la remisión a la norma procesal relativa a "acciones personales", conforme artículo 5°, CPCCN, no obstante que esta previsión apareciera más relacionada con cuestiones patrimoniales/contractuales[90]–.

[90] Art. 5°, inc. 3°, CPCCN: "Cuando se ejerciten acciones personales, el del lugar

Por otra parte, en muchos supuestos la competencia queda determinada en función de la aplicación de principios como el de "prevención" o el de *perpetuatio jurisdictionis*, conforme los cuales el juez que previno en su oportunidad es el competente para cualquier sucesiva o posterior eventualidad o modificación en la situación preexistente, así como para atraer cuestiones incidentales relacionadas con aquella causa principal[91].

En este sentido, el Código sancionado sigue el Proyecto de reforma del año 1998 que oportunamente previó un capítulo dirigido a la regulación de las acciones de estado de familia. Sin embargo el nuevo Código ha regulado en forma más amplia los "Procesos de familia" en general, introduciendo claras normas procesales en el campo de fondo.

Tal como en otra oportunidad expresó una de las tres integrantes de la Comisión reformadora[92], "la naturaleza instrumental no disminuye la importancia del Derecho Procesal; por el contrario los operadores jurídicos no deben olvidar que el proceso señala el momento crucial de la tutela de los derechos".

La regulación procesal importa la vía de acceso y desarrollo del principio constitucional de tutela judicial efectiva[93]. Desde esta perspectiva, la legislación procesal significa la reglamentación de un derecho humano constitucional.

La incorporación de los tratados de derechos humanos a los orde-

en que deba cumplirse la obligación expresa o implícitamente establecido conforme a los elementos aportados en el juicio y, en su defecto, a elección del actor, el del domicilio del demandado o el del lugar del contrato, siempre que el demandado se encuentre en él, aunque sea accidentalmente, en el momento de la notificación. El que no tuviere domicilio fijo podrá ser demandado en el lugar en que se encuentre o en el de su última residencia".

[91] Art. 6°, inc. 3°: "En la exclusión del cónyuge, tenencia de hijos, régimen de visitas, alimentos y litisexpensas, el del juicio de divorcio, de separación personal, o de nulidad de matrimonio, mientras durare la tramitación de estos últimos. Si aquéllos se hubiesen iniciado con anterioridad, pasarán a tramitar ante el juzgado donde quedare radicado el juicio de divorcio, de separación personal, o de nulidad de matrimonio. No existiendo juicio de divorcio, de separación personal o de nulidad de matrimonio en trámite, y no probado dónde estuvo radicado el último domicilio conyugal, se aplicarán las reglas comunes sobre competencia".

[92] KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Principios procesales del Derecho Procesal de Familia contemporáneo*, en *Revista de Derecho de Familia*, N° 51, p. 295.

[93] Art. 8.1, Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

namientos nacionales trae como consecuencia que los elementos del Derecho Internacional Privado, sea que provengan de la legislación, sea de fallos judiciales, respondan a lo dispuesto en el "proceso de humanización" encarado por los Estados[94]. Este proceso importa una inevitable afectación a normas antes exclusivas del Derecho de Familia, provocando un giro en su ámbito material, espacial y subjetivo[95].

Como se ha expresado, "la regla es que las normas sustanciales se encuentran en los Códigos de fondo y corresponden a la legislación del Congreso de la Nación. Sin embargo el ámbito de la normativa familiar se conforma hoy por reglas de diferente jerarquía, incluidos los tratados incorporados con rango constitucional, que rige tanto en las relaciones sustantivas de Derecho de Familia como en los sistemas procesales para el abordaje de los conflictos que se generan. Ello determina una zona de confluencia, en la que es común encontrar normas procesales en la legislación sustantiva, a la par de una amplitud de facultades del órgano jurisdiccional local (como es el de familia) que no es común en las otras ramas (civil, comercial), pues se prioriza la solución del conflicto"[96].

Un Código signado por el respeto y la recepción de los principios del Derecho humanitario, que los ha acogido en el plano del Derecho de fondo, no puede descuidar posteriormente la vía de eficaz acceso a la realización de esos derechos, esto es, la faz instrumental-procesal. Así se justifica la incursión/incorporación de principios de naturaleza procesal en el Código de fondo, con alcance nacional.

Esta introducción importa en este punto sustraer a la autonomía de regulación provincial cuestiones que se ha entendido necesario unificar con alcance territorial nacional[97].

Si bien en principio la legislación procesal es materia reservada

[94] FERNÁNDEZ ROZAS, José y SÁNCHEZ LORENZO, Sixto, *Curso de Derecho Internacional Privado*, 3ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 122.

[95] DREYZIN DE KLOR, Adriana, *Una vez más los niños como prenda del conflicto*, en RDF 2001-I-11.

[96] FERREYRA DE DE LA RÚA, Angelina, *El proceso de familia. Principios que lo rigen.*

[97] Se advierte sin embargo que esta modalidad no resultaba del todo ajena al código derogado; v. gr. en punto a la determinación de la competencia respecto a la cuestión alimentaria (arts. 227, 228, Cód. Civ. derogado); la fijación de competencia en materia de adopción, etc.

por las provincias y no delegada al Estado federal (art. 5°, CN), los reformadores merituaron la necesidad de unificar las disposiciones locales, en punto a los conflictos jurisdiccionales que tienen como sujetos a niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, de la mano de la consagración a nivel nacional interno de la protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes –ley 26.061 y respectivas normativas locales en maximización u optimización de los derechos allí reconocidos[98]–, la regulación de ciertas cuestiones procesales que "hacen" o atañen de modo directo a la realización de dicha doctrina, corresponde sean unificadas a través de la legislación federal.

III.2) *Procesos que involucran derechos de titularidad de niños, niñas y adolescentes*

Los procesos que tienen como protagonistas o partícipes a niñas, niños y adolescentes, exigen no sólo al momento de sus sentencias, sino durante todo su desarrollo, la aplicación y salvaguarda del principio constitucional de interés superior del niño (art. 3°, CDN; Observación general 14, Comité de Derechos del Niño sobre *El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*[99]).

Oportunamente la ley 26.061 reglamentó mediante su artículo 3° el alcance de la expresión "interés superior del niño", disponiendo que el mismo se integra, entre otros conceptos, por la noción de "Centro de vida" del niño, niña o adolescente. Así, "a los efectos de la presente ley se entiende por interés superior de la niña, niño y adolescente la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley", lo que impone respetar "...f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia".

Dispuso asimismo el artículo, con relación al interés superior del

[98] GIL DOMÍNGUEZ, Andrés; FAMÁ, María Victoria y HERRERA, Marisa, *Ley de protección integral de niñas, niños y adolescentes. Comentada, anotada, concordada*, Ediar, Buenos Aires, ps. 42 y ss.

[99] Aprobada por el Comité en su 62 período de sesiones (14-1 al 1-2 de 2013).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

niño, que "este principio rige en materia de patria potestad, pautas a las que se ajustará el ejercicio de la misma, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores, cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse".

De tal modo, la noción *constitucional* (arg. art. 3°, CDN) de "centro de vida" resulta por tal jerarquía de respeto exigible frente a *toda cuestión y ámbito vinculado a los derechos de niños, niñas y adolescentes*. Entre ellos, sin duda también, el ámbito procesal.

El artículo 75, inciso 23 de la CN impone *a los órganos del Estado* la adopción de "medidas de acción positiva" para la tutela adecuada de derechos; a su turno, el artículo 4° de la CDN comprometió a los Estados Partes a la adopción de medidas *legislativas, judiciales y de otra índole*, dirigidas a hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención. Finalmente, la ley 26.061 en su artículo 29 consagra un específico "Principio de efectividad" conforme el cual "*los Organismos del Estado* deberán adoptar todas las medidas *administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole*, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley"[100]. Este principio ensambla armoniosamente con una *garantía de prioridad* diferenciada a favor de niños y adolescentes, establecida expresamente por la legislación vigente.

Este perfil de principios exige entonces la necesaria readecuación procesal, como medida de tutela eficaz, a fin de realizar la proclamada garantía de prioridad en la atención del interés del niño, la que entonces habrá de ser determinada en función de su condición de sujeto de especial y preferente atención y satisfacción procesal.

La opinión consultiva 17 de la CIDH puntualmente ha resaltado la exigencia de "...diversos principios materiales *y procesales cuya aplicación se actualiza en los procesos relativos a menores...*", así como ha remarcado "la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y modalidades que se desarrollan ante ellos..."[101]

[100] El destacado es propio.

[101] CIDH, OC-17/2002, p. 119.

Por su parte, la citada Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño dispone que el interés superior del niño resulta ser "un derecho, un principio y una norma de procedimiento"; así, desde este concepto triple, se explica la noción de interés superior en cuanto norma procesal, por cuanto "...siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos" (pto. 6.c).

Si efectuamos un somero repaso, en el ámbito procesal los procesos relacionados con derechos de niños, niñas y adolescentes recibieron regulaciones diversas en punto a la competencia. Así, verbigracia: desde la rígida lectura de los códigos procesales, la competencia con relación a los procesos de régimen de comunicación, reclamación de filiación, resultarían incluidas en la genérica mención de "acciones personales" (art. 5°, CPCCN), remitiendo al domicilio del demandado. Por su parte, se ha determinado la competencia con relación a los "incapaces" por remisión al "domicilio" de sus representantes legales.

También la regulación procesal inmovilizó la competencia judicial en muchos supuestos, por aplicación del principio de *perpetuatio jurisdictionis*, determinando la competencia incidental por referencia al proceso principal u originario, independientemente de los cambios o mutaciones en la vida, residencia y domicilio de los interesados.

Estas soluciones resultan francamente cuestionables en función de la aplicación de otros principios procesales centrales al Derecho Procesal Constitucional familiar como el principio de *inmediación*

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

–que exige el contacto entre el juez y el niño sobre cuyos derechos se debate[102]– y el de *favor minoris*, que marca propender a la solución más favorable a la tutela efectiva del niño/adolescente.

Ha sido la jurisprudencia quien ha posibilitado la construcción de un camino de diferenciación de las rigideces normativas en función de la atención de aquellos principios superiores. Así se ha dicho que "si bien por los principios de la prevención y de *perpetuatio jurisdictionis* la causa debería radicarse en la jurisdicción territorial donde tramitaron distintas acciones entre las partes que en principio se encontrarían finalizadas, aquellos principios deben ceder ante el juez de residencia actual del menor, para preservar una mayor inmediación hacia él cuyos intereses se encuentran comprometidos y permitir desarrollar con mejor eficiencia la actividad jurisdiccional. Ello por cuanto en materia de familia debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, el interés moral y material de los menores sobre cualquier otra circunstancia que pueda ocurrir y, por lo tanto, toda decisión sobre el tema debe estar inspirada en lo que resulte más conveniente para su protección"[103].

En similar línea se afirmó que no obstante el carácter "personal" de estas acciones, "la operatividad de la Convención de los Derechos del Niño permite la posibilidad de apartarse de las reglas generales de competencia y poder defender el interés derivado del Derecho de Familia ante el juez del domicilio del menor"[104].

Tal como dijera la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: "Las normas sobre competencia requieren ser interpretadas actualmente con una perspectiva diferente al régimen anterior a la reforma constitucional de 1994. La Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto destaca la idea de sujeto de derechos y en su condición de persona, requiere una individualización autónoma e in-

[102] BALLARÍN, Silvana, *Justicia de proximidad: razones para la inmediación en el proceso de familia*, en RDF 51-47.

[103] CNCiv., sala M, 7-4-2011, sumario N° 20.856 de la Base de Datos de la Secretaría de Jurisprudencia de la Cámara Civil. En similar línea y con relación a la prevalencia del principio de inmediatez, CSJN, *Fallos*: 324:2486, 2487; 325:339, L. L. 2009-B-410.

[104] CNCiv., sala F, 4-3-97; sala M, 23-2-95, J. A. 1998-I, sínt.

dependiente de sus representantes legales, sin perjuicio de su condición de incapaz y, como tal, sujeto a la representación legal. Se desplaza el centro de imputación: es el niño quien debe indicar el eje a tener en cuenta para determinar su domicilio legal, sin perjuicio del que tienen sus representantes legales. El punto de conexión debe ser su 'centro de vida', el lugar de su residencia habitual".

El estándar que conforme la norma civil recientemente sancionada determina la competencia judicial en las materias allí mencionadas no es ya *objetivo* –el tipo de proceso y/o de acción que se procura tutelar por su intermedio– sino *subjetivo*: atiende a la condición del sujeto de tutela judicial: el niño, niña o adolescente.

Bajo este prisma es que se determina la competencia *para todos los procesos que los tienen por sujeto central de derechos*. La norma menciona "responsabilidad parental, guarda, cuidado, régimen de comunicación, alimentos, adopción y otros que deciden en forma principal o que modifican lo resuelto en otra jurisdicción del territorio nacional sobre derechos de niños, niñas y adolescentes". Se apunta así no sólo a los procesos principales, sino también incidentales o accesorios, como a los que pretendan la modificación de decisorios preexistentes dictados en otros ámbitos jurisdiccionales.

Se desplazan entonces las remisiones procesales preexistentes, y el estándar *unificado*, ahora, es el de "centro de vida" del niño, niña, adolescente.

La norma en comentario se relaciona con las incorporadas respectivamente en la regulación de los diversos institutos. Así, en materia de filiación dispone el artículo 581: "*Competencia*. Cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor".

Para el caso de la adopción, los artículos 607 y siguientes regulan el proceso de declaración en situación de adoptabilidad, disponiendo el artículo 609, inciso a: "a) tramita ante el juez que ejerció el control de legalidad de las medidas excepcionales", el que condecirá con el lugar en que el niño se encontraba al momento de la adopción de dicha medida; en tanto el artículo 612 dispone en punto a la guarda preadoptiva: "*Competencia*. La guarda con fines de adopción debe ser

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

discernida inmediatamente por el juez que dicta la sentencia que declara la situación de adoptabilidad". Finalmente, para el proceso de adopción el artículo 615 reza: "*Competencia*. Es juez competente el que otorgó la guarda con fines de adopción, o a elección de los pretensos adoptantes, el del lugar en el que el niño tiene su centro de vida si el traslado fue tenido en consideración en esa decisión".

En materia de responsabilidad parental, la regla de competencia será de aplicación en relación con toda cuestión vinculada con su ejercicio, sea durante la convivencia de los padres, sea a su disolución (arts. 642, 652, 655).

III.3) *La noción de "centro de vida" del niño, niña, adolescente*

El concepto de "centro de vida" resulta originario del ámbito convencional en materia de atribución o fijación de competencia en el espacio internacional (v. gr.: Conferencias de La Haya de 1894 sobre Tutela, de 1961 y de 1966 sobre Competencia y Ley aplicable en materia de protección de menores y de 1980 sobre Aspectos Civiles de la Sustracción internacional de menores). En materia de sustracción internacional, esta noción emerge como un punto de conexión autónomo a estos fines.

Desde que la Conferencia de La Haya adopta la noción de "residencia habitual" como punto de conexión, le otorga un contenido unívoco, que no reitera convención por convención, como una suerte de norma material uniforme según la cual se trata de una noción fáctica y no jurídica que denota el lugar donde el niño o niña tiene su centro de vida[105].

Ni la Convención de La Haya sobre aspectos civiles de la sustracción internacional de menores –1980– ni la CIDIP IV formulan la calificación de "residencia habitual", lo que sí hace el Convenio argentino-uruguayo sobre Protección Internacional de Menores –ley 22.546–, el que califica autárquicamente la noción de "residencia habitual" ex-

[105] CCCom. de San Isidro, 31/2000, J. A. 2001-IV-660. WEINBERG DE ROCA, Inés, *La aplicación de la Convención de La Haya sobre restitución internacional de menores sin intervención de autoridad extranjera requirente*, en E. D. 191-115 y ss.

plicando que es aquel sitio en que el niño tiene su centro de vida. Cuando los padres viven juntos, este hogar es su residencia habitual, pero cuando así no es, el centro de vida se relaciona con "el hogar donde normalmente vive". Esta residencia debe ser juzgada como una conexión autónoma, independientemente del domicilio de sus padres, para evitar las complejidades que la noción de domicilio trae como tal. La residencia habitual es así una conexión de derecho del niño, pensando en todo momento que se trata de analizar la competencia de autoridades para el dictado de medidas en su beneficio y no de sus padres[106].

Por su parte, la "Ley Modelo sobre normas procesales para la aplicación de los Convenios sobre sustracción internacional de niños"[107] refiere también a la noción de "Centro habitual de vida", así como a la jurisdicción de la "residencia habitual" del niño.

En los términos de la Ley Modelo, integra la noción de interés superior del niño "el derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente y a que se dilucide ante el Juez del Estado de su residencia habitual la decisión sobre su guarda o custodia".

Desde este plano preexistente es que la ley 26.061 acoge este concepto en su artículo 3°, inciso f, como pauta integrante del estándar rector en materia de infancia del interés superior del niño, calificando el concepto de "centro de vida" por remisión a la legalidad de la residencia[108].

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires expresó recientemente[109] que "la noción de centro de vida –artículo 3°,

[106] HOOFT, Eduardo, *Restitución internacional de menores. Un caso argentino-brasileño*, en LNBA 2006-6-664.

[107] La ley modelo fue desarrollada por un grupo de expertos conformado por la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado y el Instituto Interamericano del Niño. El grupo de expertos fue coordinado por el Dr. Ricardo Pérez Manrique (Uruguay), y participaron del mismo: la Dra. María Lilian Bendahan Silveira (Uruguay), el Dr. Eduardo Cavalli Asole (Uruguay), la Dra. Raquel González (Estados Unidos), la Dra. Graciela Tagle (Argentina), el Dr. Dionisio Nuñez Verdín (México), la Dra. Delia Cedenios Palacios (Panamá) y la Dra. Luz María Capuñay Chavez (Perú).

[108] CSJN, 19-5-2010, RDF 2011-I-1 y ss.

[109] 14-3-2012, C.115.227, "F., C. J. c/C., M. L. s/Tenencia de hijo".

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ley 26.061– prevalece no sólo en las cuestiones de fondo sino también en materia de competencia: es la residencia del niño el eje a tener en cuenta para determinar el juez competente. Se desplaza el centro de imputación; es el niño quien indica el eje a tener en cuenta para determinar su domicilio legal, sin perjuicio del de sus representantes legales. El punto de conexión es su centro de vida, el lugar de su residencia habitual".

Previamente, la Corte Suprema de Justicia Nacional tuvo ocasión de sostener[110] que la regla atributiva *forum personæ* hace referencia al lugar donde los hijos viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la inmediación, valiosísimo elemento en el manejo de casos de esta índole. Dice también la Corte que si los jueces que entablan una contienda de competencia están en situación análoga para asumir la función, la elección debe hacerse ponderando cuál de ellos se encuentra en mejores condiciones de alcanzar la protección integral de los derechos del niño[111].

IV) Significado de la reforma

La previsión normativa en análisis resulta una modificación sustancial. Por un lado, se unifican las diversas regulaciones procesales locales, estableciendo una pauta de competencia con alcance nacional, en virtud de su incorporación en la legislación de fondo.

El punto de conexión elegido –el centro de vida– aporta la conveniencia de tratarse de una noción más sociológica y no jurídica, que por ende atiende a la situación real del niño, niña, adolescente, independizándose así de la noción rígida y más impersonal del domicilio –que en el caso de los menores de edad se determina por el de sus representantes legales–.

Por su parte permite satisfacer el principio de inmediatez por parte de los operadores judiciales a intervenir, garantizando así la más efectiva realización de otras exigencias constitucionales, como, verbigracia: la escucha del niño en todo proceso que concierne a sus intereses

[110] CSJN, 20-8-2008; 21-12-2010; 20-12-2005, J. A. 2006-I-10/19/24.
[111] *Fallos*: 327:3987.

(arts. 3°, 12, CDN; arts. 3°, 19, 24, 27, ley 26.061) y el necesario contacto personal con el magistrado y con su representante –Ministerio Público (art. 103)–.

Se respeta igualmente la prevalencia del interés superior del niño como estándar exigible no únicamente en las cuestiones sustanciales o del Derecho común, sino también en las procesales, en cuanto herramienta dirigida a la satisfacción de los derechos fundamentales en juego.

Art. 717 ***Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio.*** **En las acciones de divorcio o nulidad, las conexas con ellas y las que versan sobre los efectos de la sentencia, es competente el juez del último domicilio conyugal o el del demandado a elección del actor, o el de cualquiera de los cónyuges si la presentación es conjunta. Si se ha declarado el concurso o la quiebra de uno de los cónyuges, en la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio es competente el juez del proceso colectivo.**

I) Resumen

Se establecen las reglas generales de atribución de competencia para los casos de divorcio y nulidad de matrimonio y las incidencias conexas a éstas innovándose, con relación al ordenamiento anterior así como también en cuanto a las disposiciones específicas, en el caso del Código Procesal de la Nación, respecto de la posibilidad de iniciar el proceso ante el domicilio de cualquiera de los cónyuges en caso de que se tratare de una petición conjunta. Finalmente dirime la controversia respecto del juez competente en las acciones referidas a la liquidación del régimen de bienes cuando uno de los esposos se encuentra sometido a un proceso concursal o en quiebra.

II) Concordancias

Nulidad de matrimonio, absoluta y relativa (arts. 424 y 425); proceso de divorcio, requisitos y procedimiento del divorcio (art. 438); principios generales de los procesos de familia (art. 706); reglas de competencia, procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes (art. 716); reglas de competencia, alimentos y pensiones com-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

pensatorias entre cónyuges o convivientes (art. 719); medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio (art. 721); disposiciones de Derecho Internacional Privado, jurisdicción (art. 2621). CPCCN, competencia, reglas generales (art. 5°, incs. 3° y 8°). CPCCBA, competencia, reglas generales (art. 5°).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Antecedentes de la norma*

En el Código de fondo, desde la regulación de la ley de matrimonio civil 2393 ya se dispuso de un criterio de competencia para las acciones de divorcio y nulidad de matrimonio que debían intentarse en el domicilio de los cónyuges. Con las distintas interpretaciones jurisprudenciales a la norma que así lo establecía (art. 104, Cód. anterior; conf. ley 2393), dado que entonces la mujer era incapaz y sujeta a representación por su marido, se fue delineando la postura que finalmente se plasmó en el artículo 227 del código anterior, que disponía que la demanda de divorcio o nulidad de matrimonio debía interponerse ante el juez del último domicilio conyugal aunque no fuera el de los esposos al momento de promover la demanda.

De hecho, la larga elaboración doctrinaria y jurisprudencial que se hizo de la norma de la ley de matrimonio civil recién citada es la que permitió establecer que, por "domicilio de los cónyuges", debía entenderse el domicilio donde estuvo asentado de consuno el matrimonio, al momento de producirse la separación[112].

III.2) *Reglas generales de atribución de competencia*

Como se vio a lo largo del articulado del Código, la acción de divorcio puede ser iniciada por uno o ambos esposos. En los supuestos de nulidad, tratándose de un proceso ordinario que requiere actividad probatoria para acreditar los extremos que se invoquen así como también la eventual buena fe, será, por el contrario, iniciado por uno solo de ellos.

[112] BELLUSCIO, ob. cit., t. I, p. 483; KALLER DE ORCHANSKY, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., t. 1-A, p. 262.

III.3) *Competencia territorial. Opción*

Al igual que el anterior artículo 227 la norma en comentario otorga competencia para entender tanto en la acción de divorcio como en la de nulidad de matrimonio y las derivadas de los efectos de éstas, no sólo al juez del último domicilio conyugal sino también, a elección del actor, el del domicilio del cónyuge demandado, además, en este caso diferenciándose del anterior ordenamiento, disponiendo expresamente la posibilidad, en el supuesto de que la presentación sea efectuada en forma conjunta por los esposos, de que se inste el proceso en el domicilio de cualquiera de los esposos[113].

III.4) *Competencia por conexidad*

A fin de mantener una unidad de criterio en orden a la intervención de las diversas cuestiones que puedan iniciarse por la ruptura del matrimonio y en orden a las acciones que versaren de los efectos de éstas la norma, al igual que su antecesora, regula que deben tramitar estas últimas ante el mismo juez que entendió en el proceso de divorcio. Esto no es más que la aplicación del principio procesal *perpetuatio jurisdictionis*. Asimismo, el artículo 719 del Código establece que en las "acciones por alimentos o por pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes es competente el juez del último domicilio conyugal o convivencial...", en coincidencia con la pauta rectora que emana del artículo en comentario.

En el ámbito nacional, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en su artículo 6°, inciso 3°, dispone que será competente: "En la exclusión de cónyuge, tenencia de hijos, régimen de visitas, alimentos y litisexpensas, el del juicio de divorcio, o de nulidad de matrimonio,

[113] En este sentido, al no estar expresamente previsto en el ordenamiento anterior en los casos de procesos de divorcio consensuados, al carecer de parte demandada en sentido estricto alguna jurisprudencia señaló que si una de las partes tiene domicilio real en la jurisdicción del Juzgado y la otra acepta sujetarse a la competencia de ese tribunal, la demanda debía aceptarse. Conf. CNCiv., sala G, 26-6-96, J. A. 1998 III, sínt.; KIELMANOVICH, Jorge L., *Derecho Procesal de Familia*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2008, p. 386; *Código Civil de la República Argentina explicado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, t. I, p. 644.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

mientras durare la tramitación de estos últimos. Si aquéllos se hubiesen iniciado con anterioridad, pasarán a tramitar ante el juzgado donde quedare radicado el juicio de divorcio o de nulidad de matrimonio..."

Ello así, del análisis concordante de las normas citadas, no se presenta inconveniente alguno en cuanto a que todas aquellas acciones conexas al proceso de divorcio que atañen únicamente a los cónyuges, sin que se involucren cuestiones referentes a los hijos menores de edad (referidas, por ej.: a la atribución de la vivienda o a la liquidación del régimen patrimonial del matrimonio, simulación o fraude, con la excepción en caso de quiebra que veremos seguidamente), corresponderá que intervenga el mismo juez que entendió o entiende en el proceso de divorcio o nulidad.

Por su parte, cuando se hallaren comprometidos intereses de los hijos menores de edad, se ha sostenido que, por ejemplo, para la acción de alimentos ha de aplicarse esta pauta en tanto "tratándose de alimentos para el hijo menor, si tramita el juicio de separación personal, divorcio o nulidad de matrimonio de sus progenitores, será competente el juez ante el que tramita dicho juicio, conforme el artículo 6°, inciso 3° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación"[114]. El mismo criterio habrá de observarse para todas aquellas cuestiones derivadas de la responsabilidad parental.

Es que la competencia por conexidad tiene su razón de ser en supuestos en que la materia litigiosa que se debate, con posterioridad a la radicación de la causa originaria, no es más que la prolongación de la misma controversia, de modo tal que habrá de ser sometida al mismo tribunal que previno para permitir la unidad de criterio en la valoración de los hechos y el Derecho invocados[115].

Ahora bien, el Código resuelve expresamente la circunstancia que eventualmente pudiese darse en el caso de que en aquellos procesos conexos a las acciones de divorcio o nulidad e independientemente de ello, cuando existiesen hijos menores, éstos residieran en una jurisdicción distinta a la del juez del proceso principal al establecer en

[114] BOSSERT, Gustavo A., *Régimen jurídico de los alimentos*, reimp., Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 318/9.

[115] KIELMANOVICH, *Los principios del proceso de familia* cit., p. 38.

el artículo 716, a cuyo comentario se remite, que será juez competente aquel donde la persona menor de edad tiene su centro de vida[116].

Sin embargo pueden configurarse supuestos fácticos en que uno de los cónyuges demande el divorcio ante el juez del domicilio conyugal, incluyendo la formulación de la propuesta de acuerdo a lo que prevé el artículo 438 del Código. En el evento de no existir acuerdo sobre la cuestión relativa a los derechos de los hijos –custodia, comunicación, alimentos– cabría interrogarse acerca de qué juez resulta competente en el caso en que los niños vivan junto a uno de sus padres en un domicilio diverso al correspondiente al que fuese el domicilio conyugal. Una primera solución consistiría en que la regla a aplicar es la del artículo 716; sin embargo si el juez competente en el divorcio abrió el debate relativo a las cuestiones de los hijos –citándolos conforme su derecho constitucional a ser oídos y lo dispuesto por el artículo 707 del Código–, ello fijaría la competencia de este magistrado en relación con esta cuestión. Pareciera así que la aplicación preferente resulta la del artículo 716 en función de lo dispuesto por los artículos 2° y 10 del Código, a fin de prevenir la posición jurídica dominante del adulto, y en función del artículo 706.

III.5) *Fuero de atracción. Quiebra o concurso del cónyuge*

En este sentido, debe recordarse que la ley 24.522, en su artículo 21, dispone que el concurso produce la radicación ante el juez de este

[116] Se hizo eco la reforma del criterio jurisprudencial uniformemente admitido de aquel que establece que en aquellos procesos cuyo objeto atañe a menores deberá otorgarse primacía al lugar donde éstos viven efectivamente, ya que la eficacia de la actividad tutelar torna aconsejable una mayor inmediación del juez de la causa, con la situación de los mismos (conf. CSJN, 3-3-98, L. L. 1998-C-8, N° 97.082; 25-11-97, "U. E. W.", www.laleyonline.com.ar; en el mismo sentido CSJN en autos "G. O. H. y A. c/S. M. E", L. L. 2008-D-341; 28-4-2009, "B. A. B s/Tutela"), es que "la regla atributiva *forum personæ* hace referencia al lugar donde los menores viven efectivamente y representa un punto de conexión realista, en tanto contribuye a la inmediación, se profundiza y refina la noción de centro de vida que hace suya el art. 3°, inc. f, de la ley 26.061 [...] como una derivación concreta del mejor interés del niño..." (conf. CSJN, 20-8-2008, "F. M. A", *Fallos*: 331:1900), interés del niño que podrá verse mejor tutelado si se atiende al consabido principio de inmediatez en resguardo de los derechos de los hijos menores de edad y en procura de su satisfacción (conf. CSJN, "A. V., M y T. M., V. s/Protección especial", L. L. 2009-B-411).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

proceso de todos los juicios de contenido patrimonial contra el concursado. Empero, el artículo 21 en el inciso 2° de la misma ley exceptúa expresamente los juicios fundados en las relaciones de familia.

Ello dio lugar a distintos criterios referidos a la cuestión de la competencia sobre este tipo de temática generando voces contradictorias en la jurisprudencia ya que algunos fallos han entendido que las acciones referidas a los bienes del matrimonio resultan una pretensión incidental dentro del proceso de quiebra, mientras otros precedentes han señalado expresamente que el fuero de atracción no se ejerce en ningún supuesto en aquellos procesos fundados en acciones de familia, incluyéndose a los de liquidación y partición de la llamada sociedad conyugal.

En efecto, en un precedente se señaló que "...si bien aquellos fundados en el vínculo marital, que ventilan cuestiones personalísimas y carecen de contenido patrimonial, deben quedar bajo la competencia de los jueces especializados, no existe obstáculo para que el juez del concurso entienda en los que refieren a cuestiones netamente patrimoniales. Así se atiende al principio de universalidad y concentración impuesto por la ley para hacer efectiva la competencia universal del juez sobre los bienes del fallido, pagar a los acreedores en situación de igualdad y consolidar los efectos jurídicos de la declaración de quiebra [...] En el mismo orden de ideas, aparece conveniente la participación de la sindicatura, toda vez que una causa del tipo que aquí se trata se intenta ejercitar sobre bienes desapoderados"[117].

Mientras tanto, y sobre idéntica cuestión, más recientemente en el ámbito civil se sostuvo: "...en virtud de lo normado por los artículos 21, inciso 1° y 132 de la ley 24.522, debe mantenerse lo decidido al respecto por la magistrado de grado, sin que pueda admitirse otra excepción que no sea la prevista por la propia ley, no siendo de aplicación el fuero de atracción en contraposición a la normativa señalada. Es un proceso fundado en las relaciones de familia –de las que la sociedad conyugal es consecuencia legal–, por lo que no es atraído por el concurso o la quiebra"[118].

[117] CNCom., sala B, 23-6-2000, "Arditi, Elías R. s/Quiebra", J. A. 2001-III-114.

[118] CNCiv., sala K, 9-5-2008, "Ramos, Adriana N. c/Elillo, Osvaldo E.", Abeledo Perrot N° 70046573.

Ello expuesto, la solución del Código resulta acorde con la naturaleza propia de los procesos concursales en tanto se trata de juicios de carácter universal en los que, con independencia de las personas que en ellos intervienen, su objeto es el patrimonio del concursado que está sometido a la transferencia total o parcial hacia otras personas con motivo del proceso que tiene origen en la insolvencia[119]. Por lo demás, cuando se debate lo atinente al régimen patrimonial del matrimonio y se da el caso de concurso o quiebra de uno de los esposos, no se trata en estrictez de una situación fundada en las relaciones de familia y, por sobre todas las cosas, debe mantenerse una unidad de criterio en las resoluciones que se dicten en ambos supuestos, con relación a los bienes del fallido, ya que resulta claro que incidirán las decisiones que se tomen en uno u otro.

IV) Significado de la reforma

Con relación a la competencia la norma no introduce modificaciones sustanciales a excepción de la posibilidad expresa que se brinda, para el supuesto en que el proceso de divorcio que se plantee en forma conjunta por los esposos, de acudir a la jurisdicción del domicilio de cualquiera de los cónyuges.

La determinación de las reglas de competencia reviste preponderancia en tanto importa dotar de eficacia real al principio de acceso a la justicia (art. 14, CN), y en supuestos determinados, implica que las personas vulnerables a quienes se dirige especialmente el ordenamiento, puedan incorporarse a la vía jurisdiccional de forma accesible (física y temporalmente). Toda interpretación de las normas deberá realizarse en función de eliminar las barreras que importan la distancia, los costos económicos y falta de inmediatez con el órgano jurisdiccional, y con sustento en los artículos 2° y 10 del Código, resulta posible sortear la posición abusiva que implicaría que un progenitor, fundado en la regla de competencia del artículo en comentario, pretenda su vigencia por sobre la establecida en el artículo 716.

En cuanto a la noción de domicilio conyugal, el mismo ordena-

[119] FALCÓN, Enrique M., *Una definición de los procesos colectivos*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2011-2, *Procesos colectivos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 45.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

miento, al regular las disposiciones de Derecho Internacional Privado, lo define más adelante señalando que domicilio conyugal efectivo será aquel "de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges" (conf. art. 2621). Por estas razones, a diferencia del ordenamiento anteriormente vigente el Código resuelve las cuestiones que pudieren presentarse ante la presencia de un elemento extranjero (conf. arts. 2594 y concs.).

Por su parte resuelve el arduo debate que se planteó respecto del juez competente para entender en los procesos de liquidación del régimen patrimonial del matrimonio cuando uno de los esposos se hallare sometido a un proceso concursal o de quiebra. La norma innova y resuelve un tema de interés y que generó arduos debates en jurisprudencia en orden a la competencia para intervenir en dichas acciones, estableciendo la competencia del juez del proceso colectivo.

Art. 718 ***Uniones convivenciales.*** **En los conflictos derivados de las uniones convivenciales, es competente el juez del último domicilio convivencial o el del demandado a elección del actor.**

I) Resumen

Por análogas razones a las consideradas al momento de la atribución de competencia frente a la disolución del matrimonio, se establece la competencia para los conflictos derivados de las uniones convivenciales, en favor del juez del último domicilio de los convivientes o a elección del actor, el del domicilio del demandado.

II) Concordancias

Uniones convivenciales (arts. 509 y ss.); Derecho Internacional Privado (arts. 2627 y 2628).

III) Interpretación de la norma

A partir del artículo 509 se regula el régimen incorporado como novedad legislativa por este Código para las uniones convivenciales.

Se define como tal a aquella "basada en relaciones afectivas de carácter singular, pública, notoria, estable y permanente entre dos personas que comparten un proyecto de vida común, sean del mismo o de diferente sexo".

El artículo 510 regula los requisitos para la configuración de la unión convivencial que es reconocida por el ordenamiento, y el artículo 511 establece el mecanismo de la registración a fin de probar la existencia de la unión, su eventual extinción y los pactos celebrados entre los convivientes. No obstante la falta de registración no obsta a la producción de otro tipo de pruebas.

Se establece con relación a los efectos derivados de la unión convivencial y eventuales conflictos, la competencia en favor del juez del último domicilio convivencial o a elección del actor, el del demandado. Queda excluido lo relativo a las relaciones derivadas de la responsabilidad parental, en que rige plenamente el artículo 716.

Puede pensarse así en las cuestiones suscitadas con motivo de los efectos del pacto de convivencia celebrado entre los convivientes –artículos 513 y siguientes–, por conducto de los cuales se regulan las relaciones económicas entre los convivientes; el deber de asistencia –artículo 519– durante la convivencia, la contribución a los gastos del hogar, la atribución de la vivienda familiar frente al cese de la unión convivencial –artículo 526–, y la fijación judicial de la compensación económica que surge con motivo del cese de la convivencia, en favor del conviviente que sufre un desequilibrio económico manifiesto que empeore su situación económica, con causa adecuada en la ruptura de la pareja –artículos 524, 525–.

Dispone el artículo 525: "*Fijación judicial de la compensación económica. Caducidad.* El juez determina la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión; b) la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese; c) la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica; e) la colaboración prestada a las activi-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

dades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente; f) la atribución de la vivienda familiar.

"La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis (6) meses de haberse producido cualquiera de las causas de finalización de la convivencia enumeradas en el artículo 523".

Por su parte, con relación a la atribución de la vivienda por decisión judicial el artículo 526 establece: "*Atribución del uso de la vivienda familiar*. El uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial puede ser atribuido a uno de los convivientes en los siguientes supuestos: a) si tiene a su cargo el cuidado de hijos menores de edad, con capacidad restringida, o con discapacidad; b) si acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela en forma inmediata. El juez debe fijar el plazo de la atribución. El plazo no puede ser mayor al que hubiera durado la convivencia, con un máximo de dos (2) años a contar desde que se produjo el cese de la convivencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 523. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado durante el plazo previsto sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato. El derecho de atribución cesa en los mismos supuestos previstos en el artículo 445".

IV) Significado de la reforma

La norma procesal resulta acorde con la introducción de la regulación de las uniones convivenciales en el Código. Visto su reconocimiento expreso y la atribución de efectos propios, que pueden generar eventuales conflictos entre los convivientes, resulta de toda lógica la previsión del ámbito jurisdiccional donde los mismos habrán de debatirse.

Art. 719 ***Alimentos y pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes.*** **En las acciones por alimentos o por pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes es competente el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria, a elección del actor.**

I) Resumen

El preexistente artículo 228 reguló la competencia en las acciones alimentarias derivadas de la unión matrimonial.

La reforma agrega la previsión referida a las uniones de hecho, con una regulación igualitaria en la materia, así como las cuestiones derivadas de la pensión compensatoria que se introduce también en el Código.

II) Concordancias

Alimentos entre cónyuges (arts. 432, 433); alimentos posteriores al divorcio (art. 434); divorcio, convenio regulador (art. 439); compensación económica (arts. 441 y ss.); Derecho Internacional Privado (arts. 2629 y 2630).

III) Interpretación de la norma

El artículo en comentario regula la competencia judicial a los fines de la determinación de la prestación alimentaria derivada de la unión matrimonial y/o convivencial, así como la fijación de las prestaciones compensatorias en caso de corresponder.

La competencia resulta la misma, trátese de uniones conyugales o convivenciales, acorde con la regulación y reconocimiento de efectos a las uniones convivenciales, en línea armoniosa con los establecidos en cabeza de los cónyuges.

Si bien en principio la obligación alimentaria sólo rige durante el matrimonio, se prevé su mantenimiento en los supuestos previstos por la normativa o en virtud del acuerdo celebrado al respecto por los excónyuges.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Así, el artículo 434 prevé el supuesto en los siguientes términos: "*Alimentos posteriores al divorcio.* Las prestaciones alimentarias pueden ser fijadas aun después del divorcio: a) a favor de quien padece una enfermedad grave preexistente al divorcio que le impide autosustentarse. Si el alimentante fallece, la obligación se trasmite a sus herederos; b) a favor de quien no tiene recursos propios suficientes ni posibilidad razonable de procurárselos. Se tienen en cuenta los incisos b), c) y e) del artículo anterior. La obligación no puede tener una duración superior al número de años que duró el matrimonio y no procede a favor del que recibe la compensación económica del artículo 441. En los dos supuestos previstos en este artículo, la obligación cesa si: desaparece la causa que la motivó, o si la persona beneficiada contrae matrimonio o vive en unión convivencial, o cuando el alimentado incurre en alguna de las causales de indignidad. Si el convenio regulador del divorcio se refiere a los alimentos, rigen las pautas convenidas".

Por su parte respecto a la compensación económica, dispone el artículo 441: "*Compensación económica.* El cónyuge a quien el divorcio produce un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación y que tiene por causa adecuada el vínculo matrimonial y su ruptura, tiene derecho a una compensación. Ésta puede consistir en una prestación única, en una renta por tiempo determinado o, excepcionalmente, por plazo indeterminado. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o decida el juez"

Agrega el artículo 442 las pautas para la fijación judicial de la compensación económica. "A falta de acuerdo de los cónyuges en el convenio regulador, el juez debe determinar la procedencia y el monto de la compensación económica sobre la base de diversas circunstancias, entre otras: a) el estado patrimonial de cada uno de los cónyuges al inicio y a la finalización de la vida matrimonial; b) la dedicación que cada cónyuge brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos durante la convivencia y la que debe prestar con posterioridad al divorcio; c) la edad y el estado de salud de los cónyuges y de los hijos; d) la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del cónyuge que solicita la compensación económica; e) la colaboración

prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge; f) la atribución de la vivienda familiar, y si recae sobre un bien ganancial, un bien propio, o un inmueble arrendado. En este último caso, quien abona el canon locativo. La acción para reclamar la compensación económica caduca a los seis (6) meses de haberse dictado la sentencia de divorcio".

En materia de uniones convivenciales, por su parte, "Cesada la convivencia, el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y su ruptura, tiene derecho a una compensación, ésta puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor a la duración de la unión convivencial. Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez" (art. 524).

En el régimen del código anteriormente vigente, correspondía distinguir dos situaciones, según que el proceso se plantease preexistiendo ya una causa de divorcio, separación o nulidad entre los cónyuges o si se interponía de manera autónoma, como cuestión principal. En el primer caso la competencia se atribuyó al juez del divorcio –remisión artículo 227–. En el segundo supuesto, se estableció una quíntuple opción en favor del actor, cuya finalidad era favorecer al acreedor alimentario, entendido como la parte débil de esta relación jurídica, facilitándole el acceso a múltiples jurisdicciones[120].

La reforma no discrimina el modo de planteamiento de la cuestión, estableciendo una solución uniforme, con un juego de opciones a determinar por el actor –en cuyo beneficio se establece: el juez del último domicilio conyugal o convivencial, o el del domicilio del beneficiario, o el del demandado, o aquel donde deba ser cumplida la obligación alimentaria–.

La multiplicidad de opciones reconocida por la legislación interna resulta asimismo acorde con la regulación en el plano internacional. En efecto, así se observa por ejemplo en la CIDIP IV de 1989 sobre

[120] KALLER DE ORCHANSKY; LEVY y WAGMAISTER, en BUERES y HIGHTON, *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial* cit., t. 1-B, ps. 262 y ss.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

obligaciones alimentarias. Este instrumento regula la determinación del Derecho aplicable a las obligaciones alimentarias, así como la competencia y la cooperación procesal internacional, cuando el acreedor de alimentos tenga su domicilio o residencia habitual en un Estado Parte y el deudor tenga domicilio, residencia habitual, bienes o ingresos en otro Estado Parte. El instrumento se aplica a las obligaciones alimentarias en favor de menores de edad y a las que derivan de las relaciones conyugales (art. 1°).

El artículo 8° del instrumento dispone la competencia internacional para conocer en estas acciones alimentarias, a opción del acreedor: a) el juez o autoridad del Estado del domicilio o residencia habitual del acreedor; b) el juez o autoridad del Estado del domicilio o residencia habitual del deudor; c) el juez o autoridad del Estado con el cual el deudor tenga vínculos personales, tales como posesión de bienes, percepción de ingresos, obtención de beneficios económicos. Asimismo se valida la competencia de otro Estado si el demandado comparece en juicio sin objetar la competencia.

Por su parte el artículo 9° dispone la competencia para conocer en las acciones de aumento de alimentos en favor de los mismos jueces mencionados en el artículo precedente. Y respecto al cese y reducción, las autoridades que conocieron en la fijación de los alimentos originarios.

IV) Significado de la reforma

El Código regula con criterio unificado la competencia en materia alimentaria y de pensiones compensatorias, tanto frente a las uniones conyugales como convivenciales.

Se respeta la amplitud de fueros en favor del acreedor alimentario, en consideración de su condición de parte débil de la relación jurídico/procesal, debilidad determinada por su necesidad de ocurrir a la vía judicial a fin de percibir la prestación asistencial regulada.

Art. 720 ***Acción de filiación.*** **En la acción de filiación, excepto que el actor sea persona menor de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del domicilio del demandado.**

I) Resumen

En forma concordante a lo dispuesto en el artículo 716 analizado, así como lo establecido en el capítulo referido a la filiación, se regula la competencia para las acciones filiales, diferenciando el caso que el actor sea persona menor de edad o con capacidad restringida. En este último supuesto, en consonancia con lo dispuesto por el artículo 581, la competencia se atribuye al juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida, dejando a su opción la eventualidad de promoción de la acción por ante el juez del domicilio del demandado, que por su parte constituye la regla general fijada por el artículo.

II) Concordancias

Filiación, competencia (art. 581); persona menor de edad (arts. 24 a 26); personas con capacidad restringida (arts. 31 y ss.); Derecho Internacional Privado (arts. 2631 a 2634).

III) Interpretación de la norma

Las acciones de filiación constituyen típicas acciones personales; en el caso, relativas a la determinación del título de estado de la persona. Respecto a ellas, la competencia tradicionalmente fue determinada en función del domicilio del demandado (art. 5°, incs. 3°, 4°, 5°, CPCCN).

Ya fue expresado al comentar el artículo 716 la inconveniencia de esta pauta de determinación procesal, más direccionada al ejercicio de acciones personales de tinte patrimonial, y alejada de otros principios necesarios y consustanciales al derecho familiar como los de inmediatez y tutela judicial efectiva.

En consonancia con el artículo en análisis, el artículo 581 oportunamente dispuso: "*Competencia.* Cuando las acciones de filiación sean ejercidas por personas menores de edad o con capacidad restringida, es competente el juez del lugar donde el actor tiene su centro de vida o el del domicilio del demandado, a elección del actor".

El derecho de acceso a la justicia es, además de un derecho autó-

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

nomo, un derecho instrumental para la realización de los demás derechos, civiles, políticos, económicos, sociales, culturales.

La efectiva realización de este derecho exige no sólo la posibilidad de ocurrir al ámbito jurisdiccional en resguardo de los propios derechos, sino que se tomen en cuenta las disponibilidades efectivas con que cuenta el justiciable a este fin. Se trata de remover los obstáculos procesales y reales que impidan al niño la obtención de un pronunciamiento rápido que declare su estado filial, procurándose asimismo que el juicio que debió impulsarse ante la falta de reconocimiento paterno no redunde en perjuicio del niño, considerando los costos que insume el litigio en extraña jurisdicción[121].

En sintonía con estos argumentos, ha sido la jurisprudencia la que ha apoyado el apartamiento de las normas procesales expresas, en salvaguarda de la efectividad de los derechos del actor, cuando el mismo es una persona menor de edad.

Así se dijo que "...mantener la aplicación de las pautas genéricas contenidas en el artículo 5°, inciso 3° del Código Procesal, implicaría obligar al menor a incurrir en diligencias costosas para poder reclamar su filiación, realidad que no se compadece con la protección primordial de la que es sujeto"[122].

A nivel provincial se afirmó que "el carácter operativo de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño permite admitir el reconocimiento de competencia al juez del domicilio del menor para entender en la acción que ejercita para reclamar su filiación y hacer efectivo el derecho a tener un nombre y conocer a sus padres (art. 7°, Convención sobre los Derechos del Niño) integrativo de su derecho a la identidad (art. 8°...) [...] El criterio interpretativo que se postula facilita el acceso a la jurisdicción, garantizando de modo más eficaz el inalienable derecho que toda persona tiene a una filiación reconocida..."[123]

El reconocimiento de una norma expresa, como la aquí estudiada

[121] FAMÁ, María Victoria. *La filiación. Régimen constitucional, civil y procesal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 192.

[122] CNCiv., sala F, 4-3-97 cit.

[123] CSJ de Tucumán, Sala Civil y Penal, 6-4-2004, L. L. NOA, julio de 2004, p. 1296.

–en consonancia con el artículo 716–, que impone una solución diferenciada para la regulación del acceso a la justicia de niños/adolescentes y personas con discapacidad, atiende a su inclusión en cuanto colectivo *vulnerable*.

La valoración de la vulnerabilidad en verdad se inserta en un contexto más amplio de análisis teórico-político referido a la particularización de derechos universales en favor de ciertos grupos desfavorecidos[124] –niños, mujeres, personas con discapacidad, ancianidad–. Este proceso de especificación[125] pretende paliar la situación de desventaja social, no reparable mediante la igualdad formal en derechos, a través del reconocimiento de "derechos de grupo" como herramienta indispensable para la eficacia de los derechos individuales[126].

La protección especial que se brinda a estos colectivos no debe verse como práctica de discriminación, sino como mecanismo para superar las condiciones de desigualdad que impiden a sus miembros el ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad[127].

Puede decirse entonces que la vulnerabilidad aparece como una calificación "equilibrante" y emparenta con la noción de *debilidad jurídica*.

Tal como se ha explicado, la tutela de la debilidad jurídica es un concepto nuevo y superador de la tradicional protección de la persona. En el Derecho Civil la centralidad de la persona es una preocupación constante, no sólo porque el valor más alto que debe realizar el Derecho es la justicia, entendida como el modo de brindar a las personas el

[124] HUENCHUAN, Sandra y MORLACHETTI, Alejandro, *Análisis de los instrumentos internacionales y nacionales de derechos humanos de las personas mayores*, CEPAL, p. 61.

[125] La especificación distingue categorías a las que reconoce derechos especiales en función de su situación cuando se detecta la inoperancia de los derechos generales. BOBBIO, Norberto, *Derechos del hombre y filosofía de la historia*, en *Anuario de Derechos Humanos*, N° 5, p. 27.

[126] HUENCHUAN y MORLACHETTI, ob. cit., ps. 50 y 51.

[127] ESPINOSA TORRES, P., *Grupos vulnerables y cambio social*, en *Quórum*, Instituto de Investigaciones Legislativas, Cámara de Diputados, año IX, N° 72, mayo-junio de 2000, México, p. 10.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

mayor espacio de libertad, sino porque es la rama jurídica que se ocupa particularmente de ella[128].

La noción de vulnerabilidad exige respuestas diferenciadas en materia de acceso a la justicia. Hoy día se habla de un derecho al "efectivo acceso a la justicia", como aquel que requiere que se remuevan los obstáculos que se oponen a la "igualdad de armas"[129], consagrándose, a partir de la implementación de ciertas instituciones equilibradoras, una suerte de *igualdad por compensación*, a partir del reconocimiento de ciertos privilegios procesales a la parte menos dotada[130].

En esta línea corresponde resaltar la importancia de las "100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad"[131] que contemplan a la edad y la discapacidad como determinantes de la inclusión en el universo de vulnerabilidad[132],

[128] KRASNOW, Adriana, *La protección de la debilidad jurídica en el marco de las relaciones paterno filiales: encuentros y desencuentros entre responsabilidad parental y autonomía progresiva*, en RDF 51-73.

[129] Convención Europea de Derechos humanos, arts. 6.1., 6.3; Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 8°; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 14.1. Ver también: *El acceso a la justicia como garantía de los derechos económicos, sociales y culturales. Estudio de los estándares fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos humanos, 7-9-2007.

[130] NOGUEIRA, Juan Martín y SCHAPIRO, Hernán, *Acceso a la justicia y grupos vulnerables. A propósito de las reglas de Brasilia*, Platense, La Plata, 2012, ps. 25 y ss.

[131] XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, 2008.

[132] Regla 3: "Se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico". Regla 4: "Podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas o a minorías, la victimización, la migración y el desplazamiento interno, la pobreza, el género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico". Regla 5: "Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud de la legislación nacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo". Regla 8: "Se procurará establecer las condiciones necesarias para garantizar la accesibilidad de las personas

exigiendo adecuaciones procesales tendientes a paliar o nivelar dicha condición de desventaja[133].

Respecto a la condición de infancia y a la justificación de la opción por la competencia del lugar donde el niño tiene su centro de vida, fue tratado en el análisis del artículo 716.

Con relación a las personas con discapacidad, el artículo 13 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con discapacidad, ley 26.378, exige a los Estados: "*Acceso a la justicia*: 1. Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares"[134].

La igualdad de condiciones justamente exige la consideración especial de la situación de discapacidad.

La decisión de practicar "los ajustes de procedimiento" (con enfoque etario y de género) se encamina a facilitar el desempeño de las funciones por parte de las personas con discapacidad como participantes del proceso; ya que el problema radica precisamente en el modo de garantizar que el derecho reconocido y ampliamente declamado, sea efectivamente ejercido en igualdad de condiciones que los demás[135].

con discapacidad al sistema de justicia, incluyendo aquellas medidas conducentes a utilizar todos los servicios judiciales requeridos y disponer de todos los recursos que garanticen su seguridad, movilidad, comodidad, comprensión, privacidad y comunicación".

[133] Dentro de esta categoría se incluyen aquellas actuaciones que afectan la regulación del procedimiento, tanto en lo relativo a su tramitación, como en relación con los requisitos exigidos para la práctica de los actos procesales. Reglas cits.

[134] En este sentido corresponde destacar en nuestro país el "Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia" (ADAJUS), dependiente de la Secretaría de Justicia, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación.

[135] VILLAVERDE, María Silvia, *Tutela procesal diferenciada de las personas con discapacidad: Claves para su reforma*, en *Revista de Derecho Procesal*, N° 2009-1, *Tutelas procesales diferenciadas – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 287-328.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Los ajustes de procedimiento tienen como objeto permitir el desempeño de las personas con discapacidad en un proceso. Estos ajustes pueden lograrse mediante reformas de la legislación procesal, pero también pueden realizarse de oficio al momento de cada acto jurisdiccional, ante la comprobación por parte del juez de que un obstáculo está interfiriendo para que una persona con discapacidad participe del proceso en igualdad de condiciones con las demás. Estos ajustes pueden asumir muy diversas formas[136].

En tal sentido, la determinación de las reglas de competencia juega un papel central en la medida que posibilita la eficacia real del principio de acceso a la justicia, al permitir al justiciable en condición de vulnerabilidad, el ingreso cercano e inmediato a la vía jurisdiccional, eliminando las barreras de accesibilidad que importan la distancia, los costos económicos y la falta de inmediatez con el órgano jurisdiccional.

IV) Significado de la reforma

El Código sancionado ha contemplado de manera diferenciada, en la regulación de variadas instituciones del Derecho de fondo, la situación especial de las personas vulnerables, disponiendo ajustes legislativos adecuados, tanto frente a niños, niñas y adolescentes como personas con discapacidad.

Desde esta perspectiva constitucional (art. 75, inc. 23, Const. Nac.), acorde con el Derecho humanitario, corresponde contemplar de forma diferenciada también la regulación procesal cuando el sujeto activo del proceso integra uno de estos colectivos vulnerables. Desde tal fundamentación humanitaria y constitucional que hemos sintéticamente referenciado, se justifica la solución normativa analizada.

[136] REDI, *Capacidad jurídica y acceso a la justicia: una propuesta de reforma legal desde las organizaciones de personas con discapacidad*, Facultad de Derecho, UBA, Buenos Aires, 2010.

CAPÍTULO 4

MEDIDAS PROVISIONALES

Art. 721 ***Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio.*** **Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Puede especialmente:**

a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble;

b) si corresponde, establecer la renta por el uso exclusivo de la vivienda por parte de uno de los cónyuges;

c) ordenar la entrega de los objetos de uso personal;

d) disponer un régimen de alimentos y ejercicio y cuidado de los hijos conforme con lo establecido en el Título VII de este Libro;

e) determinar los alimentos que solicite el cónyuge teniendo en cuenta las pautas establecidas en el artículo 433.

I) Resumen

Cuando se produce la ruptura del vínculo matrimonial suelen suscitarse una serie de cuestiones vinculadas a las relaciones personales entre los cónyuges y frente a los hijos, que deben ser resueltas por el juez que entiende o habrá de entender en el proceso de divorcio.

II) Concordancias

Actuación del Ministerio Público (art. 103); nulidad del matrimonio (arts. 424 a 430); alimentos solicitados por el cónyuge (art. 433); divorcio (art. 437); pautas para la atribución del uso de la vivienda (arts. 443 y 444); alimentos provisorios (art. 544); ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641); desacuerdo (art. 642); cuidado personal del hijo (art. 648); obligación de prestar alimentos a los hijos (arts. 658 y ss.); medidas relativas al incumplimiento de los alimentos

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

(art. 670); jurisdicción y Derecho aplicable a las acciones de nulidad y divorcio (arts. 2621, 2622 y 2626); medidas urgentes de protección (art. 2641). CPCCN, funciones del juez (art. 34, inc. 1° *in fine*).

III) Interpretación de la norma

Las medidas cautelares en los procesos de familia se caracterizan por un particular contorno: están regidas prioritariamente por la legislación de fondo o sustantiva, y subsumen tanto a la tutela personal como a la patrimonial. Esto implica, por un lado, que están sometidas a presupuestos propios y, por otro, que no se aplican, salvo subsidiariamente, las disposiciones de los códigos procesales[137]. La particularidad dada por el material sensible que involucra la crisis familiar y en ocasiones la urgencia en reducir la instancia de conflicto ha llevado al legislador a establecer la posibilidad de requerir y disponer el dictado de tutelas de carácter anticipado para atender las cuestiones más urgentes, y especialmente vinculadas con derechos fundamentales: vivienda, alimentos y cuidado de los hijos, si los hubiere. Los requisitos para su procedencia no son otros que los que el propio Código pueda establecer: a) la presentación de la demanda de divorcio o de nulidad; b) acreditar la urgencia para prevenir un daño cierto e inminente, en el supuesto de pretenderlas antes de la interposición de la acción.

Esta norma reconoce como antecedente al artículo 231 del Código Civil derogado. Así, el juez deberá resolver estas cuestiones conexas, siempre y cuando los cónyuges no hubieren llegado a un acuerdo o como resultado de su actividad conciliadora (art. 34, inc. 1°, CPCCN), supuestos en los cuales, se limitará a homologarlo[138].

Estas medidas de protección pueden ser solicitadas por ambas partes[139], por el Ministerio Público[140], que actúa en representación promiscua de los intereses de las personas menores de edad involucradas, e incluso, pueden ser ordenadas –de oficio– por el juez.

Como en toda medida cautelar, deben cumplimentarse los presupuestos de admisibilidad, pero aquí, ellos se encuentran sensiblemente atenuados.

[137] CNCiv., sala M, 29-11-2006, "C. S., C. M. C/G., R.", E. D. 221-539, J. A. 2007-III-824, AR/JUR/10644/2006.

[138] LEVY y WAGMAISTER, en BUERES (dir.) y HIGHTON (coord.), *Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial* cit., t. 1-B, *Familia*, ps. 268 y 269.

[139] SAMBRIZZI, Eduardo A., *Separación personal y divorcio*, en L. L. 2004-II-443.

[140] GALLI FIANT, María Magdalena, *Medidas cautelares en procesos de familia. Doctrina, jurisprudencia*, Jurídica Panamericana, Santa Fe, 2005, p. 27.

III.1) *Atribución –provisional– del uso de la vivienda*[141]

La conflictividad existente en una pareja disfuncional hace que la permanencia de los esposos en la vivienda que constituyera el hogar conyugal pueda originar situaciones patológicas que hagan necesario el reintegro o exclusión de uno de ellos, a fin de preservar la salud física y psíquica de todos los integrantes de la familia. En efecto, la atribución del hogar conyugal a uno de los cónyuges, que implica la salida de otro, es evitar la violencia moral que puede producirse ante la promoción del divorcio.

De esta manera, con el cese de la convivencia se trata de no agravar los motivos que originan dicha separación en resguardo de la integridad física, psíquica y moral de los cónyuges y de los hijos menores, por el predominio de la agresión que hace difícil, tirante y aun peligrosa la convivencia.

Si la protección es requerida por uno sólo de los cónyuges, para que la misma se otorgue sin oír al restante, la persona solicitante habrá de ser contundente en la acreditación del peligro que invoca. No es suficiente la mera posibilidad, sino que deberá acreditarse un grado superior a esa instancia. Caso contrario, y en virtud de la igualdad de derechos entre los miembros de la pareja, el pedido podrá sustanciarse por un breve plazo, o el juez requerir la intervención interdisciplinaria, según fuese el motivo invocado para obtener la tutela pretendida.

A fin de determinar la procedencia y el plazo de duración de la

[141] "La vivienda tiene para el individuo un gran valor, no sólo en el aspecto patrimonial sino también en el extrapatrimonial, en cuanto le da amparo a su integridad física, garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad y es el centro de la esfera de su intimidad". KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *Protección jurídica de la vivienda familiar*, Hammurabi, Buenos Aires, 1995, p. 29.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

medida solicitada, el juez ponderará distintas pautas, entre las que se destacan la situación económica de los esposos y a quién se le atribuye el cuidado de los hijos, entre otras. Paralelamente, podrá fijar –cautelarmente– la renta compensatoria por el uso del inmueble a la que hace alusión el artículo 444.

En definitiva, cabe poner de resalto que *el cambio de la situación matrimonial de los padres no debe perjudicar a los hijos* en lo que refiere a tener cubiertas sus necesidades habitacionales, ya que el derecho a la vivienda sigue formando parte del derecho alimentario de éstos aunque hayan variado las circunstancias familiares[142].

III.2) *El cuidado personal de los hijos*

Ésta es una medida cautelar en protección de la persona menor de edad, siempre modificable si así lo aconseja su interés.

El Código remite para esta medida provisional a lo dispuesto en oportunidad de regular la responsabilidad parental. La diferencia con el otorgamiento del cuidado personal (definitivo –por oposición a provisional–) reside en que aquí el juez carece de los elementos de juicio sobre la conveniencia de que el cuidado sea ejercido por ambos, uno u otro cónyuge.

Ahora bien, la responsabilidad parental debe ser entendida como un instituto previsto para la formación integral, protección y preparación del niño para la vida. En esa línea de pensamiento, ella incluye todas las *funciones nutricias* (esto es, alimento, sostén y vivienda).

Como se ha expuesto, el Código distingue el ejercicio de aquella responsabilidad del *cuidado personal* de los hijos, al que considera como uno de los deberes y derechos de los progenitores que, en particular, refiere a la vida cotidiana del niño o adolescente. A su turno, recuerda que el ejercicio de la responsabilidad parental corresponde a ambos progenitores *conjuntamente, convivan o no.*

Cabe recordar que la regla general otorga, como primera alternativa, el cuidado personal compartido del hijo con la modalidad indistinta,

[142] BACIGALUPO DE GIRARD, María, *La vivienda familiar y el derecho alimentario*, en GROSMAN, Cecilia, *Alimentos a los hijos y derechos humanos*, Universidad, Buenos Aires, 2004, p. 201.

salvo que ello no sea posible o que resulte perjudicial (cfr. art. 651). Así, en el caso de que los progenitores no convivan, el cuidado puede ser asumido por uno o ambos, y en esta última modalidad ofrece dos variantes: el cuidado compartido alternado o indistinto.

Desde ya, si se halla comprometido el superior interés del hijo, es posible el pedido de modo cautelar de la atribución unilateral del cuidado personal; ello se lo observa, por ejemplo, en situaciones de gravedad como ser en casos de violencia o maltrato por parte de un progenitor hacia su hijo, y en mayor medida, ante un supuesto de abuso sexual. En este sentido, cabe recordar lo que dispone el Código Penal en el artículo 12: "La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces". Es por ello que suele acontecer que mientras dura el proceso en el cual se imputa a uno de los progenitores por presunto abuso sexual de su hijo se solicite, cautelarmente, la suspensión del derecho de comunicación, amén de la atribución unilateral del cuidado personal y también del ejercicio de la responsabilidad parental.

III.3) *Alimentos provisorios entre cónyuges*

La cuota provisoria de alimentos es una típica medida tutelar tendiente a evitar el perjuicio a la persona necesitada del auxilio jurisdiccional, cuando el tiempo necesario para sustentar su pretensión podría tornar su derecho ilusorio y meramente nominal. Justamente, la noción de *provisionales* y su naturaleza cautelar apuntan a que la cuota está destinada a regir sólo transitoriamente durante la tramitación del proceso.

La norma atribuye al juez la facultad de fijar alimentos provisionales, cuya finalidad consiste en atender sin demoras las necesidades más urgentes e impostergables de aquel que los reclama, durante el

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

lapso que demande el proceso. El tiempo que su finalización demore, por breve que sea, puede resultar gravoso en extremo ya que puede privar al alimentado de los rubros esenciales para su vida.

Debería tenerse en cuenta si el requerimiento de adelantamiento de jurisdicción se refiere al proceso de divorcio o al de alimentos en función del divorcio, debido que al desaparecer el divorcio-sanción, el proceso para la disolución del vínculo verá sensiblemente reducida su duración, cuestión relevante tanto al momento de la promoción de la medida cautelar como al de su otorgamiento; en ambos casos, en función de la vigencia de la misma. Si se interpone antes o concomitante con la demanda de divorcio y propuesta de acuerdo, deberá requerirse –y otorgarse– hasta tanto quede resuelto por homologación o sentencia la cuestión de que se trata, para evitar de ese modo la frustración del derecho alimentario de la persona vulnerable que los reclama.

De esta manera, el judicante debe evaluar la concesión y cuantificación de los alimentos provisorios, teniendo en miras las pautas previstas en el artículo 433 para la fijación de los alimentos durante la convivencia y la separación de hecho de los esposos.

IV) Significado de la reforma

El Código sigue aquí la misma tónica que el artículo 231 del código derogado, en tanto regula las facultades que posee el juez para ordenar medidas que permitan regular las relaciones de los integrantes de la familia en conflicto, durante el lapso que dure la tramitación del proceso.

No obstante ello, contempla algunas hipótesis específicas de suma importancia e, incluso, brinda ciertas pautas orientadoras, que llenan el vacío normativo antes existente, donde todo ello era creación autoral o dependía de la sana crítica del juez.

Art. 722 ***Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio.*** **Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, a pedido de parte, el juez debe disponer las medidas de seguridad para evitar que la administración o disposición de los bienes por uno de los cónyuges pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos patrimoniales del otro, cualquiera sea el régimen patrimonial matrimonial.**

También puede ordenar las medidas tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos de los que los cónyuges fuesen titulares.

La decisión que acoge estas medidas debe establecer un plazo de duración.

I) Resumen

Es frecuente que junto con el conflicto conyugal surja la intención de uno de los esposos de perjudicar al otro en sus derechos de carácter económico o patrimonial. El Código permite, para evitar profundizar el perjuicio, la adopción de medidas cautelares tendientes a restringir tanto los actos de disposición como los de administración sobre los bienes conyugales, como así también, posibilita la averiguación judicial de la existencia de otros bienes que tengan ese carácter.

II) Concordancias

Abuso del derecho (art. 10); nulidad del matrimonio (arts. 424 a 430); divorcio (art. 437); régimen de comunidad de ganancias (art. 463 a 466); fraude (art. 473); régimen de separación de bienes (arts. 505 y 506); improcedencia del impulso oficioso (art. 709); jurisdicción y Derecho aplicable a las acciones de nulidad y divorcio (arts. 2621, 2622 y 2626); medidas urgentes de protección (art. 2641). CPCCN, medidas cautelares (arts. 195 y ss.). Ley 26.589, controversias excluidas del procedimiento de mediación prejudicial obligatoria (art. 5°, incs. b, y f); mediación familiar (art. 31).

III) Interpretación de la norma

III.1) *Apuntes sobre la finalidad de las medidas*

Las crisis por las que puede pasar un matrimonio tienen una indudable repercusión en los bienes. Precisamente, a fin de evitar ese menoscabo patrimonial o al menos que se siga profundizando, los

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

esposos pueden solicitar, previa o simultáneamente con la acción de divorcio, distintas medidas cautelares de tutela patrimonial.

La finalidad perseguida por las medidas es proteger la integridad de los bienes y garantizar los derechos que eventualmente pudieran corresponderle al cónyuge que las obtuvo, cuando se proceda a su liquidación. En rigor, si nos referimos al régimen de comunidad de gananciales, estas medidas buscarán la *protección de la ganancialidad* frente al conflicto matrimonial[143].

Por otro lado, entre las medidas "tendientes a individualizar la existencia de bienes o derechos" que prevé el segundo párrafo del *sub examine*, puede mencionarse al *inventario*. Esta figura como medida cautelar la encontramos en el artículo 221 del CPCCN.

No resulta ocioso recordar que estas medidas pueden plantearse con antelación a la acción de divorcio. De hecho, una de las formas que prevé el Código para proteger el derecho a la ganancialidad es la *acción de fraude* entre los cónyuges; y en el marco de esta acción, será posible la adopción de medidas cautelares tendientes a asegurar el cumplimiento de la sentencia a dictarse; esto es, medidas que posibiliten el reintegro del bien salido fraudulentamente del patrimonio ganancial.

Así, el artículo 473 advierte que *resultan inoponibles* al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades pero con el propósito de defraudarlo.

Si bien estos litigios se producen durante la convivencia matrimonial, es sabido que ellos suelen ser la antesala de la ruptura conyugal, que luego se exterioriza con la solicitud de divorcio.

III.2) *Las medidas de seguridad sobre los bienes*[144]

Esta norma reconoce como antecedente al artículo 233 del Código Civil derogado, y, como puede observarse, ella señala –en forma genérica– las medidas cautelares autorizadas, esto es, todas aquellas que

[143] Véase MÉNDEZ COSTA, María Josefa, *Disposición de bienes gananciales después de iniciado el juicio de divorcio*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2008-2, *Sociedad conyugal – II*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 213.

[144] Puede ampliarse en DI LELLA, Pedro, *Medidas cautelares en juicios de disolución y liquidación de la sociedad conyugal*, en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 2008-2, *Sociedad conyugal – II*, p. 241.

sean idóneas para evitar que la gestión de uno de los esposos pueda poner en peligro, hacer inciertos o defraudar los derechos del otro. Sin embargo, esta disposición sólo considera viables aquellas medidas que, sin afectar indebidamente intereses legítimos del otro cónyuge y de terceros, se encaminen a salvaguardar la intangibilidad.

O dicho de otro modo, su límite se encuentra donde se produzcan perjuicios a los derechos del cónyuge que soporta la traba de las medidas o a los intereses comunes, sin beneficio para el que la solicita[145]. De ahí que no deben causar un daño mayor que el que se quiere evitar, y no podrían ser de tal naturaleza que impidan totalmente una actividad económica que iría, en definitiva, en desmedro de los intereses del solicitante.

En esa línea argumental, la jurisprudencia tiene dicho que la extensión de las medidas debe estar condicionada a su finalidad sin poder convertirlas en un medio de persecución ni implicar una extorsión, imposibilitando el desenvolvimiento de los negocios del cónyuge[146].

La norma citada al principio del acápite, mediante las medidas de seguridad y las medidas informativas, complementaba y ampliaba el artículo 1295 del código derogado, en tanto disponía que "entablada la acción de separación de bienes, y aun antes de ella, si hubiere peligro en la demora, la mujer puede pedir embargo de sus bienes muebles que estén en poder del marido, y la no enajenación de los bienes de éste, o de la sociedad. Puede también pedir que se le dé lo necesario para los gastos que exige el juicio".

Así las cosas, se ha dicho[147] que las medidas precautorias, previstas en el viejo artículo 1295, "no se pueden equiparar a las medidas que se dictan en los demás juicios, dado que se trata del régimen patrimonial del matrimonio que se funda en la presunta armonía, confianza y afecto entre los cónyuges, pendientes cada uno de ellos de la buena fe del otro, y por ello, *resulta ser el más indefenso de los acreedores*, de allí que este tipo de medidas sean más severas y fulminantes que las acordadas por las leyes en otro tipo de relaciones patrimoniales".

[145] CNCiv., sala I, 23-2-2006, "C., V. S. c/V., B. G. s/Medidas precautorias", elDial – AE2203.

[146] CCCom. de San Isidro, sala II, 3-8-90, D. J. 1991-I-42.

[147] CNCiv., sala A, 2-5-88, E. D. 130-283.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

En suma, la concesión de medidas precautorias en el marco de un juicio de divorcio[148] está condicionada por la finalidad perseguida por las mismas[149].

En cuanto al alcance y extensión de la tutela patrimonial, se sostenía que las medidas precautorias procedían tanto respecto de los bienes gananciales como de los propios[150]. El artículo 1295 establecía expresamente la posibilidad de embargar los bienes propios del otro cónyuge, cuando señalaba: "puede pedir [...] la no enajenación de los bienes de éste".

Se ha establecido esta posibilidad, no ya para cubrir eventuales derechos sobre los mismos –por cuanto el esposo solicitante de la medida no los tiene–, sino invocando la necesidad de garantir créditos de carácter propio del requirente, o créditos de la comunidad contra el patrimonio propio del cónyuge.

La medida cautelar podrá extenderse a los bienes propios del cónyuge justificada en eventuales derechos a recompensa o en ocultación de bienes gananciales. Si se solicitara respecto de bienes cuyo origen comunitario es dudoso, por aplicación del artículo 466 –presunción de ganancialidad– debe despacharse favorablemente, y la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora se acreditarán con la prueba de la extinción de la comunidad (sentencia de divorcio, de nulidad, de separación judicial de bienes o convención matrimonial), siendo tales condiciones las habilitantes para requerir la protección del derecho a la ganancialidad.

Resta recordar que si bien los procesos de divorcio y nulidad del

[148] Si bien el art. 1295 sólo hacía referencia a las medidas en la acción de separación de bienes, la doctrina entendía que los arts. 233 y 1295 resultaban aplicables al promoverse el divorcio o la separación personal, pues la sentencia disuelve de pleno derecho el régimen comunitario. También era pacífica la opinión de extender las previsiones de esas normas a la nulidad del matrimonio en los supuestos de los arts. 221 y 222, inc. 3° del código derogado.

[149] CNCiv., sala E, 20-5-2003, L. L. 2003-E-353.

[150] "Al existir la duda acerca de si el bien a embargar es propio o ganancial, no corresponde el esclarecimiento previo de esta cuestión que resultaría dilatoria y por tanto peligrosa. Deberá proveerse a las medidas solicitadas, sin perjuicio de la facultad del embargado de probar luego que el bien que se embargó por suponérselo ganancial, tiene carácter propio". CNCiv., sala C, 9-11-93, "V., S. c/P., D.", E. D. 159-180.

matrimonio constituyen controversias excluidas del procedimiento de *mediación prejudicial obligatoria* (art. 5°, inc. b), instaurado por la ley 26.589, se exceptúa expresamente a las cuestiones patrimoniales derivadas de aquéllos. En este último supuesto, el juez deberá dividir los procesos, remitiendo la parte patrimonial al mediador.

A fortiori, el artículo 31 de la ley –al regular de manera diferenciada la mediación familiar– establece esta exigencia para los conflictos sobre la administración y enajenación de bienes, aun sin el planteo del divorcio, y para todas las cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio y la nulidad del matrimonio.

Ahora bien, esta disposición debe ser conjugada con el artículo 5°, inciso f, en la misma ley, en tanto plantea que las medidas cautelares (aun en estos procesos) no requieren la mediación previa.

Lo dicho es sin perjuicio de la posibilidad que brindan los artículos 479 y siguientes, relativos a medidas cautelares para protección del patrimonio ganancial en ocasión de la separación judicial de bienes, a cuya lectura se remite.

III.3) *La improcedencia del impulso oficioso*

A diferencia de las medidas de tutela sobre las personas, esta norma prevé expresamente que las medidas provisionales sobre los bienes serán dispuestas por el juez, *a pedido de parte*. En otras palabras, siempre requieren la petición de la parte, *sin que puedan ser ordenadas –de oficio–* por el juez.

Esta previsión es coincidente con el artículo 709 *in fine*, en tanto dispone que el impulso oficioso no procede en los asuntos de naturaleza exclusivamente económica en los que las partes sean personas capaces.

III.4) *La duración de las medidas sobre los bienes*

Con anterioridad a la sanción de este Código, la doctrina mayoritaria entendía que estas medidas provisionales no se encontraban sujetas al régimen de caducidad previsto en el artículo 207 del CPCCN.

De manera sintética, se ha justificado dicha postura en que la norma adjetiva requiere que se trate de obligaciones exigibles, y no puede

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

aplicarse por analogía a un supuesto diferente[151] –bienes conyugales–, pues los créditos y obligaciones entre los cónyuges recién serían "exigibles" una vez concluida la liquidación de la sociedad conyugal[152].

Ahora bien, una vez decretadas, se afirmaba que ellas han de subsistir mientras dure la sociedad conyugal, ya que operan como garantía de los bienes gananciales. Incluso, se ha admitido, en algunos casos[153], la traba de medidas después de liquidada la sociedad conyugal, demostrando el solicitante que prima facie habría bienes partibles que no fueron incluidos en la liquidación[154].

Con mayor precisión, se afirmó que en los procesos de divorcio, las medidas deben mantenerse hasta la liquidación de la sociedad conyugal, excepto prueba de la injusticia de su conservación y demostración de que no han de sufrir perjuicio alguno por el levantamiento los derechos del peticionario[155].

Justamente, y a fin de que el decreto de las medidas no cause un daño mayor que el que se pretende evitar, el Código establece, con acierto, que el juez –en oportunidad de su concesión– debe estipular un plazo de duración, de modo que aquéllas no se mantengan *sine die*, como un medio de extorsión. Esta limitación se relaciona, a la vez, con principios generales del Derecho Privado como lo es el abuso del derecho.

IV) Significado de la reforma

Esta norma es superadora de lo previsto en los artículos 233 y 1295 del código derogado. En primer lugar, y como el Código ha dispuesto la posibilidad de optar entre dos regímenes patrimoniales –comunidad de ganancias o separación de bienes–, estas medidas provisionales resultan aplicables, cualquiera sea el régimen patrimonial elegido.

A su turno, el *sub examine* plantea que estas medidas siempre

[151] CNCiv., sala F, 17-4-98, L. L. 1999-C-472; íd., 26-12-97, L. L. del 18-6-99; entre otros.

[152] CNCiv., sala G, 11-11-84, E. D. 109-679.

[153] CNCiv., sala C, 21-12-93, "S. Z., J. y otro", L. L. 1994-B-183.

[154] FLEITAS ORTIZ DE ROZAS, Abel y ROVEDA, Eduardo G., *Régimen de bienes del matrimonio*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 219.

[155] CNCiv., sala D, 23-8-85, L. L. 1986-A-241.

requieren la petición de la parte, *sin que puedan ser ordenadas –de oficio–* por el juez, reafirmando aquí la improcedencia del impulso oficioso en cuestiones de corte netamente patrimonial (ver art. 709 *in fine*).

Además, se establece claramente que el juez *debe prever un término máximo de duración de la medida*, de modo que, so pretexto de subsistir hasta que se produzca la liquidación de la sociedad conyugal, no se mantenga *sine die*.

De esta manera, se dan por concluidas las disquisiciones acerca de su temporalidad, y será el juez quien –de acuerdo a su sana crítica– moderará su duración a fin de no causar al demandado un perjuicio injusto.

Art. 723 ***Ámbito de aplicación.*** **Los artículos 721 y 722 son aplicables a las uniones convivenciales, en cuanto sea pertinente.**

I) Resumen

El Código extiende aquí la posibilidad del dictado de medidas provisionales –tanto las inherentes a las personas como a los bienes– a las uniones convivenciales, si ello correspondiere.

II) Concordancias

Uniones convivenciales (art. 509); contenido del pacto de convivencia (art. 514); límites a la autonomía de la voluntad (art. 515); relaciones patrimoniales (art. 518); atribución de la vivienda familiar (art. 526); distribución de los bienes (art. 528); alimentos provisorios (art. 544); responsabilidad parental (art. 638); obligación de prestar alimentos a los hijos (art. 658); medidas frente al incumplimiento de los alimentos (art. 670); juez competente en conflictos derivados de las uniones convivenciales (art. 718); medidas provisionales relativas a las personas (art. 721); medidas de seguridad sobre los bienes (art. 722); jurisdicción y Derecho aplicable a la unión convivencial (arts. 2627 y 2628). CPCCN, medidas cautelares (arts. 195 y ss.).

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma

Actualmente, nuestro Derecho positivo reconoce a las uniones convivenciales como una de las formas posibles de constitución de una familia.

Más aún, su regulación legal pretende otorgar cierta previsibilidad a las relaciones familiares, circunstancia que no satisfacía un sistema jurídico de tipo abstencionista relativo, ya que algunos derechos eran reconocidos a determinadas parejas convivenciales en el régimen anterior, dentro de la legislación civil derogada o fuera de ella, aún vigente.

Cuando se produce el cese de la unión convivencial, pueden suscitarse una serie de conflictos vinculados a las relaciones personales entre los cónyuges y frente a los hijos. O bien, que surja la intención de alguno de sus integrantes de perjudicar al otro en sus derechos económicos o patrimoniales.

Justamente, el Código permite una serie de medidas provisionales, que resultan aplicables a las uniones convivenciales, y tienden a restringir aquellas vías de hecho sobre los bienes adquiridos durante la unión.

Cabe traer a colación el artículo 518 que regula las relaciones patrimoniales. Esta norma remite a lo estipulado en el *pacto de convivencia*. Y a falta de ese pacto, cada integrante de la unión ejerce libremente como regla general las facultades de administración y disposición sobre los bienes de su titularidad.

A ello, debemos adunar lo dispuesto en el artículo 528, que al reglamentar la distribución de los bienes al momento de la ruptura, establece que, en ausencia del pacto, los bienes adquiridos durante la convivencia *se mantienen en el patrimonio al que ingresaron*, sin perjuicio de la aplicación de los principios de enriquecimiento sin causa e interposición de personas, entre otros.

Y si bien los integrantes de la unión pueden, durante la convivencia, incluir en el citado *pacto* determinadas pautas para que, en caso de ruptura, se proceda a la atribución del hogar común y para la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, lo acordado debe respetar ciertos límites.

Así, el artículo 515 advierte que aquellos pactos no pueden ser contrarios al orden público, ni al principio de igualdad de los convivientes, ni afectar los derechos fundamentales de cualquiera de ellos.

En caso de que lo pactado contravenga la previsión legal, o se estén produciendo situaciones que afectan los derechos de uno de los integrantes de la unión, y con independencia de la atribución que, en definitiva, pudiera el juez otorgar de la vivienda común (cfr. art. 526), éste podrá decretar medidas cautelares a fin de evitar vías de hecho que causen un perjuicio a los hijos, o respecto de la persona o los bienes de uno de ellos.

IV) Significado de la reforma

Esta norma amplía la protección que el Código otorga en oportunidad de la disolución del vínculo matrimonial a otra forma de organización familiar que no se centra en el matrimonio pero que también genera relaciones y lazos sociales y jurídicos que deben ser protegidos. Las medidas cautelares constituyen una de las tantas herramientas legales que el Código prevé de manera expresa para poder dar respuesta a ciertos conflictos o, aun, para evitar que ellos se agraven.

Así, el integrante de una unión convivencial podrá peticionar y el judicante decretar diversas medidas provisionales, de oficio o a solicitud de alguno de los integrantes de la unión convivencial.

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

ÍNDICE SUMARIO

TÍTULO VI

ADOPCIÓN

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 594 – *Concepto* 9
I) Resumen 9
II) Concordancias 10
III) Interpretación de la norma 10
III.1) Consideraciones generales 10
III.2) El derecho del niño a vivir en familia 12
III.3) Emplazamiento judicial y estado de hijo 13
IV) Significado de la reforma 15

Art. 595 – *Principios generales* 15
I) Resumen 16
II) Concordancias 17
III) Interpretación de la norma 17
III.1) Consideraciones generales: el valor de los principios 17
III.2) El principio rector: el interés superior del niño 18
III.3) El derecho a la identidad 20
III.4) La preservación de los vínculos de origen 24
III.5) El derecho a conocer los orígenes 28

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.6) El derecho del niño, niña o adolescente a participar en su adopción ... 28
IV) Significado de la reforma ... 29

Art. 596 – *Derecho a conocer los orígenes* ... 30
I) Resumen ... 31
II) Concordancias ... 31
III) Interpretación de la norma ... 31
III.1) El derecho a conocer los orígenes: acceso ... 31
III.2) El derecho a conocer los orígenes: información ... 35
III.3) El papel de la familia adoptante en el derecho a conocer los orígenes: asesoramiento, acompañamiento y compromiso ... 37
III.4) Acción autónoma para conocer los orígenes ... 38
IV) Significado de la reforma ... 39

Art. 597 – *Personas que pueden ser adoptadas* ... 41
I) Resumen ... 41
II) Concordancias ... 42
III) Interpretación de la norma ... 42
III.1) Consideraciones generales ... 42
III.2) Adopción de personas menores de edad ... 42
III.3) Excepciones a la adopción de personas menores de edad ... 43
IV) Significado de la reforma ... 43

Art. 598 – *Pluralidad de adoptados* ... 44
I) Resumen ... 45
II) Concordancias ... 45
III) Interpretación de la norma ... 45
III.1) Adopciones simultáneas o sucesivas ... 45
III.2) Incorporación del concepto de autonomía progresiva ... 46
III.3) Situación de los hijos biológicos y adoptivos entre sí ... 47
IV) Significado de la reforma ... 47

Art. 599 – *Personas que pueden ser adoptantes* ... 48
I) Resumen ... 48
II) Concordancias ... 48
III) Interpretación de la norma ... 49
III.1) Importancia de las cualidades personales de los adoptantes por sobre el Registro Civil ... 49

III.2) Particularidades de la adopción de integración ... 51
III.3) Posibilidad de dar una nueva adopción ... 53
IV) Significado de la reforma ... 54

Art. 600 – *Plazo de residencia en el país e inscripción* ... 55
I) Resumen ... 55
II) Concordancias ... 56
III) Interpretación de la norma ... 56
III.1) Algunas consideraciones con relación a la necesidad de plazo de residencia para los adoptantes extranjeros ... 56
III.2) Registro de adoptantes ... 61
IV) Significado de la reforma ... 63

Art. 601 – *Restricciones* ... 63
I) Resumen ... 64
II) Concordancias ... 64
III) Interpretación de la norma ... 64
III.1) Requisito de la edad mínima. Excepción ... 64
III.2) Adopción de los ascendientes a los descendientes ... 64
III.3) Adopción de hermanos ... 65
IV) Significado de la reforma ... 66

Art. 602 – *Regla general de la adopción por personas casadas o en unión convivencial* ... 66
I) Resumen ... 67
II) Concordancias ... 67
III) Interpretación de la norma ... 67
III.1) Adopción conjunta ... 67
III.2) Adopción por parejas en unión convivencial: una modificación sustancial ... 67
III.2.A) Consideraciones generales ... 67
III.2.B) La fuerza de las voces doctrinarias y jurisprudenciales ... 68
III.3) La adopción unipersonal ... 72
IV) Significado de la reforma ... 72

Art. 603 – *Adopción unipersonal por parte de personas casadas o en unión convivencial* ... 73
I) Resumen ... 73
II) Concordancias ... 74
III) Interpretación de la norma ... 74

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.1) Salud mental del cónyuge o conviviente que le impide prestar su consentimiento válido. ... 74
III.2) Separación de hecho y ausencia de proyecto de vida en común ... 75
IV) Significado de la reforma. ... 76

Art. 604 – *Adopción conjunta de personas divorciadas o cesada la unión convivencial* ... 76
I) Resumen. ... 77
II) Concordancias ... 77
III) Interpretación de la norma ... 77
IV) Significado de la reforma. ... 78

Art. 605 – *Adopción conjunta y fallecimiento de uno de los guardadores* ... 79
I) Resumen. ... 79
II) Concordancias ... 79
III) Interpretación de la norma ... 79
III.1) La guarda con fines de adopción ... 79
III.2) El apellido del adoptado ... 81
IV) Significado de la reforma. ... 82

Art. 606 – *Adopción por tutor* ... 83
I) Resumen. ... 83
II) Concordancias ... 83
III) Interpretación de la norma ... 83
IV) Significado de la reforma. ... 84

CAPÍTULO 2

DECLARACIÓN JUDICIAL DE LA SITUACIÓN DE ADOPTABILIDAD

Art. 607 – *Supuestos* ... 84
I) Resumen. ... 85
II) Concordancias ... 86
III) Interpretación de la norma ... 86
III.1) Declaración de la situación de adoptabilidad: consideraciones generales ... 86
III.2) Niños sin filiación o padres desconocidos ... 88

III.3) Manifestación de los padres: consentimiento informado y estado puerperal ... 90
III.4) Sistema de protección integral de derechos y adopción: un vínculo inescindible ... 92
III.5) Declaración en situación de adoptabilidad, principio de preservación del vínculo con la familia de origen y derecho a la identidad ... 95
III.6) Proceso y tiempos ... 96
IV) Significado de la reforma. ... 98

Art. 608 – *Sujetos del procedimiento* ... 99
I) Resumen. ... 99
II) Concordancias ... 100
III) Interpretación de la norma ... 100
III.1) Quiénes son parte en el proceso ... 100
III.2) Otras intervenciones en el proceso ... 102
III.3) Quiénes son escuchados en el proceso ... 103
IV) Significado de la reforma. ... 104

Art. 609 – *Reglas del procedimiento* ... 105
I) Resumen. ... 106
II) Concordancias ... 106
III) Interpretación de la norma ... 106
III.1) Juez competente ... 106
III.2) Entrevista personal ... 108
III.3) Remisión de legajos de pretensos adoptantes ... 110
IV) Significado de la reforma. ... 111

Art. 610 – *Equivalencia* ... 112
I) Resumen. ... 112
II) Concordancias ... 112
III) Interpretación de la norma ... 112
IV) Significado de la reforma. ... 114

CAPÍTULO 3

GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

Art. 611 – *Guarda de hecho. Prohibición* ... 114
I) Resumen. ... 114

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

II) Concordancias ... 115
III) Interpretación de la norma ... 115
III.1) La entrega directa. Su efecto: la guarda de hecho invocada a los fines adoptivos ... 115
III.2) La opción legislativa. La prohibición de la entrega directa ... 119
III.3) Consecuencia legal de la violación de la norma ... 121
IV) Significado de la reforma ... 126

Art. 612 – *Competencia* ... 126
I) Resumen ... 126
II) Concordancias ... 127
III) Interpretación de la norma ... 127
IV) Significado de la reforma ... 128

Art. 613 – *Elección del guardador e intervención del organismo administrativo* ... 128
I) Resumen ... 129
II) Concordancias ... 129
III) Interpretación de la norma ... 129
III.1) Consideraciones generales ... 129
III.2) Mecánica prevista por el artículo ... 132
IV) Significado de la reforma ... 134

Art. 614 – *Sentencia de guarda con fines de adopción* ... 135
I) Resumen ... 135
II) Concordancias ... 135
III) Interpretación de la norma ... 135
IV) Significado de la reforma ... 136

CAPÍTULO 4

JUICIO DE ADOPCIÓN

Art. 615 – *Competencia* ... 137
I) Resumen ... 137
II) Concordancias ... 137
III) Interpretación de la norma ... 137
III.1) Consideraciones generales ... 137

III.2) Algunos avances en materia de centro de vida desde la jurisprudencia de la Corte federal ... 141
IV) Significado de la reforma ... 143

Art. 616 – *Inicio del proceso de adopción* ... 145
I) Resumen ... 145
II) Concordancias ... 145
III) Interpretación de la norma ... 145
IV) Significado de la reforma ... 148

Art. 617 – *Reglas del procedimiento* ... 148
I) Resumen ... 148
II) Concordancias ... 149
III) Interpretación de la norma ... 149
III.1) Quiénes son parte en el juicio de adopción. Consideraciones generales ... 149
III.2) Los pretensos adoptantes ... 150
III.3) El pretenso adoptado ... 150
III.3.A) El pretenso adoptado con edad y grado de madurez suficiente ... 150
III.4) Intervención del Ministerio Público y la autoridad administrativa ... 153
III.4.A) Intervención del Ministerio Público ... 153
III.4.B) La autoridad administrativa ... 154
III.5) El derecho del pretenso adoptado a ser oído. Defensa formal y principio de autonomía progresiva ... 155
III.6) Consentimiento del pretenso adoptado ... 157
III.7) Características de las actuaciones. Expediente ... 159
IV) Significado de la reforma ... 160

Art. 618 – *Efecto temporal de la sentencia* ... 160
I) Resumen ... 161
II) Concordancias ... 161
III) Interpretación de la norma ... 161
III.1) Consideraciones generales ... 161
III.2) El efecto retroactivo de la sentencia de adopción en la jurisprudencia ... 162
IV) Significado de la reforma ... 165

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

CAPÍTULO 5

TIPOS DE ADOPCIÓN

SECCIÓN 1ª

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 619 – *Enumeración* 166
I) Resumen 166
II) Concordancias 166
III) Interpretación de la norma 166
IV) Significado de la reforma 167

Art. 620 – *Concepto* 168
I) Resumen 168
II) Concordancias 169
III) Interpretación de la norma 169
III.1) Concepto de adopción plena 169
III.2) Concepto de adopción simple 170
III.3) Concepto de adopción de integración 171
IV) Significado de la reforma 172

Art. 621 – *Facultades judiciales* 173
I) Resumen 174
II) Concordancias 174
III) Interpretación de la norma 174
III.1) Facultad judicial y el interés superior del niño 174
III.2) Flexibilización de los tipos adoptivos 176
III.3) Mantenimiento del régimen legal de cada tipo 179
IV) Significado de la reforma 179

Art. 622 – *Conversión* 179
I) Resumen 179
II) Concordancias 180
III) Interpretación de la norma 180
IV) Significado de la reforma 183

Art. 623 – *Prenombre del adoptado* 183
I) Resumen 183
II) Concordancias 184

III) Interpretación de la norma 184
IV) Significado de la reforma 186

SECCIÓN 2ª

ADOPCIÓN PLENA

Art. 624 – *Irrevocabilidad. Otros efectos* 187
I) Resumen 187
II) Concordancias 187
III) Interpretación de la norma 188
III.1) La irrevocabilidad de la adopción plena 188
III.2) Acción de filiación o reconocimiento posterior 189
III.3) Efectos limitados de la filiación o reconocimiento posterior 190
IV) Significado de la reforma 190

Art. 625 – *Pautas para el otorgamiento de la adopción plena* 191
I) Resumen 191
II) Concordancias 192
III) Interpretación de la norma 192
III.1) Consideraciones generales 192
III.2) Los supuestos fácticos que pueden ameritar la adopción plena 193
IV) Significado de la reforma 195

Art. 626 – *Apellido* 195
I) Resumen 196
II) Concordancias 196
III) Interpretación de la norma 197
III.1) Adopción unipersonal 197
III.2) Adopción conjunta 197
III.3) Apellido de la familia de origen 198
IV) Significado de la reforma 199

SECCIÓN 3ª

ADOPCIÓN SIMPLE

Art. 627 – *Efectos* 200
I) Resumen 201

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

II) Concordancias ... 201
III) Interpretación de la norma ... 201
IV) Significado de la reforma ... 204

Art. 628 – *Acción de filiación o reconocimiento posterior a la adopción* ... 205
I) Resumen ... 205
II) Concordancias ... 205
III) Interpretación de la norma ... 205
IV) Significado de la reforma ... 206

Art. 629 – *Revocación* ... 206
I) Resumen ... 206
II) Concordancias ... 207
III) Interpretación de la norma ... 208
IV) Significado de la reforma ... 209

SECCIÓN 4ª

ADOPCIÓN DE INTEGRACIÓN

Art. 630 – *Efectos entre el adoptado y su progenitor de origen* ... 209
I) Resumen ... 209
II) Concordancias ... 210
III) Interpretación de la norma ... 210
III.1) Consideraciones generales ... 210
IV) Significado de la reforma ... 212

Art. 631 – *Efectos entre el adoptado y el adoptante* ... 212
I) Resumen ... 213
II) Concordancias ... 213
III) Interpretación de la norma ... 213
IV) Significado de la reforma ... 215

Art. 632 – *Reglas aplicables* ... 216
I) Resumen ... 216
II) Concordancias ... 216
III) Interpretación de la norma ... 217
IV) Significado de la reforma ... 219

Art. 633 – *Revocación* ... 219
I) Resumen ... 219
II) Concordancias ... 220
III) Interpretación de la norma ... 220
III.1) Consideraciones generales ... 220
III.2) Causales de revocación ... 221
IV) Significado de la reforma ... 221

CAPÍTULO 6

NULIDAD E INSCRIPCIÓN

Art. 634 – *Nulidades absolutas* ... 222
I) Resumen ... 223
II) Concordancias ... 224
III) Interpretación de la norma ... 225
III.1) Consideraciones generales. La incidencia en materia de nulidades de los cambios en el régimen adoptivo ... 225
III.2) Edad ... 228
III.3) Los emancipados ... 229
III.4) Diferencia mínima de edad ... 230
III.5) Las personas casadas y las personas en uniones convivenciales ... 232
III.6) El hecho ilícito antecedente ... 233
III.7) Adopción de ascendientes a descendientes y colaterales entre sí ... 235
III.8) Situación de adoptabilidad ... 236
III.9) Inscripción en el Registro de Adoptantes. Aprobación ... 238
III.10) Consentimiento de la persona adoptada ... 239
III.11) Juez competente. Normas de Derecho Internacional Privado ... 243
IV) Significado de la reforma ... 244

Art. 635 – *Nulidad relativa* ... 247
I) Resumen ... 247
II) Concordancias ... 247
III) Interpretación de la norma ... 248
III.1) Consideraciones generales ... 248
III.2) Edad mínima ... 249
III.3) Vicios de la voluntad ... 249
III.4) Derecho a ser oído ... 251
IV) Significado de la reforma ... 255

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Art. 636 – *Normas supletorias* 256
I) Resumen 256
II) Concordancias 257
III) Interpretación de la norma 257
III.1) Clasificaciones de las nulidades 257
III.2) Efectos de la sentencia 259
IV) Significado de la reforma 260

Art. 637 – *Inscripción* 260
I) Resumen 260
II) Concordancias 260
III) Interpretación de la norma 260
IV) Significado de la reforma 261

TÍTULO VII

RESPONSABILIDAD PARENTAL

CAPÍTULO 1

PRINCIPIOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Art. 638 – *Responsabilidad parental. Concepto* 263
I) Resumen 263
II) Concordancias 264
III) Interpretación de la norma 264
III.1) Precisiones terminológicas 264
III.2) Conceptualización. Contenido. Nuevos alcances 266
IV) Significado de la reforma 267

Art. 639 – *Principios generales* 268
I) Resumen 269
II) Concordancias 269
III) Interpretación de la norma 270
III.1) Sobre los principios que rigen la responsabilidad parental. Consideración general 270
III.2) El interés superior del niño 270
III.3) La autonomía progresiva 272
III.3.A) El largo camino hacia la autonomía progresiva 272

III.3.B) Algunas precisiones de fondo 274
III.3.C) La autonomía del hijo como parámetro de actuación de sus progenitores 276
III.4) El derecho del niño a ser oído 277
IV) Significado de la reforma 277

Art. 640 – *Figuras legales derivadas de la responsabilidad parental* 278
I) Resumen 278
II) Concordancias 278
III) Interpretación de la norma 279
III.1) La titularidad y ejercicio de la responsabilidad parental 279
III.2) El cuidado personal de los hijos 280
III.2.A) Terminología aplicada 280
III.2.B) Conceptualización y contenido 281
III.3) Delegación de la responsabilidad parental 282
III.4) La guarda otorgada a un tercero 282
IV) Significado de la reforma 283

CAPÍTULO 2

TITULARIDAD Y EJERCICIO DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Art. 641 – *Ejercicio de la responsabilidad parental* 284
I) Resumen 284
II) Concordancias 285
III) Interpretación de la norma 286
III.1) Consideraciones generales 286
III.2) El ejercicio cuando los progenitores conviven 286
III.3) El ejercicio cuando los progenitores no conviven 288
III.4) Fallecimiento, ausencia, privación de la responsabilidad parental o suspensión 291
III.5) Supuestos especiales de hijos extramatrimoniales 292
IV) Significado de la reforma 294

Art. 642 – *Desacuerdo* 296
I) Resumen 296
II) Concordancias 296

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma ... 296
IV) Significado de la reforma ... 297

Art. 643 – *Delegación del ejercicio* ... 298
I) Resumen ... 298
II) Concordancias ... 299
III) Interpretación de la norma ... 299
III.1) Responsabilidad civil paterna ... 303
IV) Significado de la reforma ... 304

Art. 644 – *Progenitores adolescentes* ... 304
I) Resumen ... 305
II) Concordancias ... 306
III) Interpretación de la norma ... 306
III.1) El principio de igualdad ... 306
III.2) Ejercicio de la responsabilidad parental: principio general ... 307
III.3) Restricciones al ejercicio ... 309
III.4) Especialidad y protección ... 310
IV) Significado de la reforma ... 311

Art. 645 – *Actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores* ... 312
I) Resumen ... 313
II) Concordancias ... 313
III) Interpretación de la norma ... 313
III.1) Consideraciones generales ... 313
III.2) Las modificaciones ... 315
III.3) Los hijos adolescentes ... 316
IV) Significado de la reforma ... 317

CAPÍTULO 3

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES. REGLAS GENERALES

Art. 646 – *Enumeración* ... 318
I) Resumen ... 318
II) Concordancias ... 319
III) Interpretación de la norma ... 319
IV) Significado de la reforma ... 321

Art. 647 – *Prohibición de malos tratos. Auxilio del Estado* ... 322
I) Resumen ... 322
II) Concordancias ... 323
III) Interpretación de la norma ... 323
IV) Significado de la reforma ... 326

CAPÍTULO 4

DEBERES Y DERECHOS SOBRE EL CUIDADO DE LOS HIJOS

Art. 648 – *Cuidado personal* ... 326
I) Resumen ... 326
II) Concordancias ... 327
III) Interpretación de la norma ... 327
IV) Significado de la reforma ... 329

Art. 649 – *Clases* ... 329
I) Resumen ... 329
II) Concordancias ... 330
III) Interpretación de la norma ... 330
III.1) Consideraciones generales ... 330
III.2) La derogación de la preferencia materna en la tenencia de los hijos menores de 5 años ... 331
IV) Significado de la reforma ... 334

Art. 650 – *Modalidades del cuidado personal compartido* ... 335
I) Resumen ... 335
II) Concordancias ... 336
III) Interpretación de la norma ... 336
III.1) Consideraciones generales ... 336
III.2) Cuidado personal alternado ... 337
III.3) Cuidado personal indistinto ... 340
IV) Significado de la reforma ... 342

Art. 651 – *Reglas generales* ... 342
I) Resumen ... 343
II) Concordancias ... 343
III) Interpretación de la norma ... 343
III.1) Consideraciones generales ... 343

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.2) El tema en el Derecho Comparado ... 344
III.3) Apoyo doctrinario y jurisprudencial ... 348
IV) Significado de la reforma ... 352

Art. 652 – *Derecho y deber de comunicación* ... 353
I) Resumen ... 353
II) Concordancias ... 353
III) Interpretación de la norma ... 353
IV) Significado de la reforma ... 357

Art. 653 – *Cuidado personal unilateral. Deber de colaboración* ... 358
I) Resumen ... 358
II) Concordancias ... 359
III) Interpretación de la norma ... 359
III.1) Las pautas para la atribución unilateral del cuidado personal ... 359
III.1.A) Prioridad del progenitor que facilita el derecho a mantener trato regular con el otro ... 359
III.1.B) Edad y opinión del hijo ... 363
III.1.C) Mantenimiento de la situación existente y respeto del centro de vida del hijo ... 367
III.2) El derecho y el deber de colaboración del progenitor no conviviente con el conviviente ... 368
IV) Significado de la reforma ... 369

Art. 654 – *Deber de informar* ... 370
I) Resumen ... 370
II) Concordancias ... 371
III) Interpretación de la norma ... 371
IV) Significado de la reforma ... 372

Art. 655 – *Plan de parentalidad* ... 373
I) Resumen ... 373
II) Concordancias ... 373
III) Interpretación de la norma ... 374
III.1) Consideraciones generales ... 374
III.2) El contenido del plan de parentalidad ... 377
III.3) Modificaciones del plan de parentalidad ... 379
III.4) La participación del hijo ... 379
IV) Significado de la reforma ... 380

Art. 656 – *Inexistencia de plan de parentalidad homologado* ... 381
I) Resumen ... 381
II) Concordancias ... 382
III) Interpretación de la norma ... 382
IV) Significado de la reforma ... 384

Art. 657 – *Otorgamiento de la guarda a un pariente* ... 384
I) Resumen ... 384
II) Concordancias ... 385
III) Interpretación de la norma ... 385
IV) Significado de la reforma ... 388

CAPÍTULO 5

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES. OBLIGACIÓN DE ALIMENTOS

Art. 658 – *Regla general* ... 388
I) Resumen ... 388
II) Concordancias ... 389
III) Interpretación de la norma ... 389
IV) Significado de la reforma ... 392

Art. 659 – *Contenido* ... 392
I) Resumen ... 393
II) Concordancias ... 393
III) Interpretación de la norma ... 393
III.1) El contenido de la obligación alimentaria derivada de la responsabilidad parental ... 393
III.2) Las modalidades del pago o cumplimiento de la obligación alimentaria ... 395
IV) Significado de la reforma ... 398

Art. 660 – *Tareas de cuidado personal* ... 399
I) Resumen ... 399
II) Concordancias ... 399
III) Interpretación de la norma ... 400
IV) Significado de la reforma ... 402

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

Art. 661 – *Legitimación* 403
I) Resumen 403
II) Concordancias 404
III) Interpretación de la norma 404
III.1) Primer legitimado: el progenitor conviviente 404
III.2) Segundo legitimado: el hijo con edad y grado de madurez suficiente 405
III.3) Tercer legitimado: otros parientes y el Ministerio Público 405
IV) Significado de la reforma 406

Art. 662 – *Hijo mayor de edad* 407
I) Resumen 408
II) Concordancias 408
III) Interpretación de la norma 408
III.1) Consideraciones generales 408
III.2) Alimentos al hijo mayor de edad, menor de 21 años que convive con uno de los progenitores 411
IV) Significado de la reforma 413

Art. 663 – *Hijo mayor que se capacita* 414
I) Resumen 414
II) Concordancias 414
III) Interpretación de la norma 415
III.1) Bases constitucionales-internacionales de la extensión alimentaria: el principio de solidaridad familiar 415
III.2) La fuerza de las voces doctrinarias y jurisprudenciales 418
III.3) Del silencio al texto 420
IV) Significado de la reforma 421

Art. 664 – *Hijo no reconocido* 422
I) Resumen 422
II) Concordancias 423
III) Interpretación de la norma 423
IV) Significado de la reforma 426

Art. 665 – *Mujer embarazada* 427
I) Resumen 427
II) Concordancias 427
III) Interpretación de la norma 428
IV) Significado de la reforma 432

Art. 666 – *Cuidado personal compartido* 434
I) Resumen 434
II) Concordancias 434
III) Interpretación de la norma 434
IV) Significado de la reforma 436

Art. 667 – *Hijo fuera del país o alejado de sus progenitores* 437
I) Resumen 437
II) Concordancias 437
III) Interpretación de la norma 437
IV) Significado de la reforma 439

Art. 668 – *Reclamo a ascendientes* 440
I) Resumen 440
II) Concordancias 440
III) Interpretación de la norma 440
IV) Significado de la reforma 444

Art. 669 – *Alimentos impagos* 445
I) Resumen 445
II) Concordancias 446
III) Interpretación de la norma 446
III.1) Desde cuándo se deben los alimentos 446
III.2) La acción de reembolso 449
IV) Significado de la reforma 450

Art. 670 – *Medidas ante el incumplimiento* 451
I) Resumen 451
II) Concordancias 451
III) Interpretación de la norma 451
IV) Significado de la reforma 455

CAPÍTULO 6

DEBERES DE LOS HIJOS

Art. 671 – *Enumeración* 456
I) Resumen 456
II) Concordancias 456
III) Interpretación de la norma 457
IV) Significado de la reforma 458

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

CAPÍTULO 7

DEBERES Y DERECHOS DE LOS PROGENITORES E HIJOS AFINES

Art. 672 – *Progenitor afín* 459
I) Resumen 459
II) Concordancias 459
III) Interpretación de la norma 459
III.1) Algunas consideraciones sobre familia ensamblada 459
III.2) Algunas nociones sobre parentesco por afinidad 461
III.3) Denominación del conviviente o cónyuge del progenitor del niño 462
IV) Significado de la reforma 463

Art. 673 – *Deberes del progenitor afín* 463
I) Resumen 464
II) Concordancias 464
III) Interpretación de la norma 464
III.1) Implicancias de la incorporación del padre afín 464
III.2) Solución en caso de desacuerdos 465
III.3) Límite a la colaboración del padre afín 465
IV) Significado de la reforma 466

Art. 674 – *Delegación en el progenitor afín* 467
I) Resumen 467
II) Concordancias 467
III) Interpretación de la norma 467
III.1) Breve explicación del ejercicio de la responsabilidad parental 467
III.2) El supuesto de no conveniencia de que ejerza la responsabilidad parental el otro progenitor 468
IV) Significado de la reforma 469

Art. 675 – *Ejercicio conjunto con el progenitor afín* 469
I) Resumen 470
II) Concordancias 470
III) Interpretación de la norma 470
III.1) Disposiciones generales de ejercicio conjunto de responsabilidad parental 470
III.2) Diferencias entre ejercer conjuntamente la responsabilidad parental y el deber de colaboración del progenitor afín 471
IV) Significado de la reforma 472

Art. 676 – *Alimentos* 472
I) Resumen 473
II) Concordancias 473
III) Interpretación de la norma 473
III.1) Consideraciones generales 473
III.2) Causal de cese de la obligación alimentaria 475
III.3) Pautas para la cuantificación 476
IV) Significado de la reforma 476

CAPÍTULO 8

REPRESENTACIÓN, DISPOSICIÓN Y ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES DEL HIJO MENOR DE EDAD

Art. 677 – *Representación* 477
I) Resumen 477
II) Concordancias 477
III) Interpretación de la norma 478
IV) Significado de la reforma 479

Art. 678 – *Oposición al juicio* 480
I) Resumen 480
II) Concordancias 481
III) Interpretación de la norma 481
IV) Significado de la reforma 483

Art. 679 – *Juicio contra los progenitores* 484
I) Resumen 484
II) Concordancias 485
III) Interpretación de la norma 485
IV) Significado de la reforma 486

Art. 680 – *Hijo adolescente en juicio* 487
I) Resumen 487
II) Concordancias 487
III) Interpretación de la norma 487

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III.1) Capacidad para reconocer hijos ... 487
III.2) Capacidad para estar en juicio criminal ... 488
III.3) Capacidad para testar ... 488
IV) Significado de la reforma ... 489

Art. 681 – *Contratos por servicios del hijo menor de dieciséis años* ... 489
I) Resumen ... 489
II) Concordancias ... 490
III) Interpretación de la norma ... 490
IV) Significado de la reforma ... 491

Art. 682 – *Contratos por servicios del hijo mayor de dieciséis años* ... 492
I) Resumen ... 492
II) Concordancias ... 492
III) Interpretación de la norma ... 492
IV) Significado de la reforma ... 493

Art. 683 – *Presunción de autorización para hijo mayor de dieciséis años* ... 494
I) Resumen ... 494
II) Concordancias ... 494
III) Interpretación de la norma ... 494
IV) Significado de la reforma ... 495

Art. 684 – *Contratos de escasa cuantía* ... 496
I) Resumen ... 496
II) Concordancias ... 496
III) Interpretación de la norma ... 496
IV) Significado de la reforma ... 497

Art. 685 – *Administración de los bienes* ... 498
I) Resumen ... 498
II) Concordancias ... 498
III) Interpretación de la norma ... 499
III.1) Administración conjunta ... 499
III.2) Actos conservatorios ... 499
III.3) Independencia del régimen relativo al cuidado ... 500
IV) Significado de la reforma ... 500

Art. 686 – *Excepciones a la administración* ... 501
I) Resumen ... 501
II) Concordancias ... 502

III) Interpretación de la norma ... 502
IV) Significado de la reforma ... 503

Art. 687 – *Designación voluntaria de administrador* ... 504
I) Resumen ... 504
II) Concordancias ... 505
III) Interpretación de la norma ... 505
IV) Significado de la reforma ... 505

Art. 688 – *Desacuerdos* ... 506
I) Resumen ... 506
II) Concordancias ... 506
III) Interpretación de la norma ... 507
IV) Significado de la reforma ... 508

Art. 689 – *Contratos prohibidos* ... 509
I) Resumen ... 509
II) Concordancias ... 509
III) Interpretación de la norma ... 509
IV) Significado de la reforma ... 510

Art. 690 – *Contratos con terceros* ... 511
I) Resumen ... 511
II) Concordancias ... 511
III) Interpretación de la norma ... 511
IV) Significado de la reforma ... 512

Art. 691 – *Contratos de locación* ... 512
I) Resumen ... 513
II) Concordancias ... 513
III) Interpretación de la norma ... 513
IV) Significado de la reforma ... 514

Art. 692 – *Actos que necesitan autorización judicial* ... 514
I) Resumen ... 514
II) Concordancias ... 515
III) Interpretación de la norma ... 515
IV) Significado de la reforma ... 515

Art. 693 – *Obligación de realizar inventario* ... 516
I) Resumen ... 516
II) Concordancias ... 517

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma ... 517
IV) Significado de la reforma ... 518

Art. 694 – *Pérdida de la administración* ... 519
I) Resumen ... 519
II) Concordancias ... 519
III) Interpretación de la norma ... 519
IV) Significado de la reforma ... 521

Art. 695 – *Administración y privación de responsabilidad parental* ... 521
I) Resumen ... 521
II) Concordancias ... 521
III) Interpretación de la norma ... 522
IV) Significado de la reforma ... 522

Art. 696 – *Remoción de la administración* ... 523
I) Resumen ... 523
II) Concordancias ... 523
III) Interpretación de la norma ... 523
IV) Significado de la reforma ... 525

Art. 697 – *Rentas* ... 525
I) Resumen ... 526
II) Concordancias ... 526
III) Interpretación de la norma ... 526
IV) Significado de la reforma ... 528

Art. 698 – *Utilización de las rentas* ... 529
I) Resumen ... 529
II) Concordancias ... 530
III) Interpretación de la norma ... 530
IV) Significado de la reforma ... 531

CAPÍTULO 9

EXTINCIÓN, PRIVACIÓN, SUSPENSIÓN Y REHABILITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD PARENTAL

Art. 699 – *Extinción de la titularidad* ... 532
I) Resumen ... 532
II) Concordancias ... 533

III) Interpretación de la norma ... 533
IV) Significado de la reforma ... 536

Art. 700 – *Privación* ... 536
I) Resumen ... 537
II) Concordancias ... 537
III) Interpretación de la norma ... 537
IV) Significado de la reforma ... 541

Art. 701 – *Rehabilitación* ... 541
I) Resumen ... 542
II) Concordancias ... 542
III) Interpretación de la norma ... 542
IV) Significado de la reforma ... 543

Art. 702 – *Suspensión del ejercicio* ... 543
I) Resumen ... 543
II) Concordancias ... 543
III) Interpretación de la norma ... 544
IV) Significado de la reforma ... 551

Art. 703 – *Casos de privación o suspensión de ejercicio* ... 551
I) Resumen ... 551
II) Concordancias ... 551
III) Interpretación de la norma ... 552
IV) Significado de la reforma ... 553

Art. 704 – *Subsistencia del deber alimentario* ... 553
I) Resumen ... 553
II) Concordancias ... 553
III) Interpretación de la norma ... 553
IV) Significado de la reforma ... 555

TÍTULO VIII

PROCESOS DE FAMILIA

CAPÍTULO 1

DISPOSICIONES GENERALES

Art. 705 – *Ámbito de aplicación* ... 557

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

I) Resumen ... 557
II) Concordancias ... 557
III) Interpretación de la norma ... 558
III.1) Caracterización de los conflictos familiares ... 558
III.2) La introducción de principios procesales ... 559
III.3) La evolución de los procesos de familia ... 560
IV) Significado de la reforma ... 562

Art. 706 – *Principios generales de los procesos de familia* ... 562
I) Resumen ... 563
II) Concordancias ... 563
III) Interpretación de la norma ... 563
III.1) El derecho constitucional a la tutela judicial efectiva ... 563
III.2) El factor tiempo en los conflictos familiares ... 565
III.3) El acceso a la justicia de las personas vulnerables ... 565
III.4) El principio de inmediación ... 566
III.5) La oralidad del procedimiento ... 568
III.6) Los principios de buena fe, probidad y lealtad procesal ... 569
III.7) La especialización y el apoyo multidisciplinario ... 571
III.8) El interés superior del niño ... 573
IV) Significado de la reforma ... 574

Art. 707 – *Participación en el proceso de personas con capacidad restringida y de niños, niñas y adolescentes* ... 575
I) Resumen ... 575
II) Concordancias ... 575
III) Interpretación de la norma ... 576
III.1) Los adultos mayores con capacidad restringida ... 576
III.2) Los niños y adolescentes y su derecho a ser oídos ... 578
III.2.A) ¿A qué edad debe escucharse al niño? ... 580
III.3) Valoración de las expresiones de los beneficiarios de la norma ... 581
IV) Significado de la reforma ... 582

Art. 708 – *Acceso limitado al expediente* ... 583
I) Resumen ... 583
II) Concordancias ... 583
III) Interpretación de la norma ... 583
III.1) El principio de reserva ... 583
III.2) Su recepción en las normas adjetivas ... 585
IV) Significado de la reforma ... 586

Art. 709 – *Principio de oficiosidad* ... 586
I) Resumen ... 586
II) Concordancias ... 587
III) Interpretación de la norma ... 587
III.1) El juez como director del proceso ... 587
III.2) Oficiosidad o *publicización* del proceso ... 588
IV) Significado de la reforma ... 589

Art. 710 – *Principios relativos a la prueba* ... 590
I) Resumen ... 590
II) Concordancias ... 590
III) Interpretación de la norma ... 590
III.1) Introducción ... 590
III.2) El principio del *favor probationes* ... 591
III.3) El *onus probandi* ... 592
III.4) El principio de las *cargas probatorias dinámicas* ... 593
IV) Significado de la reforma ... 594

Art. 711 – *Testigos* ... 595
I) Resumen ... 595
II) Concordancias ... 595
III) Interpretación de la norma ... 595
III.1) Los testigos excluidos en la ley adjetiva ... 595
III.2) Admisibilidad de los testimonios de familiares y/o allegados ... 596
III.2.A) Tesis mayoritaria. Inaplicabilidad de la exclusión ... 596
III.2.B) Tesis estricta. Absoluta aplicabilidad de la exclusión ... 597
III.3) Valoración y amplitud de la norma ... 598
III.4) La no admisión de determinados testimonios ... 599
IV) Significado de la reforma ... 601

CAPÍTULO 2

ACCIONES DE ESTADO DE FAMILIA

Art. 712 – *Irrenunciabilidad e imprescriptibilidad* ... 602
I) Resumen ... 602
II) Concordancias ... 603

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

III) Interpretación de la norma ... 603
III.1) Distinciones y concepto de estado ... 603
III.2) Acciones de estado. Concepto ... 604
III.3) Clasificación ... 604
III.4) Irrenunciabilidad ... 605
III.5) Imprescriptibilidad ... 605
IV) Significado de la reforma ... 606

Art. 713 – *Inherencia personal* ... 608
I) Resumen ... 608
II) Concordancias ... 608
III) Interpretación de la norma ... 608
IV) Significado de la reforma ... 609

Art. 714 – *Caducidad de la acción de nulidad del matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges* ... 609
I) Resumen ... 610
II) Concordancias ... 610
III) Interpretación de la norma ... 610
III.1) Consideraciones generales ... 610
III.2) Legitimados ... 611
III.3) Continuidad de la acción ... 611
IV) Significado de la reforma ... 611

Art. 715 – *Sentencia de nulidad* ... 612
I) Resumen ... 612
II) Concordancias ... 612
III) Interpretación de la norma ... 612
III.1) Competencia ... 612
III.2) Legitimación ... 613
III.3) Acumulación de acciones ... 614
IV) Significado de la reforma ... 614

CAPÍTULO 3

REGLAS DE COMPETENCIA

Art. 716 – *Procesos relativos a los derechos de niños, niñas y adolescentes* ... 615
I) Resumen ... 616
II) Concordancias ... 616
III) Interpretación de la norma ... 616
III.1) La introducción de reglas de carácter procesal en un Código de fondo ... 616
III.2) Procesos que involucran derechos de titularidad de niños, niñas y adolescentes ... 619
III.3) La noción de "centro de vida" del niño, niña, adolescente ... 624
IV) Significado de la reforma ... 626

Art. 717 – *Procesos de divorcio y nulidad del matrimonio* ... 627
I) Resumen ... 627
II) Concordancias ... 627
III) Interpretación de la norma ... 628
III.1) Antecedentes de la norma ... 628
III.2) Reglas generales de atribución de competencia ... 628
III.3) Competencia territorial. Opción ... 629
III.4) Competencia por conexidad ... 629
III.5) Fuero de atracción. Quiebra o concurso del cónyuge ... 631
IV) Significado de la reforma ... 633

Art. 718 – *Uniones convivenciales* ... 634
I) Resumen ... 634
II) Concordancias ... 634
III) Interpretación de la norma ... 634
IV) Significado de la reforma ... 636

Art. 719 – *Alimentos y pensiones compensatorias entre cónyuges o convivientes* ... 637
I) Resumen ... 637
II) Concordancias ... 637
III) Interpretación de la norma ... 637
IV) Significado de la reforma ... 640

Art. 720 – *Acción de filiación* ... 640
I) Resumen ... 641
II) Concordancias ... 641
III) Interpretación de la norma ... 641
IV) Significado de la reforma ... 646

Compartido por: Walter Gonzalves - FD - UNCuyo

CAPÍTULO 4

MEDIDAS PROVISIONALES

Art. 721 – *Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio* 647
I) Resumen 647
II) Concordancias 647
III) Interpretación de la norma 648
III.1) Atribución –provisional– del uso de la vivienda 649
III.2) El cuidado personal de los hijos 650
III.3) Alimentos provisorios entre cónyuges 651
IV) Significado de la reforma 652

Art. 722 – *Medidas provisionales relativas a los bienes en el divorcio y en la nulidad de matrimonio* 652
I) Resumen 653
II) Concordancias 653
III) Interpretación de la norma 653
III.1) Apuntes sobre la finalidad de las medidas 653
III.2) Las medidas de seguridad sobre los bienes 654
III.3) La improcedencia del impulso oficioso 657
III.4) La duración de las medidas sobre los bienes 657
IV) Significado de la reforma 658

Art. 723 – *Ámbito de aplicación* 659
I) Resumen 659
II) Concordancias 659
III) Interpretación de la norma 660
IV) Significado de la reforma 661

LA COMPOSICIÓN Y DIAGRAMACIÓN SE REALIZÓ EN
RUBINZAL - CULZONI EDITORES Y SE TERMINÓ DE IMPRIMIR
EL 9 DE MARZO DE 2015 EN LOS TALLERES GRÁFICOS
DE IMPRENTA LUX S. A., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE